

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

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

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

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

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

Los autores habrán de atenerse a las siguientes normas editoriales:

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

Los trabajos deberán ser enviados a la siguiente dirección:

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

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

ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

PRECIOS AÑOS 2000 a 2013: 105 € CADA TOMO

PRECIO AÑO 2014-2015 125,00 €

PRECIO AÑO 2016 125,00 €

PRECIO AÑO 2017: 130,00 €

IVA no incluido. Se añadirán los gastos de correo

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

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

TOMO XVII



Iprolex
2017

Edición:**Iprolex, S.L.**

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

Redacción:

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

Impresión:**Torreblanca Impresores**

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

Distribución:**Marcial Pons**

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

Web:

<http://www.aedipr.com>

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

Director

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Derecho internacional privado de la
Universidad Complutense de Madrid. Miembro del *Institut
de Droit International*

Comité científico

Bertrand Ancel

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

Jürgen Basedow

Director del Max-Planck-Institut für ausländisches und
internationales Privatrecht (Hamburgo)

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano

Catedrático de Derecho civil de la
Universidad Autónoma de Madrid

Alegría Borrás

Catedrática de Derecho internacional privado
de la Universidad de Barcelona

Nuria Bouza Vidal

Catedrática de Derecho internacional privado
de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Santiago Álvarez González

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

Marc Fallon

Professeur ordinaire à l'Université
Catholique de Louvain

Rui M. de Gens Moura Ramos

Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal

Leonel Perezniето Castro

Profesor de la Universidad Nacional de México

Sixto A. Sánchez Lorenzo

Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Granada

Consejo de redacción

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

Secretario

Ángel Espiniella Menéndez

Profesor titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo

Redactores

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

Comité evaluador de la calidad científica *

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

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

Colaboran en el presente tomo

**Santiago ÁLVAREZ GOZÁLEZ
Juan José ÁLVAREZ RUBIO
Beatriz AÑOVEROS TERRADAS
Rafael ARENAS GARCÍA
Carmen AZCÁRRAGA MONZONÍS
Alegoría BORRÁS
Rocío CARO GÁNDARA
María Asunción CEBRIÁN SALVAT
Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO
M^a Pilar DIAGO DIAGO
José María ESPINAR VICENTE
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Fernando ESTEBAN DE LA ROSA
Gloria ESTEBAN DE LA ROSA
Ana FERNÁNDEZ PÉREZ
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Josep M. FONTANELLAS MORELL
Albert FONT I SEGURA**

**María Aránzazu GANDÍA SELLENS
Federico F. GARAU SOBRINO
Rosa M^a GARCÍA PÉREZ
Miguel GARDEÑES SANTIAGO
Georgina GARRIGA SUAU
Miguel GÓMEZ JENE
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN
Pilar JIMÉNEZ BLANCO
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ
Claudia MADRID MARTÍNEZ
Nuria MARCHAL ESCALONA
Cristina M. MARIOTTINI
José Ignacio PAREDES PÉREZ
Manuel PENADÉS FONTS
Marta REQUEJO ISIDRO
M^a Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ
Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO
Carmen VAQUERO LÓPEZ**

SUMARIO

Pág.

BREXIT

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

ACTIVACIÓN DEL MECANISMO DE RETIRADA VOLUNTARIA DEL REINO UNIDO DE LA UNIÓN EUROPEA	35-70

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO

REGLAMENTO BRUSELAS I: PERSPECTIVAS EN RELACIÓN CON LA RETIRADA DEL REINO UNIDO	71-89

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

BREXIT E INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA	91-123

Manuel PENADÉS FONS

BREXIT Y RÉGIMEN DE LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CON- TRACTUALES Y NO CONTRACTUALES	125-154

Rafael ARENAS GARCÍA

BREXIT Y DERECHO DE SOCIEDADES	155-180

Santiago ÁLVAREZ GOZÁLEZ

CONSECUENCIAS DEL BREXIT PARA LA COOPERACIÓN EN MATERIA CIVIL: DERECHO DE LA PERSONA, DE FAMILIA Y DE SUCESIONES	181-209

ESTUDIOS

Marta REQUEJO ISIDRO

GESTIÓN DE CONTROVERSIAS TRANSFRONTERIZAS INTER PRIVATOS: LA EXPERIENCIA DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES MIXTOS	213-247

Rocío CARO GÁNDARA

- LA TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD EN GARANTÍA O FIDUCIA *CUM CREDITORE* EN EL COMERCIO INTERNACIONAL: SU VALIDEZ Y EFICACIA EN ESPAÑA 249–302

Federico F. GARAU SOBRINO

- EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO QUE VIENE: EL FUTURO YA ESTÁ AQUÍ 303–332

María Asunción CEBRIÁN SALVAT

- LAS OPERACIONES CONTRACTUALES COMPLEJAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO 333–378

Miguel GARDEÑES SANTIAGO

- EL MÉTODO DE RECONOCIMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y ESPAÑOL 379–424

Carmen VAQUERO LÓPEZ

- MECANISMOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN SUPUESTOS DE DESLOCALIZACIÓN DE EMPRESAS 425–471

Pilar JIMÉNEZ BLANCO

- LA *DEROGATIO FORI* DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL 473–506

José María ESPINAR VICENTE y José Ignacio PAREDES PÉREZ

- ANÁLISIS CRÍTICO DEL ART. 45 DE LA LEY 29/2015: RESOLUCIONES EXTRANJERAS SUSCEPTIBLES DE MODIFICACIÓN 507–531

M^a Pilar DIAGO DIAGO

- LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO TRAS LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL 533–560

Nuria MARCHAL ESCALONA

- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS NOTIFICACIONES EN LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL 561–595

Juan José ÁLVAREZ RUBIO

- ENTRE LA HAYA, HAMBURGO Y ROTTERDAM: LA COMPLEJA OPCIÓN LEGISLATIVA INTERNA ANTE LAS CUESTIONES DE JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE EN EL DERECHO MARÍTIMO 597–646

VARIA

Miguel GÓMEZ JENE

PRÁCTICA JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DE LAS NUEVAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	649-671

Carmen AZCÁRRAGA MONZONÍS

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL. UN EJEMPLO MÁS DE LA CONTROVERTIDA APLICACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	673-710

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA

LA TRANSFORMACIÓN EN ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN EXTRANJERA TRAS LA REFORMA DE LA LEY 54/2007	711-746

José María ESPINAR VICENTE

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD	747-764

UNIÓN EUROPEA

M^a Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

LA REFORMA DEL REGLAMENTO (CE) N° 2201/2003: ANÁLISIS DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES	767-784

Georgina GARRIGA SUAU

EL CODEUDOR NO SOLVENS EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL MÚLTIPLE	785-707

María Aránzazu GANDÍA SELLENS

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y LA SUSTRACCIÓN DE MENORES EN LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN PARA MODIFICAR EL RB II BIS: ALGUNOS AVANCES, RETROCESOS Y AUSENCIAS	799-820

Beatriz AÑOVEROS TERRADAS

EL RÉGIMEN CONFLICTUAL DE LAS CAPITULACIONES EN LOS NUEVOS REGLAMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES Y EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS	821-845

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COM- PARADO

Rosa M^a GARCÍA PÉREZ

EL CONTROL JURÍDICO–SOCIAL DE LA VOLUNTAD PRIVADA EN LAS INICIATIVAS INTERNACIONALES Y REGIONALES DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL	849–878

Claudia MADRID MARTÍNEZ

CONTRATOS CON EL ESTADO: EL FRACASO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS CONTRATOS. CASO VENEZOLANO	879–902

Cristina M. MARIOTTINI

THE 2010 SPEECH ACT AND JUDICIAL COMITY IN THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN DEFAMATION JUDGMENTS IN THE UNITED STATES	903–914

TEXTOS LEGALES

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTOS

Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 julio 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012	917
Reglamento (UE) 2016/1953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 octubre 2016, relativo al establecimiento de un documento de viaje europeo para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y por el que se deroga la Recomendación del Consejo de 30 noviembre 1994	919
Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 junio 2017, sobre la marca de la Unión Europea	921

DIRECTIVAS

Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal	924

DECISIONES

Decisión (UE) 2016/954 del Consejo, de 9 junio 2016, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en	

materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas	924
Decisión (UE) 2016/1366 de la Comisión, de 10 agosto 2016, por la que se confirma la participación de Estonia en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial	925

ACUERDOS

Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, hecho en Bruselas el 21 de marzo y el 27 de junio de 2014	925

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

DISPOSICIONES GENERALES

Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia	927
Real Decreto-ley 3/2017, de 17 de febrero, por el que se modifica la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, y se adapta a las modificaciones introducidas por el Código Mundial Antidopaje de 2015	935
Real Decreto 316/2017, de 31 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes	936
Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea	936
Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada	936

CONVENIOS INTERNACIONALES

MULTILATERALES

Acuerdo sobre la simplificación de la extradición entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, el Reino de España y la República Portuguesa, hecho en Santiago de Compostela el 3 noviembre 2010	937

BILATERALES

Extradición

Tratado de extradición entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, hecho en Madrid el 1 octubre 2014	937

Protección de inversiones

Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Riad el 9 abril 2006	937

JURISPRUDENCIA

Dirección de José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

ALIMENTOS

- MODIFICACIÓN DE UNA RESOLUCIÓN SOBRE LA RESIDENCIA DEL MENOR, LAS OBLIGACIONES DE ALIMENTOS Y EL RÉGIMEN DE VISITAS
2017/1.— TJ, Sala Primera, Sentencia de 15 febrero 2017. Asunto C-499/15 941

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

- COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑOS MERAMENTE PATRIMONIALES
2017/2.— TJ, Sala Segunda, Sentencia de 16 de junio 2016. Asunto C-12/15 942
- COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA MATRIMONIAL: DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE SE INICIA UN PROCEDIMIENTO
2017/3.— TJ, Sala Sexta, Auto de 22 junio 2016. Asunto C-173/16 944
- COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
2017/4.— AP Islas Baleares, Sección Quinta, Sentencia nº 180/2016 de 27 junio 2016 944
- VALIDEZ Y PRECISIÓN DE UNA CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA INCLUIDA EN UNAS CONDICIONES GENERALES
2017/5.— TJ, Sala Segunda, Sentencia de 7 julio 2016. Asunto C-222/15 950
- COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN UN CONTRATO DE AFILIACIÓN A UN CLUB PARA DISFRUTAR DE LAS VACACIONES
2017/6.— AP Málaga, Sección Cuarta, nº 388/2016 de 11 julio 2016 952
- NATURALEZA DELICTUAL O CUASIDELICTUAL DE UNA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN FUNDADA EN LA RUPTURA REPENTINA DE RELACIONES COMERCIALES DE LARGA DURACIÓN
2017/7.— TJ, Sala Segunda, Sentencia de 14 julio 2016. Asunto C-196/15 955
- COMPETENCIA JUDICIAL RESPECTO DE LOS LITIGIOS EN RELATIVOS A LAS MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS BENELUX
2017/8.— TJ, Sala Segunda, Sentencia de 14 julio 2016. Asunto C-230/15 956
- CONSIDERACIÓN DE “MATERIA CUASIDELICTUAL” DE UN CRÉDITO QUE TIENE SU ORIGEN EN LA DEVOLUCIÓN INJUSTIFICADA DE UNA MULTA POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA
2017/9.— TJ, Sala Segunda, Sentencia de 28 julio 2016. Asunto C-102/15 958
- CLÁUSULA DE JURISDICCIÓN EN CONOCIMIENTO DE EMBARQUE: EXTENSIÓN A LA ASEGURADORA
2017/10.— Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid Auto de 13 septiembre 2016 959
- LITISPENDENCIA INTERNACIONAL: RECURRIBILIDAD DEL AUTO DE SUSPENSIÓN
2017/11.— AP Madrid, Sección Décima, Auto nº 323/2016 de 28 septiembre 2016 962
- COMPETENCIA DE UN TRIBUNAL DESIGNADO EN MATERIA DE RECONVENCIÓN EN LA CUAL SE SOLICITA, SOBRE LA BASE DE UN ENRIQUECIMIENTO SIN

CAUSA, EL REEMBOLSO DE UNA CANTIDAD CORRESPONDIENTE AL IMPORTE PACTADO EN UN ACUERDO EXTRAJUDICIAL 2017/12.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 12 octubre 2016. Asunto C-185/15	964
COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA PARA EJECUTAR UNA SENTENCIA DICITADA POR ÓRGANO JUDICIAL ESPAÑOL CONTRA DEMANDADO DOMICILIADO EN FRANCIA 2017/13.– AP Valencia, Sección Décima, Auto nº 668 de 26 octubre 2016	965
INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA AL DETERMINAR EL CONTRATO QUE EL LUGAR DE ENTREGA DE LA MERCANCÍA ES EL PUERTO DE ORIGEN QUE NO PERTENECE A NINGÚN PAÍS MIEMBRO DE LA UE 2017/14.– AP La Coruña, Sección Sexta, Sentencia nº 324/2016, de 10 noviembre 2016	966
COMPETENCIAS ESPECIALES EN MATERIA CONTRACTUAL: ACCIÓN PARA LA ANULACIÓN DE UN ACTO DE DONACIÓN DE UN INMUEBLE Y LA CANCELACIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN DE UN DERECHO DE PROPIEDAD 2017/15.– TJ, Sala Segunda, Sentencia de 16 noviembre 2016. Asunto C-417/15	969
COMPETENCIA JUDICIAL PARA CONOCER DE UNA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE VENDER FUERA DE UNA RED DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA 2017/16.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 21 diciembre 2016. Asunto C-618/15	970
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL POR CONEXIDAD EN LOS LITIGIOS SOBRE DIBUJOS Y MODELOS COMUNITARIOS 2017/17.– TS, Sala Primera, Sentencia nº 1/2017 de 10 enero 2017	971
VALIDEZ DE UNA CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA A LOS TRIBUNALES SUIZOS 2017/18.– AP Zaragoza, Sección Quinta, Auto nº 45/2017, de 18 enero 2017	975
CLÁUSULA JURISDICCIONAL EN CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN 2017/19.– AP Barcelona, Sección Decimoséptima, Auto de 26 enero 2017	977
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL POR ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN ACAECIDO EN PORTUGAL 2017/20.– AP Madrid, Sección Decimocuarta, Auto de 31 enero 2017	979
INCLUSIÓN EN EL REGLAMENTO DE BRUSELAS DE UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN FORZOSA QUE TIENE POR OBJETO EL COBRO DE UN CRÉDITO DE APARCAMIENTO PÚBLICO IMPAGADO 2017/21.– TJ, Sala Segunda, Sentencia de 9 marzo 2017. Asunto C-551/15	981
DETERMINACIÓN LA FECHA EN LA QUE SE INICIÓ UN PROCEDIMIENTO DIRIGIDO A OBTENER UNA DILIGENCIA DE PRUEBA ANTERIOR, EN CASO DE LITISPENDENCIA 2017/22.– TJ, Sala Segunda, Sentencia de 4 mayo 2017. Asunto C-29/16	982
INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE JURISDICCIÓN CELEBRADA ENTRE PROFESIONALES 2017/23.– Juzgado de Primera Instancia Moncada nº 3 Auto de 10 mayo 2017	984
ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DE UN LITIGIO ENTRE EX CÓNYUGES RELATIVO A LA PROPIEDAD DE UN BIEN MUEBLE ADQUIRIDO A LO LARGO DEL MATRIMONIO CIVIL 2017/24.– TJ, Sala Sexta, Auto de 14 junio 2017. Asunto C-67/17	985

ACCIÓN DE REPETICIÓN ENTRE LOS CODEUDORES SOLIDARIOS DE UN CONTRATO DE PRÉSTAMO: DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE CUMPLIMIENTO 2017/25.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 15 junio 2017 Asunto C–249/16	986
CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA QUE FIGURA EN UN CONTRATO CELEBRADO ENTRE DOS SOCIEDADES 2017/26.– TJ, Sala Séptima, Sentencia de 28 junio 2017. Asunto C–436/16	988
CONTRATOS	
ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. LEY MÁS ESTRECHAMENTE VINCULADA 2017/27.– AP Barcelona, Sección Decimonovena, Sentencia nº 206/2016, de 26 mayo 2016 ..	989
LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS 2017/28.– AP Navarra, Sección Tercera, Sentencia nº 323/2016 de 27 junio 2016	991
CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CONDICIONES GENERALES QUE INCLUYEN UNA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN FAVOR DEL DERECHO EN EL QUE LA EMPRESA TIENE SU DOMICILIO SOCIAL 2017/29.– TJ, Sala Tercera, Sentencia de 28 julio 2016. Asunto C–191/15	992
COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE EN EL EXTRANJERO POR VENDEDOR Y COMPRADOR EXTRANJEROS 2017/30.– AP Madrid, Sección Decimoprimer, Sentencia nº 436/2016, de 24 octubre 2016 ..	995
IMPORTACIÓN Y SUMINISTRO DE CERVEZA. PRESCRIPCIÓN CONFORME A LA LEY ALEMANA VS. CALENDARIO EXPRESO DE PAGOS 2017/31.– AP Palma de Mallorca, Sección Tercera, Sentencia nº 430/2016, de 28 diciembre 2016	997
CONTRATO INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS. LEY APLICABLE 2017/32.– AP Zamora, Sección Primera, Sentencia nº 107/2017 de 7 abril 2017	1000
DERECHO DEL TRABAJO	
DERECHO APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO: NORMATIVA DE UN ESTADO MIEMBRO QUE ESTABLECE UNA DISMINUCIÓN DE LOS SALARIOS EN EL SECTOR PÚBLICO DEBIDO A UNA CRISIS PRESUPUESTARIA 2017/33.– TJ, Gran Sala, Sentencia de 18 octubre 2016. Asunto C–135/15	1001
LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO 2017/34.– Tribunal Superior de Justicia Illes Balears, Sala de lo Social, Sentencia de 1 junio 2017	1004
DIVORCIO	
DIVORCIO: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE 2017/35.– AP Pontevedra, Sección Primera, Sentencia nº 404/2016 de 29 julio 2016	1005
2017/36.– AP Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia nº 409/2016, de 20 diciembre 2016 ..	1007
2017/37.– AP Tarragona, Sección Primera, Sentencia de 20 diciembre 2016	1008
2017/38.– AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 9 febrero 2017	1010
2017/39.– AP Madrid, Sección Vigésimocuarta Sentencia de 13 febrero 2017	1011
2017/40.– AP Bilbao, Sección Cuarta, Sentencia de 5 marzo 2017	1012
2017/41.– AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 6 marzo 2017	1013
DIVORCIO: LITISPENDENCIA INTERNACIONAL 2017/42.– AP A Coruña, Sección Cuarta, Sentencia nº 397/2016 de 23 noviembre 2016	1014

POSIBLE PENDENCIA DE PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EN ESPAÑA CON OTRO PROCEDIMIENTO EN MARRUECOS	
2017/43.– AP Madrid Sección Vigésimosegunda, Sentencia de 1 diciembre 2016	1016
DIVORCIO. NECESARIA APORTACIÓN DE CERTIFICACIÓN DE INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO	
2017/44.– Audiencia Provincial Tarragona, Sección Primera, Auto de 12 diciembre 2016	1017
NECESIDAD DE ACREDITAR EL MATRIMONIO CUYO DIVORCIO SE PRETENDE	
2017/45.– AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 10 febrero 2017	1018

INSOLVENCIA

PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA: GRAVAMEN PÚBLICO SOBRE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA QUE GARANTIZA LA RECAUDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES	
2017/46.– TJ, Sala Quinta, Sentencia de 26 octubre 2016. Asunto C–195/15	1020
EFFECTOS PREVISTOS POR LA NORMATIVA DE UN ESTADO MIEMBRO SOBRE LOS CRÉDITOS NO INCLUIDOS EN EL PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA	
2017/47.– TJ, Sala Quinta, Sentencia de 9 noviembre 2016. Asunto C–212/15	1021
ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA DE ACREEDORES SUJETOS A LA LEY DE UN ESTADO MIEMBRO DISTINTO DEL ESTADO DE APERTURA DEL PROCEDI- MIENTO DE INSOLVENCIA	
2017/48.– TJ, Sala Quinta, Sentencia de 8 junio 2017. Asunto C–54/16	1023
LEY APLICABLE AL DEVENGO DE INTERESES COMO CONSECUENCIA DEL IMPAGO DE UN CRÉDITO ORDINARIO POR LA CONCURSADA	
2017/49.– Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos, Sentencia de 15 junio 2017	1026

MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO

PROCEDIMIENTO DE NULIDAD MATRIMONIAL INICIADO POR UN TERCERO DES- PUÉS DEL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES	
2017/50.– TJ, Sala Segunda, Sentencia de 13 octubre 2016. Asunto C–294/15	1027
MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA	
2017/51.– AP Madrid, Sección Vigésimosegunda, Sentencia nº 447/2016 de 24 octubre 2016	1029
2017/52.– AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 23 enero 2017	1032
2017/53.– TS, Sala de lo Penal, Sección Primera, Sentencia nº 261/2017, de 6 abril 2017	1034
INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO	
2017/54.– AP Álava, Sección Primera, Sentencia nº 339/2016, de 26 octubre 2016	1037
NO ES NECESARIO QUE LOS EXTRANJEROS ACREDITEN SU RESIDENCIA LEGAL PARA LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE UNIONES DE HECHO	
2017/55.– TS, Sala Tercera, Sección Quinta, Sentencia nº 2663/2016, de 19 diciembre 2016 .	1039
RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: DELIMITACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE ENTRE EL CÓDIGO DE FAMILIA DE CATALUÑA Y EL CÓDIGO CI- VIL FRANCÉS	
2017/56.– TS, Sala Primera, Sección Primera, Sentencia nº 730/2016, de 20 diciembre 2016	1041
2017/57.– TS, Sala Primera, Auto de 3 marzo 2017	1045
NULIDAD MATRIMONIAL	
2017/58.– AP Palma de Mallorca, Sección Cuarta, Sentencia nº 425/2016, de 29 diciembre 2016	1046

MATRIMONIO CELEBRADO EN REINO UNIDO. REQUISITOS LOCALES	
2017/59.- TS, Sala Primera, Auto de 1 febrero 2017	1048
INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO CELEBRADO EN EL SAHARA OCCIDENTAL	
2017/60.- AP Madrid, Sección Octava, Sentencia de 2 marzo 2017	1050
MENORES	
SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES	
2017/61.- AP Álava, Sección Primera, Sentencia nº 319/2016, de 5 octubre 2016	1051
TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITOS DE MENORES	
2017/62.- AP Valencia, Sección Décima, Sentencia nº 796/2016, de 27 octubre 2016	1051
2017/63.- AP Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 1/2017, de 9 enero 2017	1053
2017/64.- TS, Sala Primera Sentencia nº 29/2017, de 18 enero 2017	1055
2017/65.- AP Las Palmas, Sección Tercera, Sentencia de 9 febrero 2017	1057
2017/66.- AP Valencia, Sección Décima, de 23 febrero 2017	1058
2017/67.- AP A Coruña, Sección Cuarta, Sentencia de 24 marzo 2017	1060
2017/68.- AP Las Palmas de Gran Canaria, Sección Tercera, Sentencia de 27 abril 2017	1063
REMISIÓN A UN ÓRGANO JURISDICCIONAL MEJOR SITUADO PARA CONOCER DEL ASUNTO EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	
2017/69.- TJ, Sala Tercera, Sentencia de 27 octubre 2016. Asunto C-428/15	1064
DUDAS SOBRE LA VERDADERA EDAD DEL EXTRANJERO A LOS EFECTOS DE DETERMINAR SU CONDICIÓN DE MENOR	
2017/70.- TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 720/2016, de 1 diciembre 2016	1066
2017/71.- AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 17 enero 2017	1067
MODIFICACIÓN DE MEDIDAS RESPECTO DE MENORES: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	
2017/72.- AP Barcelona, Sección Decimoctava, Auto de 9 diciembre 2016	1068
2017/73.- AP Barcelona, Sección Decimoctava, Auto de 17 de mayo 2017	1070
LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL	
2017/74.- TSJ Aragón, Sala Civil y Penal, Sentencia nº 31/2016, de 21 de diciembre 2016 ...	1071
COMPETENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL RESPECTO DE UN MENOR RESIDENTE EN EL EXTRANJERO	
2017/75.- AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 13 enero 2017	1073
RESIDENCIA DE UN MENOR DE EDAD EN KOSOVO O EN ESPAÑA. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	
2017/76.- AP Valencia, Sección Décima, Auto de 23 enero 2017	1075
MENORES. PROHIBICIÓN DE SALIDA DE ESPAÑA SIN AUTORIZACIÓN	
2017/77.- AP Barcelona, Sección Decimoctava, Auto de 14 marzo 2017	1076
MENOR NACIDO POR VOLUNTAD DE SUS PADRES EN UN ESTADO MIEMBRO DISTINTO DE AQUEL EN EL QUE ÉSTOS TENÍAN SU RESIDENCIA HABITUAL Y DECISIÓN DE LA MADRE DE NO REGRESAR	
2017/78.- TJ, Sala Quinta, de 8 junio 2017. Asunto C-111/17 PPU	1077

NACIONALIDAD

NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE DESCENDIENTE DE ESPAÑOLES QUE LA PERDIERON COMO CONSECUENCIA DEL TRATADO DE PAZ SUSCRITO CON LOS ESTADOS UNIDOS EN 1898	
2017/79.— AP Madrid, Sección Novena, Sentencia nº 524/2016 de 13 octubre 2016	1078
DE NUEVO SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL ART. 17 CC, EN LA REDACCIÓN POR LA LEY DE 15 JULIO 1954	
2017/80.— TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 665/2016 de 14 noviembre 2016	1080
NACIONALIDAD DE NACIDO EN TERRITORIO DEL SAHARA OCCIDENTAL. CONSOLIDACIÓN	
2017/81.— Audiencia Provincial Gran Canaria, Sección Cuarta, Sentencia de 8 febrero 2017 .	1081
OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA	
2017/82.— AP Valladolid, Sección Tercera, Sentencia de 26 enero 2017	1083
CONSERVACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA	
2017/83.— AP Madrid, Sección Vigésimoprimera, Sentencia de 24 marzo 2017	1085

PERSONA

NEGATIVA DE LAS AUTORIDADES DEL UN ESTADO MIEMBRO A INSCRIBIR EN EL REGISTRO CIVIL EL APELLIDO ADQUIRIDO EN OTRO ESTADO MIEMBRO	
2017/84.— TJ, Sala Segunda, Sentencia de 2 de junio 2016. Asunto C-438/14	1087
LEY APLICABLE A LA TUTELA	
2017/85.— AP Logroño, Sección Primera, Auto de 9 marzo 2017	1089

PROCESO

REQUISITOS DE VALIDEZ PARA LA NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE DOCUMENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES	
2017/86.— TJ, Sala Décima, Sentencia de 2 marzo 2017	1091

RECONOCIMIENTO EJECUCIÓN DE DECISIONES

MODIFICACIÓN DE MEDIDAS ACORDADAS EN SENTENCIA EXTRANJERA	
2017/87.— AP Asturias, Sección Séptima, Sentencia nº 237/2016 de 3 junio 2016	1092
TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO PARA CRÉDITOS NO IMPUGNADOS: REQUISITOS PARA LA CERTIFICACIÓN	
2017/88.— TJ, Sala Tercera, Sentencia de 16 junio 2016. Asunto C-511/14	1094
2017/89.— TJ, Sala Segunda, Sentencia de 9 marzo 2017. Asunto C-484/15	1095
NO ENTREGA AL DEMANDADO REBELDE DE LA CÉDULA DE EMPLAZAMIENTO CON TIEMPO SUFICIENTE	
2017/90.— TJ, Sala Segunda, Sentencia de 7 julio 2016. Asunto C-70/15	1097
EL ORDEN PÚBLICO DEL FORO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA EFICACIA DE LA SENTENCIA NO ES APLICABLE A SITUACIONES DE REBELDÍA CONSENTIDAS POR EL PROPIO DEMANDADO	
2017/91.— TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 599/2016 de 6 octubre 2016	1098
EJECUCIÓN FORZOSA DE LAUDO EXTRANJERO	
2017/92.— AP Cádiz, Sección Quinta, Auto nº 168/2016 de 21 octubre 2016	1100

PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE EJECUCIÓN DE UNA RESOLUCIÓN EN MATERIA DE ALIMENTOS DIRECTAMENTE A LA AUTORIDAD COMPETENTE DEL ESTADO MIEMBRO DE EJECUCIÓN 2017/93.– TJ, Sala Sexta, Sentencia de 9 febrero 2017. Asunto C-283/16	1101
EXECUÁTUR: LEGITIMACIÓN PASIVA 2017/94.– AP Alicante, Auto de 10 abril 2017	1102
EXECUÁTUR. COMPETENCIA. INDEFENSIÓN 2017/95.– AP Las Palmas de Gran Canaria, Sección Quinta, Auto de 14 febrero 2017	1104
RECONOCIMIENTO DE SENTENCIA ALEMANA DICTADA EN REBELDÍA DEL DEMANDADO 2017/96.– AP Palma de Mallorca, Sección Cuarta, Auto de 2 marzo 2017	1105
RECURSO DE NULIDAD CONTRA UN AUTO QUE DENEGÓ EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA 2017/97.– AP Alicante, Sección Quinta, Auto de 1 junio 2017	1107
RESPONSABILIDAD	
TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA 2017/98.– AP León, Sección 1ª Sentencia nº 226/2016 de 11 julio 2016	1108
TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL 2017/99.– Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, Sección Segunda, Sentencia nº 242/2916, de 4 octubre 2016	1112
2017/100.– Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vitoria-Gasteiz, Sentencia de 2 mayo 2017	1113
2017/101.– Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vitoria-Gasteiz, Sentencia de 8 mayo 2017	1115
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA 2017/102.– AP Asturias, Sección Quinta, Sentencia, nº 299/2016 de 3 noviembre 2016	1117
ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA 2017/103.– AP Málaga, Sección Séptima, Sentencia nº 70/2016 de 29 diciembre 2016	1119
2017/104.– AP Murcia, Sección Quinta, Sentencia de 11 abril 2017	1120
SUCESIONES	
LEY NACIONAL CON ABSOLUTA LIBERTAD DE TESTAR 2017/105.– AP Málaga, Sección Quinta, Sentencia nº 280/2016 de 6 junio 2016	1122
SUCESIÓN REGIDA POR EL DERECHO ALEMÁN Y PROTECCIÓN REGISTRAL DE TERCERO DE BUENA FE 2017/106.– AP Girona, Sección Primera, Sentencia nº 140/2016 de 6 junio 2016	1124
TESTAMENTO OTORGADO POR ESPAÑOL EN EL EXTRANJERO. LEY APLICABLE A LA FORMA Y AL FONDO 2017/107.– AP Zaragoza, Sección Cuarta, Sentencia nº 359/2016 de 9 noviembre 2016	1128
SUCESIÓN DE NACIONAL FRANCÉS. REENVÍO A LA LEY ESPAÑOLA 2017/108.– AP Tarragona, Sección Primera, Sentencia nº 505/2016 de 14 noviembre 2016 ...	1130
SUCESIÓN TESTAMENTARIA. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO 2017/109.– AP Santa Cruz de Tenerife, Sección Cuarta, Sentencia de 22 marzo 2017	1131

CRÓNICA DE DERECHO INTERTERRITORIAL

Dirección de Rafael ARENAS GARCÍA y Albert FONT I SEGURA

Albert FONT I SEGURA

CRISIS DE PAREJA Y REGÍMENES ECONÓMICOS	1137
AP Huesca, Sección Primera, Sentencia nº 31/2016, de 19 de febrero	1141
AP Barcelona, Sección Sexta, Sentencia nº 50/2016, de 23 de febrero	1141
AP Alicante, Sección Sexta, Sentencia nº 73/2016, de 31 de marzo	1141
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia nº 141/2016, de 13 de abril	1142
AP Barcelona, Sección Decimocuarta, Sentencia nº 114/2016, de 14 de abril	1142
AP Barcelona, Sección Sexta, Sentencia nº 136/2016, de 29 de abril	1143
AP Tarragona, Sección Primera, Sentencia nº 380/2016, de 7 de julio	1143
AP Barcelona, Sección Primera, Sentencia nº 208/2016, de 11 julio	1143
AP Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia nº 251/2016, de 25 de julio	1144
AP Ourense, Sección Primera, Sentencia nº 282/2016, de 29 de julio	1144
AP Barcelona, Sección Segunda, Sentencia nº 640/2016, de 15 septiembre	1145
AP Barcelona, Sección Segunda, Sentencia nº 642/2016 de 15 septiembre	1145
AP Tarragona, Sección Primera, Sentencia nº 415/2016, de 15 de septiembre	1145
AP Madrid, Sección Décima, Sentencia nº 477/2016, de 28 de septiembre	1145
AP Barcelona, Sección Segunda, Sentencia nº 701/2016, de 6 octubre	1146
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia nº 325/2016, de 18 octubre	1146
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia nº 331/2016, de 18 octubre	1147
AP Murcia, Sección Cuarta, Sentencia nº 595/2016, de 20 de octubre	1147
AP León, Sección Segunda, Sentencia nº 268/2016, de 24 de octubre	1148

Rafael ARENAS GARCÍA

ARTICULACIÓN DEL DERECHO ESTATAL Y AUTONÓMICO. PROBLEMAS DE APLICACIÓN	1148
TSJ Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Sentencia de 16 febrero 2016	1152
AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 4 abril 2016	1154
TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia de 6 abril 2016	1154
TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia de 20 junio 2016	1155
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Auto de 7 septiembre 2016	1156
AP Lleida, Sección Segunda, Auto de 12 diciembre 2016	1157
TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia de 20 diciembre 2016	1157
AP Tarragona, Sección Primera, Sentencia de 20 diciembre 2016	1159

Albert FONT I SEGURA

SUCESIONES	1159
AP Guipúzcoa, Sección Segunda, Sentencia nº 4/2016, de 8 de enero	1163
AP Barcelona, Sección Primera, Sentencia nº 7/2016, de 14 de enero	1164
TS, Sección Primera, Sentencia de 16 marzo 2016	1164
TSJ Aragón, Sección Primera, Sentencia nº 23/2016, de 16 de marzo	1165
TS, Sección Primera, Sentencia nº 231/2016, de 8 de abril	1165
AP Vizcaya, Sección Tercera, Sentencia nº 139/2016, de 11 de abril	1166
AP Vizcaya, Sección Quinta, Sentencia nº 134/2016, de 11 de mayo	1167
TS, Sección Primera, Sentencia nº 591/2016, de 5 de octubre	1168

AP Pontevedra, Sección Sexta, Sentencia nº 566/2016, de 2 de noviembre	1168
AP Zaragoza, Sección Cuarta, Sentencia nº 359/2016, de 9 de noviembre	1169
AP Álava, Sección Primera, Sentencia nº 357/2016, de 16 de noviembre	1169
AP Islas Baleares, Sección Quinta, Sentencia nº 338/2016, de 17 de noviembre	1170
AP Navarra, Sección Tercera, Sentencia nº 544/2016, de 18 de noviembre	1170
AP Ourense, Sección Primera, Sentencia nº 456/2016, de 26 de diciembre	1170

Rafael ARENAS GARCÍA

DERECHO CIVIL VALENCIANO	1171
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 8 enero 2016	1175
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 11 enero 2016	1175
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 20 enero 2016	1175
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 25 enero 2016	1176
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 27 enero 2016	1176
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 5 febrero 2016	1177
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 23 febrero 2016	1177
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 9 marzo 2016	1178
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 9 marzo 2016	1178
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 31 marzo 2016	1178
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 1 abril 2016	1178
AP Alicante, Sección Sexta, Sentencia de 6 abril 2016	1179
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 13 abril 2016	1180
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 18 abril 2016	1180
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 25 abril 2016	1181
TC, Pleno, Sentencia 82/2016, de 28 abril 2016	1181
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 3 mayo 2016	1183
AP León, Sección Primera, Sentencia de 5 mayo 2016	1183
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 9 mayo 2016	1183
Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Alicante, Sentencia de 9 mayo 2016	1183
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 10 mayo 2016	1184
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 11 mayo 2016	1184
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 18 mayo 2016	1184
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 24 mayo 2016	1185
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 25 mayo 2016	1185
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 3 junio 2016	1185
TC, Pleno, Sentencia 110/2016, de 9 junio 2016	1186
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 28 junio 2016	1187
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 6 julio 2016	1187
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 6 julio 2016	1188
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 20 julio 2016	1188
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 3 octubre 2016	1189
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 18 octubre 2016	1190
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 18 octubre 2016	1190
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 18 octubre 2016	1190
TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 28 octubre 2016	1191
TC, Pleno, Sentencia 192/2016, de 16 noviembre 2016	1192
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 24 noviembre 2016	1193
TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 16 diciembre 2016	1193

Rafael ARENAS GARCÍA

UNIONES EXTRAMATRIMONIALES	1195
AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Sentencia de 20 enero 2016 ..	1197
AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Sentencia de 18 marzo 2016 .	1198
TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 18 marzo 2016	1200
TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 27 junio 2016	1202
TSJ Aragón, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 11 julio 2016.....	1202
TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 16 septiembre 2016	1203
TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Sen- tencia de 28 octubre 2016	1203
TSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Sen- tencia de 16 diciembre 2016	1205

Albert FONT I SEGURA

OBLIGACIONES Y CONTRATOS.....	1206
AP Navarra, Sección Tercera, Sentencia nº 114/2016, de 7 de marzo	1207
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia nº 240/2016, de 27 de mayo	1208
AP Vizcaya, Sección Cuarta, Sentencia nº 626/2016, de 21 de noviembre	1208
AP Barcelona, Sección Sexta, Sentencia nº 401/2016, de 23 de diciembre	1209

Josep M. FONTANELLAS MORELL

LA APERTURA DE UN SEGUNDO FRENTE EN LA PROBLEMÁTICA INTERREGIO- NAL DE LA PRESCRIPCIÓN: LAS ACCIONES DE ORIGEN CONTRACTUAL	1209
AP Barcelona, Sección Decimosexta, Sentencia nº 401/2016 de 23 diciembre	1216

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Comentarios de Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO y Fernando ESTEBAN DE LA ROSA

DOCUMENTO PÚBLICO EXTRANJERO

2017/DGRN/1. — Resolución DGRN de 14 septiembre 2016 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Mazarrón, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca. Poder otorgado en el extranjero	1221
Nota de Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO	1225
2017/DGRN/2. — Resolución DGRN de 5 enero 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de San Sebastián de los Reyes nº 2, por la que se deniega la cancelación de una hipoteca. Poder otorgado en el extranjero. Sociedad extranjera. Titular registral	1228
2017/DGRN/3. — Resolución DGRN de 17 abril 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Mijas nº 3, por la que suspende la inscripción de una escritura de compraventa. Poder otorgado en el extranjero	1234

Nota Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO	1239
MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO	
2017/DGRN/4. — Resolución DGRN de 1 julio 2016 (9ª). Autorización de matrimonio entre español y extranjera. Verificación de propósito fraudulento	1245
2017/DGRN/5. — Resolución DGRN de 1 julio 2016 (10ª). Autorización de matrimonio. Impedimento de ligamen	1246
2017/DGRN/6. — Resolución DGRN de 1 julio 2016 (11ª). Autorización de matrimonio entre español y extranjera. Verificación de propósito fraudulento	1246
2017/DGRN/7. — Resolución DGRN de 1 julio 2016 (14ª). Matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración. Capacidad matrimonial	1248
2017/DGRN/8. — Resolución DGRN de 15 julio 2016 (33ª). Certificado de capacidad. Verificación de propósito fraudulento	1249
2017/DGRN/9. — Resolución DGRN de 22 julio 2016 (20ª). Inscripción de matrimonio religioso celebrado en el extranjero (Sahara Occidental)	1250
2017/DGRN/10. — Resolución DGRN de 29 julio 2016 (12ª). Inscripción de matrimonio religioso celebrado en el extranjero. Matrimonio consuetudinario que celebrado en Ghana. Matrimonio poligámico	1251
2017/DGRN/11. — Resolución DGRN de 3 agosto 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Roses nº 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa. Régimen económico matrimonial	1252
Nota Fernando ESTEBAN DE LA ROSA	1258
2017/DGRN/12. — Resolución DGRN de 10 mayo 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Valencia nº 3, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero. Obligatoriedad del notario autorizante de conocer y aplicar la norma de conflicto	1261
2017/DGRN/13. — Resolución DGRN de 10 mayo 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Álora, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa	1262
2017/DGRN/14. — Resolución DGRN de 11 mayo 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Alcalá de Guadaira nº 2, por la que se suspende la inscripción de un convenio regulador de los efectos del divorcio. Liquidación del régimen económico matrimonial	1265
2017/DGRN/15. — Resolución DGRN de 17 mayo 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Valencia nº 6, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa. Matrimonio celebrado en el extranjero. Régimen económico matrimonial	1267
Nota Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO	1268
NACIONALIDAD	
2017/DGRN/16. — Resolución DGRN de 11 diciembre 2016 (8ª). Opción a la nacionalidad española. Acreditación de ser hijos de padre o madre que hubiere sido originariamente español	1269

SOCIEDADES

- 2017/DGRN/17.**— Resolución DGRN de 22 marzo 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles II de Madrid, por la que no procede al despacho de una solicitud de toma de razón de demanda judicial. Anotación preventiva de demanda de disolución y liquidación de una sociedad extranjera 1271

SUCESIONES

- 2017/DGRN/18.**— Resolución DGRN de 15 junio 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Orihuela nº 4, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia de un ciudadano británico. Aplicación del Reglamento (UE) nº 659/2012 a ciudadanos británicos ... 1272
- Nota Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO 1275
- 2017/DGRN/19.**— Resolución DGRN de 20 julio 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Cullera, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de la herencia causada por un nacional iraní 1279
- 2017/DGRN/20.**— Resolución DGRN de 26 julio 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de El Puerto de la Cruz, por la que acuerda no practicar la inscripción de una instancia para la inscripción de aceptación de herencia de causante eslovaco. Sucesión conforme al Derecho eslovaco: prueba suficiente del Derecho extranjero de la condición de heredero único 1281
- Nota S.S.L. 1285
- 2017/DGRN/21.**— Resolución DGRN de 28 julio 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Sant Mateu, por la que se suspende la inscripción de una escritura de herencia. Protocolización de testamento otorgado en el extranjero. Caudal relecto. Inmueble situado en España 1285
- 2017/DGRN/22.**— Resolución DGRN 28 julio 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Sant Mateu, por la que se suspende la inscripción de una escritura de herencia. Protocolización de testamento otorgado en el extranjero. Inmueble situado en España 1289
- Nota Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO 1293
- 2017/DGRN/23.**— Resolución DGRN de 11 enero 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Sant Mateu, por la que se suspende la inscripción de una escritura de herencia. Traducción parcial del título sucesorio a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad 1294
- Nota Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO 1298
- 2017/DGRN/24.**— Resolución DGRN de 2 febrero 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Sant Mateu, por la que se suspende la inscripción de una escritura de herencia. Partición causada por el fallecimiento de una ciudadana belga. Acta de declaración de herederos llevada a cabo por un notario belga. Incorporación por notario español 1299
- Nota S.S.L. 1301
- 2017/DGRN/25.**— Resolución DGRN de 15 febrero 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Sant Mateu, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de herencia. Adquisición hereditaria en la

que el registrador cuestiona los números de identificación del compareciente	1301
2017/DGRN/26. — Resolución DGRN de 10 abril 2017, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa de la registradora de la propiedad de Alicante nº 5, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia. <i>Professio iuris testamentaria</i> . Prueba del Derecho extranjero	1304
Nota de Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO	1307

MATERIALES DE LA PRÁCTICA

Coordinación de Ana FERNÁNDEZ PÉREZ

CONSEJO DE ESTADO

AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN	
2017/Doc/1.— Dictamen nº 661/2016 (Empleo y Seguridad Social), de 22 septiembre 2016 ...	1313
AUTORIZACIÓN DEL CAMBIO DE APELLIDOS	
2017/Doc/2.— Dictamen nº 496/2016 (Justicia), de 6 octubre 2016	1314
EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DEL TERRITORIO NACIONAL	
2017/Doc/3.— Dictamen nº 858/2016 (Interior), de 27 octubre 2016	1315
2017/Doc/4.— Dictamen nº 645/2017 (Interior), de 20 julio 2017	1315
RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY 3/2017, DE 15 DE FEBRE- RO, DEL LIBRO VI DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, RELATIVO A LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS Y DE MODIFICACIÓN DE LOS LIBROS PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO Y QUINTO	
2017/Doc/5.— Dictamen nº 404/2017 (Presidencia y para las Admones. Territoriales), de 18 mayo 2017	1316
HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS EXTRANJEROS	
2017/Doc/6.— Dictamen nº 803/2017 (Educación, Cultura y Deportes), de 28 septiembre 2017	1324

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

CONVENIOS Y MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO	
2017/Doc/7.— Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y el Ministerio Público de la Defensa de la República de Argentina, de 11 agosto y 9 sep- tiembre 2016, renovado el 6 julio 2017	1325
2017/Doc/8.— Memorando de entendimiento entre el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, de 11 octubre 2016, renovado el 5 octubre 2017	1325
2017/Doc/9.— Memorando de entendimiento para la cooperación entre el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y el Conselho Superior da Magistratura de Portu- gal, de 20 octubre 2016, renovado el 5 octubre 2017	1325
2017/Doc/10.— Memorando de entendimiento entre el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Supremo del Reino de España, y el Supremo Tribunal de Justicia de la Re- pública Portuguesa de 20 abril 2017	1326
INFORMES	
2017/Doc/11.— Informe jurídico sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, de 27 oc-	

tubre 2016	1326
2017/Doc12. – Informe al anteproyecto de ley por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la orden europea de investigación, de 28 septiembre 2017	1326

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO

2017/Doc13. – Memorando de entendimiento según Legislación Española Convenio según Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia en materia de cooperación entre la Fiscalía General del Estado del Reino de España y la Fiscalía General del Estado Plurinacional de Bolivia, de 8 julio 2016	1326
2017/Doc14. – Memorando de entendimiento interinstitucional entre la Fiscalía General de la Nación de la República Oriental del Uruguay y la Fiscalía General del Estado de España, de 12 octubre 2016	1326
2017/Doc15. – Memorando interinstitucional entre el Ministerio Público de la República Argentina y la Fiscalía General del Reino de España, de 13 octubre 2016	1327
2017/Doc16. – Memorando de entendimiento interinstitucional entre la Fiscalía General de la República de Cuba y la Fiscalía General del Estado de España, de 17 octubre 2016	1327
2017/Doc17. – Memorando de entendimiento entre la Fiscalía General del Estado del Reino de España y la Fiscalía General de la Nación de la República de Colombia, de 16 mayo 2017	1327
2017/Doc18. – Memorando de entendimiento en materia de cooperación entre la Fiscalía General de la República Árabe de Egipto y la Fiscalía General del Estado del Reino de España, de 21 septiembre 2017	1327

MEMORIA 2017

2017/Doc19. – Memoria Elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don José Manuel Maza Martín (2017)	1327

SECRETARÍA GENERAL DE INMIGRACIÓN Y EMIGRACIÓN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA A LA LUZ DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 39/2015 PACAP Y DEE LA LEY 40/2015 RJSP

2017/Doc20. – Instrucción SGIE 1/2016 sobre el procedimiento administrativo y la organización territorial en materia de extranjería a la luz de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en la AGE y el Sector Público Institucional Estatal, de 30 septiembre 2016	1329

MINISTERIOS

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

2017/Doc21. – Orden ESS/1975/2016, de 27 de diciembre, por la que se prorroga la vigencia de la Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012	1329
2017/Doc22. – Resolución de 28 diciembre 2016, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración por el que se canaliza la subvención nominativa prevista en los Presupuestos Generales del Estado de 2016 a la Ciudad de Ceuta para la mejora de la atención prestada en los centros de acogida de menores extranjeros no acompañados	1330
2017/Doc23. – Resolución de 28 diciembre 2016, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración por el que se canaliza la subvención nominativa prevista en los Presupuestos Generales del Estado de 2016 a la Ciudad de Melilla para la mejora de la atención prestada en los centros de acogida de menores extranjeros no acompañados	1330

2017/Doc24.– Resolución de 5 junio 2017, de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 junio 2017, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia temporal de menores y la estancia de los monitores, de origen saharauí, en España en el marco del Programa “Vacaciones en Paz 2017”	1330

NOTICIAS

CONFERENCIA DE LA HAYA DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Alegria BORRÁS

2016: ¿ALGO NUEVO EN LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?	1333

UNIÓN EUROPEA

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ

LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2016– MAYO 2017	1345

INSTITUTO HISPANO LUSO AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

EL XXXIX CONGRESO DEL IHLADI APRUEBA UNA RESOLUCIÓN SOBRE “LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO <i>IURA NOVIT CURIA</i> EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL”	1359

BIBLIOGRAFÍA

ACTOS Y DOCUMENTOS	1367
ADOPCIÓN	1367
ALIMENTOS	1368
ARBITRAJE	1368
ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	1371
BANCA Y BOLSA	1372
BIENES	1373
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	1373
COMPRAVENTA	1377
CONSUMIDORES	1377
CONTRATOS	1378
DERECHO APLICABLE	1380
DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES	1380
DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL	1380
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	1382

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA	1383
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL TRABAJO	1385
DERECHO INTERTERRITORIAL	1386
DERECHO MARITIMO	1388
DERECHO PENAL INTERNACIONAL	1388
DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL	1389
DERECHOS HUMANOS	1389
EXTRANJERÍA.....	1390
FAMILIA	1390
FILIACIÓN	1391
GARANTÍAS	1392
INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN	1393
INSOLVENCIA	1393
INTERNET	1394
INVERSIONES	1394
LIBRE COMPETENCIA	1396
MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO	1396
MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	1396
MEDIO AMBIENTE	1397
MENORES	1398
NACIONALIDAD	1399
NOMBRE	1399
OBLIGACIONES NO CONTRACTUALES	1400
ORDEN PÚBLICO	1400
PERSONA Y ESTADO CIVIL	1400
PROCESO	1400
PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL	1401
PROTECCIÓN DE ADULTOS	1402
RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EXTRANJERAS	1402
RESPONSABILIDAD	1402
SEGUROS	1403
SOCIEDADES	1403
SUCESIONES	1404
TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO	1406
TRANSPORTE	1406

BREXIT Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Recepción: 15 septiembre 2017

Aceptación: 4 octubre 2017

ACTIVACIÓN DEL MECANISMO DE RETIRADA VOLUNTARIA DEL REINO UNIDO DE LA UNIÓN EUROPEA *

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS **

SUMARIO: I. Activación del art. 50 TUE. 1. Culminación de un período de desencuentros. 2. Carta de solicitud de retirada y activación del art. 50 TUE. 3. Respuesta de la Unión Europea. II. Cuestiones institucionales. III. Interrogantes del proceso. 1. Repercusión en las políticas comunes: A) Política comercial; B) Política de seguridad y defensa; C) Justicia e Interior. 2. Derechos de los ciudadanos. 3. Obligaciones financieras. 4. Marco empresarial.

RESUMEN: El 23 de junio de 2016, el Reino Unido votó a favor de abandonar la Unión Europea después de 43 años de como Estado miembro. Este trabajo examina las medidas políticas e institucionales adoptadas, o por adoptar, tanto por el Reino Unido como por la UE en el contexto de la votación de Brexit, y sobre cómo las cuestiones pueden evolucionar en los próximos meses y años. Analiza en términos generales las posibilidades de una futura asociación entre la Unión y su miembro de partida y, por último, las consecuencias que la salida de un gran Estado miembro puede suponer para el resto de las políticas de la Unión y de la propia Unión. Analiza, en términos generales, las posibilidades de una futura relación entre la Unión y su miembro de partida y las consecuencias que la salida de un gran Estado miembro puede suponer para el resto de las políticas de la Unión y de la propia Unión. El estudio también examina brevemente el alcance de la reforma institucional que se abre con la salida del Reino Unido.

PALABRAS CLAVE: UNIÓN EUROPEA – REINO UNIDO – BREXIT – CONSECUENCIAS

ABSTRACT: *Volunteer Activation of Exit Mechanism of the United Kingdom of the Union European*

* Esta contribución se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2015–64063 (MINECO/FEDER). Una versión más amplia de la misma, con el seguimiento de las negociaciones se encuentra en nuestra crónica: “Brexit 1: Activación del mecanismo de retirada voluntaria del Reino Unido de la Unión Europea y preparación de las negociaciones”, *La Ley: Unión Europea*, nº 48, 2017, pp. 1–53; “Brexit 2: Comienzo de las negociaciones e inicio de los debates conducentes a la Gran Ley Derogatoria británica (*Great Repeal Bill*)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 51, 2017, pp. 1–12.

** Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

On 23 June 2016, the United Kingdom voted to leave the European Union after 43 years of membership. This paper looks into the political and institutional steps taken, or to be taken, both by the UK and by the EU in the context of the Brexit vote, and into how matters may evolve in the coming months and years. It analyses, in broad terms, the possibilities for a future association between the Union and its departing member and, finally, the consequences that the departure of a large Member State may entail for the rest of the policies of the Union and for the Union itself. It analyses, in broad terms, the possibilities for a future relationship between the Union and its departing member and the consequences that the departure of a large Member State may entail for the rest of the policies of the Union and for the Union itself. The study also briefly examines the potential for institutional progress that opens with the departure of the United Kingdom.

KEYWORDS: EUROPEAN UNION – UNITED KINGDOM – BREXIT – EFFECTS.

I. Activación del art. 50 TUE

1. Culminación de un período de desencuentros

1. En 1971 el Gobierno conservador del primer ministro Edward Heath, elaboró un proyecto de acuerdo de adhesión del Reino Unido (en adelante RU) a las Comunidades Europeas que fue aprobado por el Parlamento británico en octubre de 1971 por 358 votos a favor y 246 en contra, produciéndose la adhesión el 1 enero 1973.

Pese a ser uno de los Estados miembros más respetuoso con el cumplimiento del Derecho de la Unión¹, la actitud del nuevo socio se caracterizó siempre como un *awkward partner*², determinada, de una parte, por una defensa de la cooperación intergubernamental frente a la integración como se puso de relieve en la negociación del Tratado Maastricht³ y, de otra parte, por una actitud poco cooperativa e, incluso, obstruccionista, concretada en movimientos tendentes a replantear las condiciones de la adhesión o en la reducción de su aportación al presupuesto comunitario⁴. Con posterioridad el RU logró quedar fuera (*opt out*) del Protocolo social, aunque temporalmente, de la tercera fase de la Unión Monetaria introducida del euro, de la libre circulación de personas que puso en marcha la comunitarización de espacio Schengen, del Mecanismo Europeo de cambio, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en cuanto a los derechos que no se

¹ Informe de la Comisión, “Control de la aplicación del Derecho de la Unión Europea. Informe Anual de 2015”, COM(2016) 463 final, 15 julio 2016 [http://ec.europa.eu/atwork/applying—eu—law/docs/annual_report_33/com_2016_463_es.pdf].

² Cf. S. George, *An Awkward Partner: Britain in the European Community*, Oxford, Oxford University Press, 1990; *vid.*, asimismo, S. Wall, *A Stranger in Europe: Britain and the EU from Thatcher to Blair*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

³ J.M. de Areilza Carvajal, “El Reino Unido y la CIG”, *Política Exterior*, vol. 10, n° 51, 1996, pp. 49-62.

⁴ Como puso de relieve el referéndum de 1975.

reconocen en el país⁵) y, por citar algún ejemplo más reciente, no suscribió el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del 2 de marzo de 2012⁶. Evidentemente, la crisis financiera de 2008 fue un factor decisivo en el incremento del rechazo británico al proyecto europeo⁷. Un rechazo que descansaba, esencialmente, en elementos tales como: el menoscabo de soberanía por la intrusión de la UE vinculado a una suerte renacimiento del nacionalismo económico, el descontrol de la emigración⁸, el aumento de la incertidumbre política en torno al comportamiento de los mercados financieros internacionales, y el deterioro de las condiciones económicas⁹, a lo que se añadió la importante difusión en del “euroescepticismo” entre los británicos¹⁰.

2. Esta actitud diferenciadora se incrementó a partir de 2015, durante el segundo mandato del Primer Ministro David Cameron, quien, para hacer frente a presiones políticas internas puso en marcha, en una carta remitida el 10 noviembre 2015, un programa de negociaciones con la UE con el objeto de conseguir una serie de concesiones en torno a cuestiones tales esenciales del Derecho de la Unión como el ámbito del mercado único, el alcance de la política migratoria y la propia evolución del propio marco de integración propiciado desde Bruselas. Y, junto a estas cuestiones, solicitaba medidas tendentes a establecer mecanismos para proteger los intereses de los Estados miembros no pertenecientes al euro, quedar exonerado de la obligación de contribuir al rescate de los países de la Eurozona, la posibilidad de invocar una cláusula de salvaguarda en caso de que se adoptaran decisiones que perjudicaran a sus intereses y desligarse de ulteriores procesos de integración política dentro de la Unión¹¹.

⁵ K. Beale, “The United Kingdom without the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Putting Down the Dog that Did not Bark”, *Britain Alone!: The Implications and Consequences of United Kingdom Exit from the EU* (P.J. Birkinshaw y A. Biond, eds.), Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 257-290.

⁶ Vid. A. Mangas Martín, “Los dilemas del Reino Unido y de la UE: ¿salir o cambiar la Unión”, Real Instituto Elcano, Documento de trabajo, n° 3/2016, 25 febrero 2016

⁷ D. Baker y P. Schnapper, *Britain and the Crisis of the European Union*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2015.

⁸ S. Tilford, “Britain, Immigration and Brexit”, *Centre For European Reform Bulletin*, 30 noviembre 2015 [https://www.cer.org.uk/sites/default/files/bulletin_105_2.pdf].

⁹ J.A. Yturriaga Barberán, “El pueblo británico ha optado por el ‘Brexit’: ¿y ahora qué?”, *Especial 1986—2016 30 años de España en la Unión Europea... y en eso llegó el Brexit* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Wolters Kluwer, 2016 (edición electrónica).

¹⁰ Manifestado desde las primeras etapas de pertenencia a la UE. Vid. S. George, “Britain: Anatomy of a Eurosceptic State”, *Journal of European Integration*, vol. 22, n° 1, 2000; C. Leconte, *Understanding Euroscepticism*, New York, Palgrave Macmillan, 2010. Más recientemente, A. Alexandre—Collier, “L’euroscepticisme au sein des partis politiques britanniques: une obsession national(ist)e”, *Revue du marché commun et de l’Union Européenne*, n° 602, 2016, pp. 527—529.

¹¹ P. Monjal, “Les demandes britanniques pour éviter un ‘Brexit’: opportunité ou régression pour le projet européen?”, *Revue du droit de l’Union européenne*, 2015, n° 4, pp. 631—643.

Tras recibir las propuestas el Consejo Europeo acordó en su sesión de diciembre de 2015 colaborar estrechamente para encontrar soluciones satisfactorias para ambas partes en los cuatro ámbitos mencionados en la carta. Con esta finalidad el 2 de febrero de 2016, el presidente del Consejo Europeo Donald Tusk presentó la propuesta de un nuevo régimen que atendiese a las cuestiones planteadas por el primer ministro Cameron en el convencimiento de que “constituía una buena base para llegar a una solución transaccional”. Dicha propuesta estaba centrada en cuatro postulados:

1) Gobernanza económica: Se garantizaba el respeto mutuo entre los Estados miembros participantes en la consolidación de la Unión Económica y Monetaria y aquellos que no lo hacen, a partir de un difícil equilibrio: posibilitar un mayor grado de integración dentro de la zona del euro respetando a la vez las competencias de los Estados miembros que no pertenecen a ella.

2) Competitividad: Existía un compromiso para la simplificación progresiva de la legislación reduciendo la carga administrativa de las empresas para reducir los trámites burocráticos.

3) Soberanía: Se reconocía que el RU no estaba comprometido con una integración política más estrecha, reforzándose el respeto del principio de subsidiariedad al tiempos que se subrayaba el respeto al régimen exclusión voluntaria inscrito en los Protocolos 21 y 22, así como las responsabilidades en materia de seguridad nacional.

4) Prestaciones sociales y libre circulación de personas¹². En el respeto a los principios de libre circulación y no discriminación la propuesta, se comprometía a aclarar la interpretación de las normas actuales intentando evitar los abusos derivados de la libre circulación¹³.

3. Con estas pautas el Consejo Europeo, en el entendimiento del mantener la unidad de la UE, dedicó los días 18 y 19 de febrero de 2016 el estudio de la materia con resultados plasmados en un importante bloque de resoluciones y declaraciones, como respuestas individualizadas a la propuesta del RU. El bloque incluyó una Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno relativa a un nuevo régimen para el RU en la UE (anexo 1) donde se ofrecían garantías jurídicas a las preocupaciones mostradas por el RU. En Decisión se declaraba su contenido “totalmente

¹² T. Donegan y E. Teo, “Brexit: Free Movement of Persons”, *J. Int’l Banking L. & Reg.*, vol. 31, n° 11, 2016, pp. 565—571.

¹³ Carta del presidente Donald Tusk a los miembros del Consejo Europeo sobre su propuesta de un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea, de 2 de febrero de 2016 [<http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/02/02-letter-tusk-proposal-new-settlement-uk/>]. *Vid.*, asimismo, el “Proyecto de Decisión de los jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un nuevo encaje del Reino Unido en la Unión Europea”, de 2 febrero 2016.

compatible con los Tratados”, su carácter “jurídicamente vinculante” con la posibilidad de modificarse o derogarse “solo de común acuerdo por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea” y su efectividad. Esta Decisión iba acompañada de Declaraciones relativas a: a) la gestión eficaz de la unión bancaria y de las consecuencias de la mayor integración de la zona del euro; b) la generación de crecimiento y empleo incrementando la competitividad; c) la introducción de un mecanismo de aplicación de la subsidiariedad y un mecanismo de aplicación de la reducción de las cargas; d) la indexación de las prestaciones por hijos exportadas a los Estados Miembros distintos de aquel en el que reside el trabajador; e) la modificación del Reglamento 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión con objeto de establecer un mecanismo de salvaguardia; y, f) cuestiones relacionadas con el abuso del derecho de libre circulación de personas¹⁴. Todos estos instrumentos lograron un acuerdo, vinculante e irreversible, aunque de cuestionable calificación jurídica¹⁵, que reforzaba la situación especial del RU en la UE, al tiempo que, atendiendo a las preocupaciones británicas, mantenía los valores fundamentales de la UE¹⁶.

4. No obstante, al estar el acuerdo supeditado al referéndum convocado en el RU para el 23 junio 2016, el resultado adverso del mismo truncó las expectativas de un nuevo estatuto del Reino Unido que alejase las posibilidades del Brexit.

Sin entrar en las consideraciones políticas que llevaron a adoptar esta actitud, el Brexit fue la consecuencia directa del referéndum celebrado el 23 junio 2016¹⁷, en el cual la opción de abandonar la UE ganó con un 51,9 % frente a 48,1 % partidario de continuar. Los seguidores de la permanencia cerraron la campaña con relativo optimismo, pues las encuestas estaban a su favor y el repunte final de los mercados hacían presagiar un resultado a su favor, pero erraron en sus previsiones, pese a que el Brexit no fue respaldado por los jóvenes, ni por los escoceses e irlandeses del norte, ni por los gibraltareños, ni por los residente fuera del país

¹⁴ [<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1-2016-INIT/es/pdf>].

¹⁵ P. Andrés Sáenz de Santa María, “La Unión Europea y el Derecho de los tratados: una relación compleja”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LXVIII, nº 2, 2016, pp. 51—102.

¹⁶ J. Martín y Pérez de Nanclares, “La Unión Europea ante el desafío del Brexit: de la decisión de los Jefes de Estado o Gobierno a la activación del procedimiento de retirada”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, nº 43, 2016, pp. 7—24 [<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/5090/documento/t01.pdf?id=6751>].

¹⁷ Vid. los antecedentes y pormenores del referéndum en A. Menon y J. Salter, “Brexit: initial reflections”, *International affairs*, vol. 92, nº 6, 2016, pp. 1297—1318. Vid. asimismo, V. Pertusot, “Brexit: les risques du référendum”, *Politique étrangère*, 2016, 1, pp. 135—147; M. Medina Ortega, “Escocia, el Reino Unido y la identidad constitucional europea”, *Especial 1986—2016 30 años de España en la Unión Europea... y en eso llegó el Brexit* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Wolters Kluwer, 2016 (edición electrónica).

y tampoco tuvo éxito en las grandes ciudades. Además, no puede negarse que la mayoría que ganó, por un 4%, incluyó mucho voto de protesta.

La ausencia de previsiones reales acerca del resultado del referéndum produjo una gran conmoción, sobre todo por parte del jefe del Gobierno responsable de convocar la consulta sobre la permanencia de su país en la Unión, pues no había previsto un plan alternativo. A tiempo pasado se aduce que en realidad había una gran confusión acerca de los que significaba el voto favorable al Brexit. Sólo tras la fulminante dimisión del primer ministro David Cameron se impuso con toda su crudeza la afirmación de su sucesora Theresa May de que “*Brexit means Brexit*” pudiendo apreciarse sus consecuencias.

La decisión de la mayoría del electorado del RU de retirarse de la UE constituyó un acontecimiento extraordinariamente negativo para, con independencia de sus múltiples sombras, un valioso proceso de 60 años de integración económica en Europa¹⁸. No puede negarse que la eliminación de los obstáculos al comercio de bienes y servicios, la promoción de la competencia en los mercados de productos y servicios y la libre circulación de personas y capital en Europa han sido importantes factores de desarrollo de la economía europea y mundial¹⁹.

Poco después de que se conociera el resultado del referéndum, los ministros de Relaciones Exteriores de los principales países de la UE pidieron al RU no demorarse la activación el art. 50 TUE.

5. La activación de Brexit en el RU estuvo precedida por una batalla judicial de amplio calado mediático. El origen de la misma fue una demanda judicial interpuesta por un grupo encabezado por una gestora de inversiones de la City, llamada Gina Miller contra el Gobierno, alegando que el resultado del referéndum del 23 de junio había sido “consultivo”, que no tenía carácter vinculante, y que el Gobierno no tenía competencia para poner en marcha el mecanismo del art. 50. Esta reclamación fue admitida por el juez John Thomas de la (*English*) *Divisional Court*²⁰. Recurrida esta decisión ante la *High Court of Justice, Queen’s Bench Division (Divisional Court)* esta última confirmó por resolución de 11 noviembre 2016 (modificada el 22 de noviembre) la anterior decisión, considerando que el Secretario de Estado para la salida de la Unión Europea “*does not have power under the Crown’s prerogative to give notice pursuant to Article 50 of the TEU*”

¹⁸ J.C. Fernández Rozas (coord.), *Especial 1986—2006. 30 años de España en la Unión Europea... y en eso llegó el Brexit*, Madrid, Wolters Kluwer, 2016 (publicación electrónica)

¹⁹ G. Alogoskoufis, “The European Union, Brexit and Economic Nationalism”, *The Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 41, nº 1, 2017, pp. 27—33.

²⁰ *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting The European Union* [<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/11/summary-r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-eu-20161103.pdf>].

for the United Kingdom to withdraw from the European Union”²¹. Por último, esta batalla judicial fue resuelta por la Sentencia de Tribunal Supremo de 24 enero 2017 que, adoptada con 8 votos contra 3, que rechazó la apelación interpuesta por el Secretario de Estado²².

El resultado de esta confrontación judicial²³ no debe ni quedar orillado ni mantenerse circunscrito a una cuestión competencia privativa del RU para la activación de Brexit, pues tendrá importantes consecuencias en orden a la intervención del Parlamento Británico en las negociaciones que tendrán lugar para los próximos años.

Una vez desestimado el recurso del Gobierno, el Secretario de Estado de Salida de la UE presentó en el Parlamento, el 26 febrero 2017, un proyecto de ley que fue aprobado el 16 de marzo siguiente por el Parlamento Británico con amplísima mayoría (498 votos, contra 114).

2. Carta de solicitud de retirada y activación del art. 50 TUE

6. Ejerciendo el derecho de elegir el momento adecuado, la primera ministra británica, Theresa May, firmó el 29 marzo 2017 la carta en virtud de la cual el RU solicita la retirada de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica²⁴. Dicha carta, entregada en Bruselas al presidente del Consejo Europeo Donald Tusk por el embajador Sir Ivan Rogers, notifica formalmente la intención del RU de abandonar la Unión, invocando el art. 50 TUE, tal y como se aplica en el art. 106a del Tratado que Establece la Comunidad Europea de la Energía Atómica, que determinan el comienzo de las negociaciones previstas en este precepto.

En efecto, tras la activación del art. 50 por el RU el 29 de marzo, “de conformidad con sus propios requisitos constitucionales”, quedó abierto un periodo de negociaciones de dos años que no tienen una fecha de cumplimiento fatal, pues el Consejo Europeo por unanimidad está habilitado para prorrogar el proceso. Este precepto establece un mecanismo para la retirada voluntaria y unilateral de un país de la UE, que exige, como se ha hecho con la Carta de la Sra. May, la notificación de esta intención al Consejo Europeo. Una vez activado el mecanismo del referido art. 50 no puede cancelarse de forma unilateral por el RU y, por tanto, la notificación es del 29 de marzo es un acto irreversible.

²¹ [<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/11/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-eu-amended-20161122.pdf>].

²² [<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>].

²³ Vid. C. Hillion, “Le retrait de l’Union européenne: une analyse juridique”, *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 52, nº 4, 2016, nº 4, pp. 719—734, esp. 721—723.

²⁴ [<https://twitter.com/Number10gov/status/847054379794477056/photo/1>].

En orden al estatuto jurídico del Estado que se retira debe retenerse que con anterioridad a que el acuerdo de retirada sea ratificado y entre en vigor el RU seguirá siendo un Estado miembro de la UE con todos sus derechos y deberes. Ahora bien, el art. 50.4º TUE dispone que “el miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten.

7. De la lectura de la carta de 29 marzo 2017 se evidencia una cierta dosis de autojustificación: “el referéndum fue más bien un voto para restaurar, desde nuestro punto de vista, nuestra autodeterminación nacional. Nos vamos de la Unión Europea, pero no de Europa; y queremos seguir siendo unos socios y aliados comprometidos con nuestros amigos de todo el continente”. Sentado esto, en el texto de la misiva se explicita el doble objetivo que la negociación debe reunir desde el punto de vista del RU. De un lado, la consecución del acuerdo de salida. De otro lado, acordar las condiciones de su futura alianza, que aborde la cooperación en materia económica de manera “audaz y ambiciosa” y de seguridad, ahora que “Europa es más frágil hoy que en ningún otro momento”. Y, en caso de no conseguirse el primero de ellos, las relaciones comerciales discurrirían según las condiciones de la Organización Mundial del Comercio.

La carta añade que el RU desea negociar con un espíritu de cooperación en interés exclusivo de sus ciudadanos, evitando trastornos innecesarios, y priorizando las dificultades principales, dentro de las cuales figuran las relaciones entre el RU e Irlanda del Norte. Pese a su tono formal el contenido de la carta no hace vislumbrar una negociación amistosa. Hay amenazas veladas, como la referida a la seguridad, pues vincula la consecución de un buen acuerdo comercial a la cooperación en seguridad y terrorismo. Contiene, asimismo, indefiniciones importantes, como la relativa a la situación de los ciudadanos europeos en el RU. Por último, como se ha indicado, todo el contenido se basa en la consecución del Acuerdo futuro y no existen las mínimas pautas para orientar las negociaciones del Acuerdo de salida.

3. Respuesta de la Unión Europea

8. La activación del art. 50 TUE provocó una serie de reacciones por parte de la UE para afrontar la negociación. Pocas horas después de recibirse la carta el Presidente del Consejo Europeo Donald Tusk declaró que no era un día feliz ni para Bruselas ni para Londres y que en el proceso que acababa de ponerse en marcha “no hay nada que ganar” para ninguna de las partes y que su única función era la de controlar los daños que, en el caso de la UE van referidos a “reducir al mínimo el coste para los ciudadanos, las empresas y los Estados miembros de la

UE”. Al mismo tiempo el propio Consejo adoptó colegiadamente una Declaración anunciando que la primera medida a adoptar sería el establecimiento de unas directrices en las que se fijasen las posiciones y los principios generales conforme a las cuales la Unión, representada por la Comisión Europea, negociará con el RU.

9. Una vez activado por el RU el mecanismo de retirada, corresponde al Consejo Europeo, en tanto que responsable de definir las orientaciones y prioridades políticas generales de la UE, proporcionar las directrices para las negociaciones conducentes a la elaboración de un acuerdo que establezca las disposiciones necesarias para la retirada. Como es bien sabido, dicho Consejo, está integrado por su Presidente, los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros (tras la notificación con arreglo al art. 50 TUE, el miembro del Consejo Europeo que represente al Estado miembro que se retira no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones que afecten a este) y el presidente de la Comisión Europea y, en este caso por el alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. El Consejo también desempeña un importante papel en el proceso, pues tiene la competencia para aprobar el acuerdo que surja de las negociaciones, por mayoría cualificada, en nombre de la UE, previa aprobación del Parlamento Europeo.

Las primeras directrices y orientaciones del Consejo Europeo, acordaron que la Comisión representaría la UE en las negociaciones, recayendo la responsabilidad de dirigir las en nombre de la UE en el antiguo comisario europeo Michel Barnier, confiriéndole la calidad de negociador principal de la Comisión. El mandato incluye la obligación de mantener sistemáticamente informados al Consejo Europeo, al Consejo de la UE y a sus órganos preparatorios y al Parlamento Europeo. Aunque este último, no participará en las negociaciones deberá dar su visto bueno al acuerdo final para que pueda entrar en vigor, de ahí el interés de la institución para que los distintos grupos acerquen sus posiciones, antes de adoptar una decisión tan esencial.

Desde el punto de vista competencial, se consideró que la Comisión negociaría directamente en todo lo que sean competencias de la UE y cuando se trate de competencias nacionales la posición más eficaz es negociar conjuntamente, aunque los Estados no estuviesen dispuestos a renunciar a sus propias competencias, complementando la negociación conjunta con una negociación bilateral, por ejemplo en Seguridad Social, siempre que ello no fuese en perjuicio de los Veintisiete.

El Presidente del Consejo remitió el 31 de marzo a los líderes de los 27 Estados miembros un borrador de directrices con destino a la Comisión Europea y a su negociador jefe, para guiar sus contactos con el RU.

En el documento se insistía en la necesidad de a) minimizar la incertidumbre y los problemas ocasionados por la decisión del RU de retirarse de la UE para los ciudadanos, las empresas y los Estados miembros; b) evitar un vacío legal para nuestras empresas que se deriva del hecho de que después de Brexit las leyes de la UE ya no se aplicarán al RU. En tercer lugar; c) asegurar que el RU cumpla con todos los compromisos y obligaciones financieras que adoptó como un Estado miembro; y, d) buscar soluciones flexibles y creativa en relación con la frontera entre Irlanda del Norte e Irlanda²⁵.

10. Paralelamente, la Conferencia de Presidentes del Parlamento Europeo aprobó el mismo 29 marzo 2017 una propuesta de resolución presentada por los dirigentes de cuatro grupos políticos y la comisión de Asuntos Constitucionales, en la que se fijaron las condiciones para que el Parlamento Europeo apruebe definitivamente un acuerdo de salida con el RU. En su elaboración se tomaron como referentes principales las disposiciones propuestas para la organización de las negociaciones que se recogen en la Declaración de los jefes de Estado o de Gobierno de 27 Estados miembros, así como los Presidentes del Consejo Europeo y de la Comisión Europea, emitida tras la reunión informal de 15 diciembre 2016²⁶. La propuesta cubrió esencialmente dos aspectos: la situación del RU mientras se mantuviesen las negociaciones y las directrices que debían guiar estas últimas. En relación con el primer aspecto, consideraba que el RU debía seguir disfrutando de todos sus derechos y respetar todas las obligaciones que le impone el Tratado de la UE hasta su salida: compromisos financieros, observancia de las cuatro libertades, jurisdicción del TJUE, contribuciones presupuestarias generales y adhesión a la política comercial común de la UE hasta su salida. Respecto al segundo aspecto la propuesta concedía gran importancia al trato justo de los ciudadanos de los 27 Estados Miembros y subrayaba la necesidad de reciprocidad y no discriminación entre los ciudadanos británicos que viven en la UE y los ciudadanos de la UE que viven en el RU. Insistía, asimismo, en la importancia de abordar la cuestión de la frontera entre Irlanda e Irlanda del Norte.

II. Cuestiones institucionales

11. Vaya por delante que la retirada del RU de la UE, con todos los inconvenientes que entraña, implicará un refuerzo significativo en el proceso de integración europea en la UE-27, fuertemente deteriorado tras la crisis financiera de

²⁵ Declaraciones del presidente Donald Tusk en los próximos pasos siguientes a la notificación del Reino Unido, 31 marzo 2017 [<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/03/31-tusk-remarks-meeting-muscat-malta/>]

²⁶ [<file:///C:/Users/usuario/Downloads/15-euco-statement-es.pdf>].

2008²⁷. Incluso puede dar lugar a un cambio de paradigma²⁸ que, aunque reducirá la insistencia en la cooperación intergubernamental y en el atlantismo patrocinados por su interlocutor, no dejará de suscitar un sinnúmero de cuestiones institucionales²⁹ y de carácter procedimental³⁰ de enorme complejidad. Entre ellas puede incluirse la necesidad de reformar los Tratados constitutivos, conforme a las previsiones generales del art. 48 TUE, para acoger en ellos las pertinentes adaptaciones derivadas de la retirada del RU. Debe tenerse en cuenta que los avances logrados en la gobernanza económica de la UE durante el año 2016 han sido muy escasos en función de los condicionantes provenientes tanto del entorno comunitario como del internacional, lo cual no augura un clima favorable para insistir en la integración³¹. Este complejo marco reclama políticas más democráticas en el proceso de producción normativo, y a ello responde el Acuerdo interinstitucional sobre la mejora de la legislación en la UE aprobado por tres de sus instituciones fundamentales, el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 13 abril 2016, denominado “Acuerdo interinstitucional sobre la mejora de la legislación”³².

Con carácter meramente expositivo cabe referirse a algunos problemas especialmente relevantes.

12. Los Tratados dejan de aplicarse al país que realiza la solicitud, desde la entrada en vigor del acuerdo (*withdrawal date*) o, a más tardar, dos años después de la notificación de la retirada si se habilita una prórroga a la que nos referiremos

²⁷ Vid. nuestras consideraciones en “La Unión Europea en su sesenta aniversario: entre la deconstrucción y la resiliencia”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XXV, 2016—2017.

²⁸ J.M. de Areilza y Carvajal, “Retos institucionales en el desarrollo de una unión política”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 26, 2016,

²⁹ H. Hestermeyer, “How Brexit Will Happen: A Brief Primer on European Union Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit”, *J. Int’l Arb.*, vol. 33, n° 4/1 (especial), 2016 pp. 429–450; M. Tell Cremades y P. Novak, *Brexit and the European Union: General Institutional and Legal Considerations*, European Parliament’s Committee on Constitutional Affairs and was written by the Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, 2017 [[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/571404/IPOL_STU\(2017\)571404_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/571404/IPOL_STU(2017)571404_EN.pdf)]

³⁰ T. Freixes, “El Brexit y sus implicaciones”, *Especial 1986—2016 30 años de España en la Unión Europea... y en eso llegó el Brexit* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Wolters Kluwer, 2016 (edición electrónica).

³¹ Vid. en informe 02/17217 (Informe anual) del Consejo Económico y Social de España, *La Gobernanza Económica de la Unión Europea* [<http://www.ces.es/documents/10180/4509980/Inf0217.pdf>].

³² DO L 123 de 12.5.2016. Como indica preámbulo de este importante instrumento el objetivo de este importante instrumento es “adoptar legislación de alta calidad y de velar por que la legislación de la Unión se centre en aquellos ámbitos en los que tenga mayor valor añadido para los ciudadanos europeos, sea lo más eficiente y eficaz posible para la consecución de los objetivos comunes de las políticas de la Unión, sea lo más sencilla y clara posible, evite un exceso de regulación y de cargas administrativas para los ciudadanos, las administraciones y las empresas, especialmente para las pequeñas y medianas empresas (pymes), y esté concebida para facilitar su transposición y su aplicación práctica y para fortalecer la competitividad y la sostenibilidad de la economía de la Unión”.

más adelante. Mientras tanto, los Tratados seguirían vigentes para el resto de Estados miembros, aunque en tal caso, se requerirán ciertas modificaciones de conformidad con lo establecido en el art. 48 TUE. El eventual acuerdo de retirada queda sujeto al posible control por parte del TJUE de conformidad con el art. 263 TFUE con el objeto de que emita el dictamen previsto en el art. 218.11° TFUE.

La retirada tendrá un impacto limitado, pero no despreciable, en el ordenamiento jurídico de la Unión el cual, a su inherente complejidad añade la de ser el producto de una confrontación competencial, pese a que las competencias exclusivas y compartidas cubren un amplio espectro, desde la armonización del mercado interior hasta la justicia y la pesca. El Brexit implicará que el ordenamiento jurídico de la Unión dejará de ser aplicable en el RU, con independencia de las disposiciones transitorias que oportunamente se establezcan y al legislador británico le espera una dura tarea para elaborar un nuevo régimen jurídico que está en relación directa con el resultado de las negociaciones. Pero esta situación requiere una valoración sectorial pues hay materias donde la ruptura será menos sensible, por ejemplo, en materia tributaria ya han sido incorporados numerosos Reglamentos y Directivas a la normativa interna británica. Y a ello cabe agregar que, junto a la transposición durante muchos años de las reglas procedentes de la UE, se encuentra un amplio catálogo normativo procedente de la autorregulación y expresada en contratos tipo, códigos de conducta y guías interpretativas que no serán afectadas por el Brexit.

13. Mención aparte merece el estudio de los efectos del Brexit sobre los tratados internacionales que obligan al RU en función de su pertenencia a la UE. Dicho estudio suscita una dificultad de base al no ser de aplicación las soluciones clásicas relativas a la sucesión de Estados en materia de tratados, pues no puede considerarse al RU como “sucesora” de la UE. Para darnos cuenta de la magnitud del problema baste comprobar la lista de tratados que pueden quedar involucrados. De conformidad con la “*Europa Treaties Database*”³³, están en vigor 890 tratados bilaterales y 259 tratados multilaterales suscritos por Estados miembros. Pues bien, al margen de estas cuestiones teóricas y estadísticas, una aproximación a esta compleja materia exige distinguir entre la situación los tratados suscritos en el seno de la Unión y que obligan al RU con la participación de los Estados miembros, llamados acuerdos mixtos³⁴, y los tratados que no requieren esta participación. Los primeros incorporan elementos de competencia exclusiva de la UE y de competencia de los Estados miembros, por lo cual en su celebración participan

³³ [<http://ec.europa.eu/world/agreements/searchByType.do?id=1>]. Vid. el documentado informe elaborado a petición de la Cámara de los Comunes, por V. Miller, *Legislating for Brexit: EU external agreements*, Briefing Paper nº 7.850, de 5 de enero de 2017 [<file:///C:/Users/usuario/Downloads/CBP—7850.pdf>].

³⁴ Vid. STJUE 30 mayo 2006, asunto C—459/03: *Comisión / Irlanda*.

tanto la UE como los distintos Estados miembros, debiendo para su entrada en vigor no solo ser suscritos por la UE, sino ser ratificados por cada Estado miembro, de conformidad propios procedimientos internos en la materia (art. 218 TFUE). Los segundos corresponden a la propia competencia exclusiva de la UE y hay que tener muy presente que el Tratado de Lisboa amplió el ámbito competencial sobre la política comercial exterior en el marco de la Política Comercial Común y que el art. 207 TFUE extendió este marco competencial al comercio de servicios, a los aspectos comerciales de la propiedad intelectual y a la inversión extranjera directa, además del comercio de mercancías. Sin embargo, no siempre queda claro cuáles son los ámbitos de un acuerdo que pertenecen a la competencia exclusiva de la UE y que corresponden a la competencia de los Estados miembros. La Comisión Europea determina, caso por caso, si un acuerdo es o no "mixto", según su contenido.

En ambos modelos convencionales, al fundarse la vinculación del RU en un tratado internacional por su condición de miembro de la Unión, la pérdida de ésta condición determinará la inaplicación de dicho instrumento. Y es obvio que la mayor parte de los tratados suscritos por la UE incluyen una cláusula de "aplicación territorial", que restringe la aplicación del acuerdo a los territorios en los que se aplican el TUE y el TFUE. Tras el Brexit, por consiguiente, dichos acuerdos dejarán de aplicarse en el RU y en sus territorios de ultramar. Dicho en otros términos, cuando el tratado haya sido celebrado por la UE en un ámbito de competencia exclusiva, al no haber ratificado el RU dicho acuerdo por separado, este último ya no quedará obligado por el mismo. En estos casos bastará con una notificación por parte de la UE a los terceros países involucrados comunicándoles que la UE ya no está integrada por 28 sino por 27 Estados miembros. Ahora bien, al margen de lo dicho hasta aquí, buena parte de dichos acuerdos requerirán ser re-negociados, sobre todo desde la perspectiva de los terceros Estados involucrados en orden a clarificar sus obligaciones respecto del RU.

En el resto de los supuestos, el RU seguirá formando parte de los tratados en los que prestó su consentimiento. Dichos supuestos comprenden los tratados que han sido negociados al margen del sistema jurídico de la Unión o los tratados en los que únicamente sea parte el RU, aunque a los efectos de la gestión de dichos instrumentos la UE haya asumido las competencias propias de los Estados por razón de la materia.

Ello va a exigir al RU una considerable actividad convencional para establecer un nuevo marco de obligaciones recíprocas en los próximos años y un esfuerzo de negociación verdaderamente considerable.

14. Al perder su participación en los órganos de la UE, se producirá un cambio sustancial en las instituciones europeas que traerá consigo un proceso complejo

para la designación de nuevos miembros para todos estos cargos. Baste atender a que cesarán en sus funciones los 73 diputados del RU en el Parlamento Europeo, los 24 representantes en el Comité Económico y Social Europeo, los 18 representantes en el Comité de las Regiones o el comisario designado por el RU J. King, responsable de Seguridad en la Unión. Asimismo, la salida del RU de la Unión va a tener una consecuencia directa en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pues sus tres miembros, dos jueces y una abogada general, tendrán que abandonar su actual destino. También será necesaria la reubicación de la Agencia Europea del Medicamento y de la Autoridad Bancaria Europea, actualmente en Londres, estando previsto que Consejo Europeo adopte una decisión sobre las nuevas sedes en la cumbre europea prevista del 19 al 20 de octubre.

Problema no menor concierne a la situación futura de los funcionarios británicos (unos 1.700) que ha superado el correspondiente concurso y que forma parte del “Estatuto de los funcionarios y de otros agentes de la Unión Europea” y que prestan sus servicios tanto las instituciones fundamentales (Parlamento, Consejo, Comisión, Tribunales, Banco Central) como sus órganos consultivos (Consejo Económico y Social, Comité de las Regiones), financieros (Banco Europeo de Inversiones, Fondo Europeo de Inversiones), interinstitucionales (Escuela Europea de Administración, Oficina de Publicaciones, Oficina Europea de Selección de Personal), especializados (Defensor del Pueblo, Supervisor de Protección de Datos, Servicios de Acción Exterior) o las agencias (Agencias y Organismos de Euratom, Instituto Europeo de Innovación y Tecnología).

Y tampoco será fácil responder a los derechos del personal permanente británico, y del personal contratado con carácter temporal en sus distintas modalidades. Las negociaciones deberán moverse en la aplicación rigurosa del art. 49 del Estatuto de los Funcionarios que exige la condición de nacional de un Estado miembro o en la admisión de mantener en sus actuales puestos o al menos algunos, de ellos que no impliquen amplias responsabilidades políticas. No pueden descartarse múltiples cambios de nacionalidad con el propósito de mantener el estatuto de funcionario.

Como es natural dejará de desempeñar sus funciones la Representación Permanente en Bruselas del RU cuyo cometido ha sido garantizar que los intereses y políticas de este país se persiguiesen de manera eficaz en la UE

15. Las fronteras terrestres entre RU y el resto de la UE suscitan cuestiones de enorme envergadura económica y legal cuya respuesta no es fácil, lo que hace presagiar que tampoco serán pacíficas las negociaciones relativas a las fronteras exteriores, principalmente en Irlanda del Norte y en Gibraltar (las dos únicas fronteras terrestres que generará RU con el bloque comunitario).

i) La invisible línea fronteriza de 480 kilómetros que separa el Ulster y Eire se convertirá sin duda en una zona conflictiva en materia de inmigración, seguridad, aduanas y comercio. Los gobiernos británico e irlandés pretenden mantener una frontera blanda y reafirmando el negociador de la UE, Michel Barnier, el 11 mayo 2017 su compromiso de evitar el restablecimiento de una frontera “dura” en Irlanda, pero advirtió de que la salida de RU del bloque comunitario tendrá “consecuencias”, cuando el RU quede fuera del mercado único y de la unión aduanera. Entre estas consecuencias no cabe descartar la reinstauración de los puestos de control a fin de imponer tarifas aduaneras y evitar la entrada de inmigrantes que habían desaparecido en el denominado “Acuerdo de Viernes Santo” de 10 abril 1998 que, tras los referéndums separados de mayo siguiente contribuyeron decisivamente a la paz y estabilidad en la región. No puede olvidarse que las administraciones aduaneras han superado con creces su función básica de carácter recaudatorio, determinada por el cobro de los derechos de aduana, extendiendo paulatinamente sus competencias a sectores tales como la prevención de delincuencia organizada o de nuevos riesgos, como el comercio de mercancías peligrosas, la protección del medio ambiente y de la salud, junto, a garantizar la seguridad de los consumidores, al ajuste de las exportaciones de tecnologías sensibles que puedan utilizarse para fabricar armas químicas o nucleares, a la lucha contra la falsificación y la piratería, a la protección de las especies amenazadas y del patrimonio cultural europeo, impidiendo el contrabando de obras de arte. Así lo ha puesto de relieve la comunicación de la Comisión de 21 diciembre 2016 que incluye un plan a largo plazo para dar un nuevo impulso a la gestión de la Unión Aduanera, un pilar fundamental de la UE que apoya y protege el mercado único³⁵.

Los inconvenientes e incomodidades de tener a una parte de Irlanda dentro de la UE y a otra parte fuera, ha reavivado viejas reivindicaciones tendentes a la unificación de Irlanda (*border poll*, o referéndum de unificación), con un incremento espectacular del número de residentes en Irlanda del Norte que quiere conservar así la ciudadanía europea cuando el RU consume el Brexit. Resulta significativo que el 56% de los norirlandeses votasen por la permanencia en la UE y el 44% por la salida. Pese a lo difundido por los medios de comunicación la UE no ha acordado aceptar una Irlanda reunificada como Estado miembro, cuestión está que contaría con un contundente rechazo por parte del RU, dificultando innecesariamente las negociaciones. Por el contrario, dentro de los principios que la UE considera básicos para las futuras negociaciones figura “preservar el proceso de paz de Irlanda del Norte (en particular la ausencia de una frontera física entre Irlanda e Irlanda del Norte)”.

³⁵ J.C. Fernández Rozas, “Estrategias y prioridades de la polivalente gestión de la Unión Aduanera, ante su cincuenta aniversario”, *La Ley: Unión Europea*, nº 44, 2017, pp. 1—22.

ii) Bien entendido que no puede equipararse la situación descrita, que afecta a los Estados por el momento miembros de la UE, con Gibraltar. En tanto que territorio británico de ultramar respecto del cual el RU asume sus relaciones exteriores, Gibraltar no forma parte del territorio del RU y ni del Espacio Schengen. Es un territorio donde el Derecho de la UE se aplica con algunas salvedades, entre ellas las previstas en el Acta de Adhesión del Reino Unido, que excluye a Gibraltar del Territorio Aduanero Común y de la Política Comercial Común, la Política Agrícola Común, la Política Pesquera Común, y la obligación de recaudar el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). Por tanto su situación no se verá afectada tras el Brexit.

Desde la perspectiva del RU resulta de interés mutuo para Gibraltar y para España mantener una frontera tan libre como sea posible después de Brexit, por lo que propugna la consecución de un acuerdo que apoye la cooperación y el comercio regional en curso y evite la interrupción indebida de la vida de miles de residentes fronterizos que cruzan la frontera diariamente. Este mutuo interés debe extenderse, en opinión del RU a una estrecha cooperación en materia de seguridad y vigilancia, similar a la promueve para la frontera con Irlanda³⁶.

La posición negociadora de la UE considera, por su parte, que una vez que RU deje la Unión, ningún acuerdo entre la UE y RU se podrá aplicar al territorio de Gibraltar sin el acuerdo entre España y RU. A partir de aquí y en aplicación de los principios de la UE y en concreto el que establece garantizar la libre circulación de personas, España podrá exigir concesiones o imponer obstáculos para cruzar el paso de policía y control con Gibraltar, lo cual acabaría por aislar el territorio. Ante esta eventualidad no puede extrañar que la abrumadora mayoría de gibraltareños (96 por ciento) votaran a favor de permanecer en la UE en el referéndum³⁷.

En principio, la situación Gibraltar, no será abordada por la UE durante las negociaciones de salida de RU y condicionará cualquier pacto posterior sobre su estatus al visto bueno de España. En consecuencia el futuro de Gibraltar será negociado directamente entre España y Gran Bretaña³⁸ y esta posición de la unanimidad de los 27 para conceder a España la competencia en esta materia refleja que

³⁶ House of Lords, European Union Committee, 13th Report of Session 2016–17, marzo 2017, *Brexit: Gibraltar*, pp. 28–29 [<file:///C:/Users/user/Downloads/20170301%20Hansard%20House%20of%20Lords%20Informe%20Comit%C3%A9%20Especial%20Brexit%20Gib%2016.pdf>].

³⁷ En Gibraltar se votó abrumadoramente a favor de seguir en la UE: 19.323 votos a favor, frente a sólo 823 en contra.

³⁸ Como ha puesto de relieve P. Andrés Sáenz de Santa María, “el hecho es que la propuesta española de soberanía conjunta merece una consideración objetiva y puede ser una solución para las seguras dificultades en las que se va a encontrar la población de Gibraltar tras el Brexit si se analiza desde la racionalidad y no desde la visceralidad” (cf. “La nueva propuesta española de soberanía conjunta: Gibraltar en la encrucijada postbrexit”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 41, 2017, pp. 1–14).

se ha relajado las reticencias hacia nuestro país de algunas Estados del norte europeo que se hicieron visibles en otros tiempos. España tiene, en fin, una suerte de derecho de veto³⁹.

iii) Uno de los motivos que propiciaron la victoria del Brexit se ha justificado en la indefensión del ciudadano de la UE frente a la globalización, el terrorismo y la gestión de la crisis de refugiados⁴⁰. Otro problema concierne a la gestión de las fronteras exteriores, sobre todo porque el 7 marzo 2017, el Consejo adoptó un Reglamento por el que se modifica el Código de fronteras Schengen para reforzar los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores. Tal disposición lleva aparejada la obligación de los Estados miembros a llevar a cabo controles sistemáticos con las bases de datos pertinentes de toda persona que cruce las fronteras exteriores. Las negociaciones en esta materia pondrán de nuevo en evidencia las polémicas cuestiones que surgieron en la Cumbre de Bratislava de septiembre de 2016 que, en lugar de fomentar la cohesión de los U-27 frente al Brexit agravó las diferencias con el protagonismo de las posiciones ultraconservadoras de Polonia y de Hungría.

Cualesquiera que sean los resultados en este sector, la reintroducción de los controles aduaneros supondrá un importante obstáculo para los intercambios transfronterizos, sobretodo en el puesto de Dover, retrasos en el tráfico aéreo desde y hacia territorio británico.

III. Interrogantes del proceso

1. Repercusión en las políticas comunes

16. En orden a las políticas de la Unión, gran parte de los países se verán afectados en mayor o menor medida por la salida del RU, aunque sólo sea en la medida en que se necesiten arreglos técnicos. Incluso las políticas en las que el RU no está plenamente involucrado tendrá que ser corregidas convenientemente. La eliminación gradual y la introducción progresiva de las políticas dependerán de la relación

³⁹ Existen dos informes sobre esta materia. Uno, que fue presentado por el Ministro de Asuntos Exteriores al Consejo de Ministros de 31 de marzo de 2017 [<http://www.lamoncloa.gob.es/consejode-ministros/Paginas/enlacetranscripciones/20170331—interportavoz.aspx>], y otro elaborado por la Secretaría de Estado para la UE y remitido al Congreso Difundido por el Diario *El País*. [http://politica.elpais.com/politica/2017/05/02/actualidad/1493732282_489108.html].

⁴⁰ J.C. Fernández Rozas, “Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto”, *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 333—378.

política acordada⁴¹, respectivamente, en el acuerdo de transición y en las opciones que se adopten para la relación futura.

A) Política comercial

17. Entre las prioridades británicas figura el mantenimiento del comercio libre de tarifas o aranceles entre el RU y la UE y el mayor acceso posible al Mercado Único europeo tanto en circulación de bienes, como de servicios y capitales; una suerte de “unión aduanera a medida” que iría acompañada de la libertad para suscribir los acuerdos comerciales de carácter bilateral o multilateral que estime pertinente.

Semejante pretensión topa con una oposición radical por parte de la UE, que cuenta con 52 acuerdos comerciales en vigor, los cuales ya no se aplicarán a RU. La política comercial común se basa en el art. 207 TFUE, llevándose a cabo la negociación de los acuerdos comerciales, que, por término medio se prolongan entre tres y diez años, con arreglo a las previsiones del art. 218 TFUE y, a partir de aquí, la Comisión UE ha avanzado en la realización de una agenda comercial bilateral como complemento esencial de las acciones multilaterales llevados a cabo en el marco de la OMC.

Dicha política, centrada tradicionalmente en acuerdos la supresión arancelaria, se ha extendido en los últimos tiempos a una gran variedad de materias con el objeto de garantizar un mejor acceso recíproco a los mercados, que ha desbordado los instrumentos clásicos en la materia, pues no se limitan a eliminar barreras arancelarias sino que comprenden aspectos tales como la supresión de barreras no arancelarias al comercio, el acceso a licitaciones públicas, los servicios de transportes, normas en materia laboral y medioambiental, los aspectos no comerciales de propiedad intelectual o el régimen de las inversiones. El mecanismo de conclusión de estos acuerdos partía de una negociación de la Comisión con el país tercero en estrecha cooperación con el Consejo y el Parlamento Europeo, correspondiendo a este último la aprobación sin intervención de los Estados miembros.

⁴¹ Por ejemplo, al implicar el Brexit la exclusión del Reino Unido de la política pesquera común, con independencia de lo que se disponga en el acuerdo global, determinadas materias vinculadas al sector pesquero requerirán un marco jurídico particular que posibilite puesta en marcha de mecanismos que permitan a las partes negociar el ámbito de la libre circulación de productos pesqueros y de libertad de establecimiento de empresas pesqueras y acordar cuotas anuales de pesca. *Vid.* J.M. Sobrino Heredia, *La retirada del Reino Unido de la Unión Europea y sus posibles consecuencias para el sector pesquero de Galicia*, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad de Da Coruña, 2016, p. 49 [<http://www.arvi.org/publicaciones/EL%20BREXIT%20Y%20SUS%20POSIBLES%20CONSECUENCIAS%20PARA%20EL%20SECTOR%20PESQUERO%20DE%20GALICIA.pdf>].

Esta modalidad de acuerdo debe tenerse muy en cuenta a la hora de establecer alguna fórmula jurídica que permita la convivencia y cooperación económica, comercial y política y la construcción de una eventual área preferente económica y comercial tras el Brexit. Será menester replantear la estrategia comercial de la UE pues todos los acuerdos comerciales suscritos por la UE dejan de aplicarse al RU, incluyendo los relativos a la política pesquera común. Dicha estrategia está condicionada por el marco competencial fijado en el Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2017⁴², que establece las pautas para acuerdos futuros como los que previsiblemente se generarán tras el Brexit, aunque este referido al tratado negociado con Singapur. El Dictamen determina quién tiene competencia para firmar y ratificar ese pacto comercial, conforme al cual, aunque la UE tiene amplias competencias exclusivas para la celebración de los tratados comerciales futuros, obliga a la ratificación por los parlamentos nacionales y regionales cuando incluyan dos cuestiones habituales en los instrumentos de nueva generación: el ámbito de las inversiones extranjeras distintas de las directas (inversiones “de cartera”, realizadas sin intención de influir en la gestión y el control de una empresa) y el régimen de arreglo de controversias entre inversores y Estados. Aunque el Dictamen allana el camino para que los procesos de ratificación “suaves” en relación con los acuerdos de última generación⁴³, su doctrina afectará previsiblemente no sólo a posibles Acuerdos del tipo CETA, sino a los que puedan concluirse con el RU tras el Brexit, será necesaria pues participación de los Estados miembros puede dificultar y retrasar cualquier iniciativa de este tipo. Recuérdese la resistencia del Parlamento de Valonia frente al CETA y el peso de la pequeña región francófona de Bélgica en la conclusión de este instrumento.

18. Resulta oportuno agregar aquí que el Brexit ha supuesto un obstáculo esencial para las negociaciones en torno a las futuras relaciones comerciales entre EE UU y la UE en el marco de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP), que también es patente en otros procesos negociadores. Precisamente el RU era uno de los Estados defensores de esta polémica iniciativa tendente a reducir las barreras comerciales entre la UE y EE UU, por lo que sin su participación ha cobrado fuerza la posición de aquellos Estados Miembros críticos a la misma. Tras 3 años y 15 rondas en las negociaciones, el acuerdo dista mucho de poder llegar a concluirse.

⁴² Los acuerdos de libre comercio de nueva generación que incluyen cláusulas más amplias como la protección de inversiones y arbitrajes entre inversores y Estados, porque afectan también a las competencias de los Estados miembros [<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=493578>].

⁴³ D. Sarmiento, “The Singapore Silver Bullet”, Blog Despite our Differences, 17 mayo 2017 [<https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/>].

Por ello la UE, consciente de la mayor debilidad derivada de su nueva situación, se plantea redefinir el contenido de este instrumento ajustando su posición en las negociaciones y revisando sus propuestas, que sin el RU, serán menos flexibles y más exigentes, hasta el punto de suscitarse la propia viabilidad del CETA. Buena muestra de ello es la cautela mostrada por el Parlamento Europeo acerca de estas cuestiones. Existe, en efecto, mucha coincidencia en las circunstancias que motivaron el Brexit y las que se observan con el rechazo del TTIP por amplios sectores de la ciudadanía (v.gr., Alemania y Francia). Inexorablemente esta tendencia condicionará las negociaciones de otros acuerdos de este tipo aunque en algunos casos concretos la ausencia del RU puede coadyuvar a que se activen ciertos proyectos que el RU bloqueaba.

19. Un aspecto especialmente conflictivo de las relaciones comerciales en tanto que política exterior son las sanciones comerciales, competencia de la UE al margen de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, individualizadas como una herramienta clave de la Política Exterior y de Seguridad Común que, de conformidad con el art. 21 TUE, se interponen para la defensa de sus intereses estratégicos y la protección de sus objetivos fundamentales en el exterior. Dichas sanciones se concretan en restricciones al acceso a los mercados primario y secundario de capitales de la UE, prohibición de exportación e importación de armas y de productos de doble uso o el acceso a determinadas tecnologías y servicios sensibles. En la adopción de medidas restrictivas que, entre otras, la UE viene imponiendo progresivamente desde marzo de 2014 en respuesta a la anexión ilegal de Crimea y a la desestabilización deliberada de Ucrania el gobierno y Parlamento británicos han participado activamente reclamando su mantenimiento hasta que existan motivos para levantarlas o revisarlas. El Brexit obligará al RU a derivar sus acciones en tal sentido al marco del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o en el Grupo de los Siete (G7) perdiendo su protagonismo en el marco de la UE⁴⁴.

B) Política de seguridad y defensa

20. En este último sector, aunque puede cuestionarse la existencia de una política real, efectiva y compartida sobre la seguridad y la defensa común, no puede negarse que la capacidad militar europea es limitada y se ha ido reduciendo progresivamente, con lo cual la salida del RU, potencia nuclear y miembro del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tendrá una repercusión incuestionable⁴⁵,

⁴⁴ A. Mangas Martín, “La retirada del Reino Unido de la Unión Europea”, *loc. cit.*, p. 53.

⁴⁵ Entre otra cosa la salida de funcionarios y representantes británicos, que obligará movilizará a los Estados miembros a ocupar las plazas vacantes en organismos tales, como el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), el Estado Mayor de la Unión Europea (EMUE), la Agencia Europea de Defensa (EDA),

con sus secuelas positivas y negativas pese a que. El Brexit dejará de condicionar las orientaciones políticas y estratégicas de la UE cuyo peso ha sido decisivo en muchos escenarios conflictivos como Rusia, Siria, Irán o Mali, lo cual puede tener consecuencias positivas por haber condicionado el RU muchos avances en la integración de la seguridad europea; abandona quien combatió con mayor encono el intento propugnado por Francia de alcanzar una “Europa de la Defensa”⁴⁶. Pero, en contrapartida, aparte de que la ocasión no ha sido la más oportuna al incrementarse los riesgos procedentes del interior y del exterior, traerá consigo una substancial carga suplementaria en muchos Estados de la Unión para contribuir a los gastos de defensa, al tiempo que perjudicará el actual marco de cooperación entre la UE y la OTAN y el impulso de ciertos programas de cooperación industrial (v.gr., el AIRBUS). Paralelamente, y pese a su prevalente carácter intergubernamental, el futuro de las relaciones exteriores cambiará necesariamente pues no puede negarse que, al lado de Francia, el RU es de los Estados europeos con mayor proyección en las relaciones exteriores, sobre todo en tanto que interlocutor privilegiado con EE UU⁴⁷, lo que tendrá repercusiones inmediatas, como, por ejemplo, en las conversaciones tendentes a alcanzar una Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP). Un estudio pormenorizado de los innegables pros y contras para ambas partes, no puede desconocer que la retirada comportará también para ambas de importantes consecuencias negativas y un significativo debilitamiento⁴⁸.

Desde la perspectiva de Bruselas y de muchos Estados miembros se consideró que la advertencia incluida en la carta de 29 de marzo de 2017 con la que el RU anunciaba su deseo de retirada de la UE, según la cual el fracaso en alcanzar un acuerdo comercial acarrearía un debilitamiento de la cooperación en materia de seguridad, constituía un chantaje intolerable al amenazar con retirar sus contribuciones en materia de seguridad, defensa y lucha contra el terrorismo. No puede extrañar que la respuesta de Bruselas y de algunos Estados Miembros, señaladamente Alemania fuese rotunda en el sentido de que una cosa es intentar limitar los

el Instituto de Estudios de Seguridad, el Dispositivo de Vigilancia, el Centro de Situaciones (SitCen), las Unidades de Crisis (Crisis Room) o el Centro de Satélites (SatCen).

⁴⁶ F. Arteaga, “La defensa y la seguridad de la UE tras el Brexit”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº 51, 2016, 30, junio 2016 [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/riecano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari51-2016-arteaga-defensa-y-seguridad-de-la-ue-tras-el-brexit >]

⁴⁷ D. Denman, “The EU’s External Relations: a Question of Competence”, *Britain alone!: the implications and consequences of United Kingdom exit from the EU* (P.J. Birkinshaw y A. Biondi, eds.), Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 159–164.

⁴⁸ A. Mangas Martín, “La retirada del Reino Unido de la Unión Europea”, *Foro: revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 19, nº 1, 2016, pp. 29–63, esp. pp. 52–57 [<http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/53386/48972> >]

daños del Brexit y otra muy distinta negociar en paralelo. Tan contundente respuesta obligó al ministro del Brexit, David Davis, a matizar al día siguiente que lo que la carta quería decir era que sin “acuerdo en paralelo” con la UE el RU dejaría de ser miembro de Europol o de participar en la orden detención europea, malográndose los actuales arreglos en Justicia e Interior

C) Justicia e Interior

21. Durante su pertenencia a la UE el RU ha disfrutado de un "estatuto especial" en relación con la cooperación de la UE en asuntos de justicia y asuntos de interior, con la posibilidad de adoptar, caso por caso, si era de interés nacional participar en la misma y, en caso contrario, no quedar vinculado por la medida de la UE en cuestión⁴⁹. Ahora bien, en contraste con otras áreas el RU y los 27 comparten un fuerte interés mutuo en mantener la cooperación policial y de seguridad después de que el RU abandone la UE lo cual puede facilitar las negociaciones en este sector si se superan las cuestiones derivadas de la no pertenencia del RU a las instituciones de la UE, con la consiguiente pérdida de influencia en la elaboración de una agenda común y el deseo de continuar perteneciendo en ciertos estructuras, a través de acuerdos puntuales susceptibles de sustituir adecuadamente el papel de las instituciones supranacionales. Con este condicionante la futura relación con la UE dependerá de las intenciones de los negociadores pues una cosa es una participación activa en el Derecho penal procesal, lo que requeriría la activación de un régimen transitorio de consecución nada fácil, y otra muy distinta la retirada total de este capítulo⁵⁰. Un capítulo que cuenta con manifestaciones variadas: asistencia judicial mutua en materia penal, reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal, y orden de detención europea; que ha desarrollado acciones sectoriales relevantes en orden a la aproximación de legislaciones y a la definición de normas mínimas (art. 83 TFUE), y de los derechos de las personas sospechosas y acusadas a tener un juicio justo es un derecho fundamental reconocido; y que, por último, cuenta con un marco detallado de cooperación a través del

⁴⁹ Con respaldo en el art. 10 del Protocolo nº 36 adjunto al Tratado, el Reino Unido decidió en julio de 2013 hacer uso de su derecho a ejercer una exclusión voluntaria, a partir del 1 de diciembre de 2014, de todos los actos de la UE adoptados en el marco del antiguo tercer pilar que no se hubieran modificado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sin embargo, el 20 de noviembre de 2014, el Reino Unido notificó su deseo de volver a participar en treinta y cinco de esos instrumentos, contribuyendo con ello a la lucha de toda la UE contra la delincuencia organizada y el terrorismo.

⁵⁰ Desde la perspectiva británica *vid.* el detallado informe y las recomendaciones elaboradas o por la House of Lords, European Union Committee, *Brexit: future UK—EU security and police cooperation*, 7th Report of Session 2016–17 (HL Paper 77) [<https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/lducom/77/77.pdf>] Entre las recomendaciones figura el mantenimiento de la cooperación permanente en materia de justicia penal en la medida de posible.

Eurojust, la Red Judicial Europea, los equipos conjuntos de investigación y la Fiscalía Europea. En suma, un importante acervo configurar de una política de Derecho penal de la Unión.

La internacionalización de la delincuencia hace preciso el mantenimiento de instrumentos comunes de persecución y enjuiciamiento de los delitos y el Brexit debe ser sensible a esta cuestión aunque no deje de suscitar problemas. La continuación de la cooperación en materia de justicia penal es una prioridad esencial para las negociaciones de Brexit al repercutir en la seguridad de los ciudadanos, tanto del RU como del resto de la UE y las soluciones transfronterizas para combatir el crecimiento de los delitos transnacionales, siguen constituyendo un componente prioritario. Un ejemplo significativo es la orden de detención europea, un esquema en el que el RU participa y que no debería quedar sustituido por el tradicional proceso extradición. Entre otras cosas, porque la UE ha suscrito varios convenios bilaterales en la materia de extradición con unas condiciones similares a las de la referida orden europea pero con unos resultados negativos, pues dichos instrumentos aún no han entrado en vigor⁵¹.

22. La pérdida por parte del RU de la condición de miembro de Europol y de Eurojust, instrumentos que coordinan la lucha contra la delincuencia grave y organizada entre los países de la UE será la antesala otro importante obstáculo para las negociaciones sobre las relaciones futuras del RU dichos organismos de la UE, pues la no aplicación del principio de confianza mutua entre el RU y el resto de Estados Miembros entraña la no aplicación de una de las bases del espacio judicial europeo, cual es el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal⁵². Pero, correlativamente, desde el Brexit permitirá a la UE de los 27 profundizar en armonización del Derecho procesal penal, siguiendo lo establecido en el Programa de La Haya de 2005⁵³, con objeto de que las resoluciones judiciales, objeto del reconocimiento mutuo, garanticen los derechos de las personas y, en particular, la presunción de inocencia, la regulación de las resoluciones *in absentia*, y el establecimiento de un cuadro de normas mínimas para obtener las pruebas.

⁵¹ También desde la perspectiva del RU *vid.* House of Commons, Justice Committee, *Implications of Brexit for the Justice System*, 22 marzo 2017, pp. 6—11 [<https://www.publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmjust/750/750.pdf>].

⁵² M. Hoyos Sancho, “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 22, 2005, pp. 807—842.

⁵³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, “Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” [COM (2005) 184 final], DO C 236 de 24.9.2005.

2. Derechos de los ciudadanos

23. Consumada la retirada, quedarán fuera de protección en el RU derechos esenciales derivados de la ciudadanía europea (derecho de residencia, no discriminación por razón de nacionalidad, libre circulación...), y en los 27 para los nacionales británicos. Los primeros deberán consolidar su situación de conformidad con las leyes británicas, mientras que los segundos en caso de estar establecidos en territorio de la Unión serán considerados ciudadanos extranjeros de un tercer país y no podrán acogerse a las previsiones contenidas en la Directiva 2004/38/C del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril del 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, a no ser que sean familiares directos (cónyuge o pareja con estatuto similar, y descendientes y ascendientes directos) de un ciudadano comunitario o, previa concesión, si son otro tipo de familiares. No obstante se beneficiarán de la normativa armonizada de la UE y del catálogo de derechos que se desprendan de la CEDF. Dicha descompensación deberá pesar en la negociación de esta materia en el acuerdo de retirada, que debería tener como referente de base el principio de reciprocidad en el disfrute de este catálogo de derechos.

En el marco específico de la extranjería las cuestiones a resolver ofrecen una relevancia menor en función de que, como hemos visto, el RU nunca ha formado parte del denominado “espacio Schengen”, aunque los nacionales de los 27 no están sometidos al régimen de visado para el RU ni los británicos para el resto de los Estados miembros, por esta razón deberá darse respuesta a la cuestión a dicha exigencia de visado prevista en el Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo del 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. La pérdida para los británicos de la ciudadanía europea podrá en marcha las particularidades estatales propias del “régimen general de extranjería”⁵⁴. Debe recordarse que el RU no forma parte del espacio Schengen, y que sí están sujetos al control de los servicios de inmigración y pueden quedar excluidos de algunos beneficios sociales. En el segundo caso, muchos Estados de la UE se enfrentan a un dilema similar, ya que también tendrá que decidir sobre el futuro de los ciudadanos británicos que residen en su territorio. Y este apartado no puede desconocer el previsible incremento de las solicitudes de cambio de nacionalidad, sobre todo de británicos que residen en el territorio de la futura UE.

⁵⁴ En relación con el Derecho español de extranjería algunas de estas particularidades han sido evidenciadas por J. Almarcha Jaime, “Residencia y estancia en España de ciudadanos extranjeros no comunitarios: especial mención del post—brenxit”, *Análisis Gómez Acebo & Pombo*, enero 2017.

La UE mantiene a este respecto una posición firme en el sentido de que hasta el último momento el RU seguirá vinculado por la normativa europea en la materia. Pero la actitud del RU de no ofrecer garantías acerca de los derechos de residencia a los ciudadanos comunitarios en RU, incluyendo el derecho a las prestaciones sanitarias, si no recibe antes las propias en torno a los derechos de los británicos en los países de la Unión constituye uno de los principales obstáculos de las negociaciones.

24. Como es bien sabido, gran parte de los derechos atribuidos a las personas físicas en la UE son inherentes a la noción de ciudadanía de la Unión, que es un corolario de la pertenencia a un Estado miembro (art. 20.1º TFUE)⁵⁵. La pérdida de esta cualidad por los nacionales británicos implicaría su sometimiento automático al vigente Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (ETIAS) para reforzar los controles de seguridad de los viajeros exentos de visado, que obliga a rellenar un formulario de solicitud de entrada y pagar una tasa. Además, dejarán de beneficiarse del régimen de extranjería aplicable a los nacionales de los Estados miembros y sus familiares, quedarían, por tanto, regidos por el régimen establecido para los extranjeros de terceros países⁵⁶, armonizado en lo que concierne al cruce de fronteras, visado de entrada y estancia hasta tres meses, estatuto del residente de larga duración y régimen de reagrupación familiar⁵⁷.

Pero la pérdida de la ciudadanía de la Unión tiene un alcance mucho mayor, pues es el sustrato necesario (arts. 20 a 23 TFUE) para, entre otras cosas: a) la participación, con sufragio activo y pasivo, en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia; b) la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros; c) el Derecho de petición al Parlamento Europeo, d) el derecho a presentar quejas al Defensor del Pueblo Europeo; e) el derecho a dirigirse a las instituciones y órganos consultivos en una de las lenguas de los Tratados y a recibir respuesta en dicha lengua, o f) el derecho a acogerse en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que no son nacionales, a la protección diplomática y consular de cualquier Estado, que tenga una representación accesible, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

⁵⁵ G. Marrero González, “‘Brexit’: Consequences for Citizenship of the Union and Residence Rights”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, vol. 23, nº 5, 2016, pp. 796—811.

⁵⁶ M.-L. Öberg, “From EU Citizens to third—Country Nationals: the Legacy of Polydor”, *European Public Law*, vol. 22, nº 1, 2016, pp. 97—114.

⁵⁷ R. Arenas García, “Brexit y Derecho internacional privado?”, *Especial 1986—2016 30 años de España en la Unión Europea... y en eso llegó el Brexit* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Wolters Kluwer, 2016 (edición electrónica).

25. Otras cuestiones a dilucidar en el acuerdo de retirada atañen a los derechos de los ciudadanos de la UE en el RU y el de los británicos que vivan en otras partes de la Unión, situación que involucra a unos 14 millones de personas⁵⁸. Entre los principios básicos fijados por la UE para orientar las negociaciones se incluye “garantizar los derechos de los ciudadanos europeos afectados por la decisión británica de abandonar la UE”, lo que evidencia la importancia que confiera esta materia. En el primer caso están involucrados más de cuatro millones de ciudadanos (entre ellos cerca de un millón de polacos y 200.000 españoles) cuyo estatus está por el momento regulado por las normas de la UE y cuyo futuro derivado de la prevención británica de no acumular derechos tras el anuncio de retirada, deberá aclararse sobre todo en cuestiones tan esenciales como el derecho a la sanidad y a la educación públicas en sus lugares de residencia.

A las naturales preocupaciones derivadas de las repercusiones del Brexit en el orden laboral se unen las inherentes a los derechos sociales y muy particularmente al pago de pensiones que queden excluidas de la actual cobertura europea que garantiza la totalización de las cotizaciones y a la exportabilidad de las mismas⁵⁹. Es previsible, por tanto, que ese apartado ocupe un lugar destacado en el futuro acuerdo de salida.

3. Obligaciones financieras

26. El proceso desencadenado por el Brexit no contempla sanciones ni penalizaciones, pero las negociaciones deberán aclarar la nueva situación presupuestaria derivada del mismo. En un clima dominado por la sensación de un gasto innecesario⁶⁰, El RU aporta actualmente en torno al 14% del presupuesto de la UE (el año 2015 la contribución total del RU al presupuesto de la UE fue de 18.209 millones de euros) comunitario y su salida tendrá un impacto sustancial. La solución en el ámbito financiero debería garantizar el acatamiento, tanto por parte de la UE como del RU, de las obligaciones contraídas antes de la fecha de retirada. A tal efecto el acuerdo debería cubrir todos los compromisos legales y presupuestarios, así como los pasivos, incluidos los pasivos contingentes.

⁵⁸ A. Fernández Tomás y D. López Garrido, *The impact and consequences of Brexit on acquired rights of EU citizens living in the UK and British citizens living in the EU*—27, Bruselas, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament, 2017.

⁵⁹ J.A. Panizo Robles, “El ‘Brexit’ y la seguridad social ¿Cómo incide una eventual salida del Reino Unido de la Unión Europea en el ámbito de la seguridad social?”, *Revista de información laboral*, nº 8, 2016, pp. 15—33.

⁶⁰ M. Kölling, “¿Cuánto le cuesta a la UE la relación con Reino Unido?”, *Economía exterior: estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, nº 76, 2016, pp. 95—105.

Para la UE es esencial que las negociaciones aseguren “el respeto por parte del RU de sus compromisos financieros contraídos como Estado miembro”⁶¹, por consiguiente será esta una materia que previsiblemente desencadenará grandes enfrentamientos es la relativa al abono de las deudas pendientes del RU con la UE. Todavía no se ha fijado la cifra exacta de un acuerdo financiero entre RU y la UE, pues existen discrepancias en orden a la metodología contable a utilizar. Por eso el cálculo estimado por la UE oscila entre los 60.000 millones y los 82.500 millones de euros. Dichas deudas corresponden proyectos ya comprometidos para el presupuesto 2014–220 pero cuyos pagos no han sido asignados, derechos de pensión de los funcionarios europeos y garantías sobre préstamos que otorga, entre otros, el Banco Europeo de Inversiones. Dentro de las cantidades comprometidas figuran también las ayudas al programa con Turquía, la asistencia a Ucrania o el Fondo Europeo de Desarrollo, otras obligaciones derivadas de la participación en organismos como el Banco Europeo de Inversiones (BEI), el coste del traslado de las dos agencias reguladoras con sede en Londres, incluida la Agencia Europea del Medicamento a la que aspira Barcelona, o las pensiones de los euro-funcionarios⁶². Frente a la posición de la UE de que la cuestión de las obligaciones financieras debe abordarse desde el principio, el RU pretende postergarla negando además, con contundencia, el valor de estas cifras pergeñadas por la UE argumentando que es una cuestión a debatir durante las negociaciones.

27. Los arreglos financieros parecen ser particularmente complejos y la UE–27 debe optar, o bien por exigir a los Estados miembros que incrementen su participación de manera proporcional en un intento de responder al déficit producido por el Brexit o, lo que será más probable, por reducir el gasto, lo que afectará a las políticas comunitarias y, esencialmente, a la financiación del fondo de cohesión⁶³,

⁶¹ Constituye uno de los principios básicos de las futuras negociaciones, formulado por M. Barnier en la sesión del Parlamento Europeo de 27 de mayo de 2017 [<http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20170509IPR73931/los-eurodiputados-destacan-la-unidad-ante-el-brexit-y-piden-reformar-la-ue>].

⁶² Desde la perspectiva española se apunta que en “el cálculo del saldo deberían estar incluidos todos los pasivos a los que se ha comprometido el Reino Unido: los restos a liquidar; los fondos estructurales de las actuales perspectivas financieras; las pensiones de los funcionarios europeos; las responsabilidades contingentes (por préstamos y programas de ayuda)” *Vid.* Comparecencia del Ministro en la Comisión Mixta Congreso Senado para la Unión Europea, 29 marzo 2017 [http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/ComparecenciasParlamentarias/Documents/20170329_COMPARECENCIA.pdf].

⁶³ Esta situación ha sido denunciada por el Comité Europeo de las Regiones que advirtió el 11 de mayo de 2017 que los fondos de cohesión comunitarios deberá tener una financiación adecuada y una mayor flexibilidad para que el Brexit no suponga una reducción en esta partida presupuestaria, pues el apoyo de la UE al desarrollo regional es un importante estímulo al progreso económico y un símbolo del compromiso su compromiso con la solidaridad. La política de cohesión suma 454 000 millones de euros presu-

siendo probable que la UE se vea precisada, de una parte, a modificar la propia estructura del presupuesto comunitario, que oriente las partidas hacia políticas generadoras de un mayor valor añadido o sean reformadas de para producirlo (*v.gr.*, mejor protección y gestión de las fronteras externas, defensa, seguridad, acción climática y esfuerzos hacia una economía baja en carbón)⁶⁴ y, de otra parte, a acudir a nuevas fuentes de financiación (*v.gr.*, impuestos relacionados con la energía y el medio ambiente o la lucha contra el cambio climático). Por descontado, también cabe una combinación entre ambas opciones en la preparación de un nuevo presupuesto que, no sólo deberá ser menor, sino que deberá ser más flexible y más orientado a la obtención de rendimientos significativos⁶⁵.

Si el RU decide participar plenamente en el actual marco financiero plurianual hasta su expiración en 2020, su participación se verá progresivamente reducida. Por consiguiente las partidas se materializarán después del Brexit. Además, el RU no tendrá derecho a reclamar su parte proporcional de los activos comunitarios lo que entorpece sus pretensiones de reducir la deuda en esta materia

4. Marco empresarial

28. Considerada como una de las *crown jewels*, en la City de Londres está la sede las agencias internacionales de mayor repercusión (IMO, BIMCO, etc), y por el momento sigue siendo la capital mundial de la banca y del seguro marítimo, si bien es verosímil que buena parte de los bancos y fondos de inversión desplacen sus cuentas a otras capitales europeas como Fráncfort o París⁶⁶. Con ello, una buena parte de la actividad del centro financiero más importante de Europa al quedar fuera del mercado interior, y por ende de las cuatro libertades de la UE, es probable se desplace al continente lo que sin duda dará lugar a una marcada dispersión pues ninguna plaza aislada (*v.gr.*, Fráncfort, Luxemburgo o Dublín) reúne las condiciones de la City. Y a este inconveniente se unen las eventuales consecuencias negativas sobre la estabilidad financiera y un sensible aumento de los costes para los sectores implicados.

puestados para el periodo 2014 y 2020 y tiene el objetivo de reducir las disparidades y fomentar el crecimiento sostenible en todas las regiones [<http://cor.europa.eu/es/news/Pages/Plenary—roundup—11—12—May—2017.aspx>].

⁶⁴ “Future financing of the EU. Final report and recommendations of the High Level Group on Own Resources”, December 2016 [http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/library/reports—communication/hlgor—report_20170104.pdf].

⁶⁵ J. Haas y E. Rubio, “Brexit and the EU Budget: Threat or Opportunity?”, Jacques Delors Institute, Policy paper, n° 183, 16 de enero de 2017; E. Chomicz, “EU Budget post—Brexit Confronting Reality, Exploring Viable Solutions”, Eureau Policy Center, Discussion Paper, 7 de marzo de 2017.

⁶⁶ M. Otero Iglesias, “Mirando el ‘Brexit’ desde la City: una historia de dinero y poder”, *Economía exterior estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, n° 76, 2016, pp. 45—51.

Tales eventualidades han movilizado a la defensa británica de estos sectores, consciente de que los servicios financieros representan la décima parte del producto interno bruto del RU y de la interdependencia de la economía británica no sólo de los EE UU sino de resto de las economías de la UE, esencialmente con Alemania, Francia y Países Bajo⁶⁷. Dicha defensa está articulada en argumentos tales como la importancia del inglés en el mundo de los negocios internacionales, que la City es esencial para sostenibilidad de las grandes firmas de abogados y las entidades financieras y aseguradoras mundiales y que es el centro neurálgico de compensación para el euro, bonos y fondos. Con estos argumentos la estrategia apunta al mantenimiento, en la medida de lo posible, de la continuidad de la normativa de la UE para evitar situaciones de inseguridad jurídica.

29. Al igual que las personas físicas, las sociedades constituidas en el RU dejarían de ser titulares de la libertad de establecimiento que actualmente les reconoce el art. 54 TFUE y tal situación tendrá importantes repercusiones pues la consideración del Derecho internacional de sociedades en la UE no puede ser entendida sin tener en cuenta las particularidades del Derecho de sociedades británicas⁶⁸.

Los problemas más significativos serán los concernientes a las sociedades que tienen su sede real, esto es su centro principal de actividad, en algún país de la UE aunque estén sometidas al Derecho inglés por haberse constituido conforme a la legislación británica. Esta circunstancia resucita una cuestión superada, pues en su nueva cualidad de sociedades de terceros Estados, necesitarán de su reconocimiento por los Estados miembros, y si éstos siguen el criterio de atribución de la nacionalidad de la sede real, podrían dejar de reconocerlas como personas jurídicas. Concretamente, tras el Brexit, las empresas deberán empezar a evaluar en qué les puede afectar para establecer las negociaciones con las aseguradoras y los asesores en materia de riesgos⁶⁹. En concreto, las entidades aseguradoras y reaseguradoras autorizadas en el Reino Unido perderán la facultad de poder ejercer sus actividades en los Estados de la UE-27 en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios.

30. Desde el punto de vista fiscal, el hecho de que tras el Brexit el RU, deje de estar obligado por las Directivas de la UE sobre impuestos directos y por la jurisprudencia del TJUE en la materia, tendrá indudablemente un impacto significativo

⁶⁷ F. Steinberg Wechsler y A. Arahuete García, “‘Brexit’, tiene una débil justificación económica”, *Economía exterior estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, nº 76, 2016, pp. 33—43

⁶⁸ R. Arenas García, “Brexit y Derecho internacional privado”..., *loc. cit.*

⁶⁹ Por ejemplo, en abril de 2017, el Lloyds of London comunicó su intención de abrir una sede en Bruselas, donde se suscribirán las futuras pólizas entre clientes europeos, para hacer frente a las posibles restricciones que inevitablemente acarrearán el Brexit. Vid. B. Reynolds y otros, “Brexit: Implications for the Insurance and Reinsurance Industry”, *J. Int’l Banking L. and Reg.*, vol. 31, nº 11, 2016, pp. 605—612.

en los grupos de empresas que incluyen filiales británicas. Por otro lado, aunque el impacto de la Inversión Extranjera Directa en el RU está en estrechamente condicionado por los incentivos que se determinen, deberán renegociarse ciertos aspectos técnicos como consecuencia de dejarse de aplicar, entre otras, la Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 noviembre 2011, modificada por la Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 enero 2015, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros, conforme a la cual los Estados miembros se aseguran la no imposición en origen de los pagos por dividendos, cánones o intereses, que se realizan entre sociedades de un mismo grupo dentro de la UE, pues la tributación se realiza, en su integridad, en el estado receptor de las rentas. La consecuencia afectará a los pagos efectuados desde territorio de la UE al RU (o viceversa) en concepto de dividendos, intereses o cánones, que estarán sujetos a imposición en el estado de origen volviendo a ser aplicables los tradicionales Convenios de doble imposición internacional. En este marco el Brexit suscita interrogantes acerca de la aplicabilidad de la disposición sobre la no discriminación establecida en el art. 24 del Modelo de Tratado Fiscal de la OCDE con el fin de obtener la parte del acervo comunitario derivada de la jurisprudencia del TJUE. Sigue siendo aplicable gracias al derecho del Tratado⁷⁰.

La previsible pérdida del “pasaporte comunitario”, portador del régimen de libre prestación de servicios o de libertad de establecimiento, afectará sensiblemente a los intermediarios financieros que operan desde RU (esencialmente bancos de inversión británicos), asesorando a emisores de la UE-27 en la estructuración, colocación o aseguramiento de una emisión internacional de deuda⁷¹. Al margen de la eventual reducción de la deuda que se negocie en los mercados regulados de Londres el marco del folleto quedará sensiblemente modificado. Debe tenerse en cuenta que tras la notificación del Brexit el Consejo adoptó el 16 mayo 2017, nuevas normas sobre los folletos para la emisión y la oferta de valores, en sustitución de la Directiva 2003/71/CE, con el objeto de reducir uno de los principales obstáculos normativos a que se enfrentan las empresas cuando emiten valores participativos y valores de deuda. Atendiendo a lo que se disponga en el acuerdo de salida, cabe la posibilidad que algunas entidades establecidas en el

⁷⁰ Según el párrafo 3 de este precepto “Los establecimientos permanentes que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante no serán sometidos a imposición en ese Estado de manera menos favorable que las empresas de ese otro Estado que realicen las mismas actividades. Esta disposición no podrá interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a conceder a los residentes del otro Estado contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares”.

⁷¹ P. Jenkins y H. Agnew, “What would Brexit mean for the City of London”, *Financial Times*, 23 de febrero de 2016 [<https://www.ft.com/content/e90885d8-d3db-11e5-829b-8564e7528e54>].

Reino Unido se realocalicen en otro Estado miembro poder seguir operando desde en condiciones más o menos similares a las actuales⁷².

31. Repercusiones importantes se observarán en el marco de la propiedad industrial, pues los nuevos solicitantes de derechos marcarios interesados en tener protección a la vez en RU y en el territorio de la UE deberán, en principio, realizar dos registros ante dos oficinas distintas (la nacional británica y la EUIPO). Tanto el Reglamento de Marca Comunitaria⁷³ como el Reglamento de Diseño Comunitario⁷⁴, si bien contemplan la posibilidad de la incorporación un nuevos Estados miembros, a los efectos de la extensión protección territorial de las marcas y diseños de la Unión guardan silencio en orden a la posibilidad del abandono de alguno de los Estados y por lo tanto, las consecuencias derivadas de tal situación. En estos casos, al igual que en relación con el sistema de Patente Unitaria Europea⁷⁵, al conllevar la inaplicación de los Tratados queda sin efecto lo establecido en relación con la protección de la propiedad industrial e intelectual. La consecuencia de ello es la imposibilidad del RU de continuar formando parte del sistema, con la consiguiente repercusión negativa para los derechos amparados por la vigente reglamentación unitaria. El mantenimiento de la seguridad jurídica de los titulares de dichos derechos será una de las cuestiones que deberán ser abordadas con carácter prioritario en las futuras negociaciones entre el RU y la UE.

32. Desde la creación de la CE, la política de competencia ha sido utilizada de manera deliberada para favorecer la integración del mercado europeo. A partir de aquí, no existen diferencias sustanciales entre las normas sobre libre competencia de la UE y del RU aplicables a situaciones puramente internas y no hay razón para considerar que la equivalencia no se mantenga en el futuro, la diferencia esencial radica en que tendrá lugar un marco institucional diferente, toda vez que, tras el Brexit el RU queda fuera del marco interventor de la Comisión y de sus decisiones en materia de competencia y de ayudas de Estado. Concretamente en este último

⁷² El 19 mayo 2017 el Vicepresidente del Banco Central Europeo informó que esta institución estaría dispuesta a dar apoyo técnico a las entidades bancarias que decidan reorganizar o trasladar su actividad a la Eurozona tras el Brexit. Como muestra de esta tendencia puede citarse el anuncio del Lloyd's of London, de 30 marzo 2017, de su intención de abrir una nueva filial en Bruselas tras el Brexit [<http://www.telegraph.co.uk/business/2017/03/30/lloyds-london-set-brussels-subsidiary-profits-remain-flat/>>]

⁷³ Reglamento (UE) n° 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo, sobre la marca comunitaria, que entró en vigor el 23 marzo 2016. La Oficina actualmente se denomina Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), y la marca comunitaria, marca de la Unión Europea.

⁷⁴ Reglamento (CE) n° 6/2002, de 12 diciembre 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios sucesivamente modificado.

⁷⁵ Reglamento n° 1257/2012, de 17 diciembre 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente.

capítulo la conflictividad se desarrollará en el marco del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio.

En orden a las prácticas colusorias debe tenerse que en cuenta que los arts. 101 y 102 TFUE se aplican cuando las prácticas anticompetitivas en cuestión afectan al mercado de la UE, independientemente de la nacionalidad de la empresa, por lo que una empresa británica que participe en un cártel con efectos en el territorio de la Unión podrá seguir siendo sancionada por la Comisión Europea tras el Brexit⁷⁶. Ello tendrá, sin embargo repercusiones en el marco del “doble control” que preside esta materia por la posibilidad de solapamiento de las investigaciones realizadas por las autoridades nacionales de la UE. También deberá estarse a lo que se disponga en el acuerdo de retirada para estudiar las consecuencias del Brexit en el Derecho de la competencia.

Por último, el Brexit implicará que la normativa de la UE relativa a las ayudas de Estado dejará de aplicarse en el RU donde, a partir de ese momento dispondrá de libertad para otorgar ayudas a sus empresas, con el consiguiente detrimento para los intereses de las empresas de la UE—27. La conflictividad se trasladará al marco de la Organización Mundial del Comercio, cuyo sistema sancionador más flexible acaso no sea suficiente para compensar a estas empresas los efectos adversos derivados de las eventuales ayudas públicas producidas en el RU.

Bibliografía

- Alexandre-Collier, A.: “L’euro-scepticisme au sein des partis politiques britanniques: une obsession national(ist)e”, *Revue du marché commun et de l’Union Européenne*, nº 602, 2016, pp. 527–529.
- Almarcha Jaime, J.: “Residencia y estancia en España de ciudadanos extranjeros no comunitarios: especial mención del post-brexit”, *Análisis Gómez Acebo & Pombo*, enero 2017.
- Alogoskoufis, G.: “The European Union, Brexit and Economic Nationalism”, *The Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 41, nº 1, 2017, pp. 27–33.
- Andrés Sáenz de Santa María, P.: “El tiempo de las cooperaciones reforzadas y los acuerdos inter se en la Unión Europea: ¿todos los instrumentos llevan a la integración?”, *La Ley Unión Europea*, nº 10, 2013, pp. 5–28.
- : “La Unión Europea y el Derecho de los tratados: una relación compleja”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LXVIII, nº 2, 2016, pp. 51–102.
- : “La nueva propuesta española de soberanía conjunta: Gibraltar en la encrucijada postbrexit”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 41, 2017, pp. 1–14.
- Areilza Carvajal, J.M. de: “El Reino Unido y la CIG”, *Política Exterior*, vol. 10, nº 51, 1996, pp. 49–62.

⁷⁶ M. Troncoso Ferrer, “Impacto del Brexit en el Derecho de la competencia”, *Análisis GA & P*, julio 2016 [<http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/impacto-del-brexit-en-derecho-de-la-competencia.pdf>]; R. Kreindler, P. Gilbert y R. Zimbron, “Impact of Brexit on UK Competition Litigation and Arbitration”, *Journ. Int’l Arb.*, vol. 33, nº 4/1 (especial), 2016, pp. 521–540.

- : “Retos jurídicos y políticos en el proceso de integración europea”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 51, 2011, pp. 41–61.
- : “Retos institucionales en el desarrollo de una unión política”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 26, 2016,
- Arenas García, R.: “Brexit y Derecho internacional privado?”, *Especial 1986–2016 30 años de España en la Unión Europea... y en eso llegó el Brexit* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Wolters Kluwer, 2016 (edición electrónica).
- Arteaga, F.: “La defensa y la seguridad de la UE tras el Brexit”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº 51, 2016, 30, junio 2016.
- Baker, D. y Schnapper, P.: *Britain and the crisis of the European Union*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2015.
- Beale, K.: “The United Kingdom without the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Putting Down the Dog that Did not Bark”, *Britain Alone!: The Implications and Consequences of United Kingdom Exit from the EU* (P.J. Birkinshaw y A. Biondi, eds.), Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 257–290.
- Blagoev, B.: “Expulsion of a Member State from the EU after Lisbon: Political threat or legal reality?”, *Tilburg L. Rev.*, vol. 16, nº 2, pp. 191–237 [<https://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=131633>].
- Burgstaller, M. y Zarowna, A.: “Possible Ramifications of the UK’s EU Referendum on Intra- and Extra-EU BITs”, *Journ. Int’l Arb.*, vol. 33, nº 4/1 (especial), 2016, pp. 565–575.
- Chomicz, E.: “EU Budget post-Brexit Confronting Reality, Exploring Viable Solutions”, Euran Policy Center, Discussion Paper, 7 de marzo de 2017 [http://www.epc.eu/documents/uploads/pub_7474_eubudgetpost-brexit.pdf].
- Ciuriak, D., Xiao, J. y Ciuriak, N.: *The Trade-Related Impact of a UK Exit From The EU Single Market: Research Report*, Ottawa, Ontario, Ciuriak Consulting Inc, 2015.
- Craig, R.: “Casting Aside Clanking Medieval Chains: Prerogative, Statute and Article 50 after the EU Referendum”, *The Modern L. Rev.*, vol. 79, nº 6, 2016, pp. 1041–1063.
- Davies, G.: “Brexit and the Free Movement of Workers: a Plea for National Legal Assertiveness”, *European L. Rev.*, vol. 41, nº 6, 2016, pp. 900–924.
- Davies, K. y Kirsey, V.: “Anti-Suit Injunctions in Support of London Seated Arbitrations Post-Brexit: Are All Things New Just Well-Forgotten Past?”, *Journ. Int’l Arb.*, vol. 33, nº 4/1 (especial), 2016, pp. 501–519.
- De Miguel Asensio, P.: “Brexit y litigios internacionales: primeras reflexiones”, *Especial 1986–2016 30 años de España en la Unión Europea... y en eso llegó el Brexit* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Wolters Kluwer, 2016 (edición electrónica).
- Denman, D.: “The EU’s External Relations: a Question of Competence”, *Britain alone!: the implications and consequences of United Kingdom exit from the EU* (P.J. Birkinshaw y A. Biondi, eds.), Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 159–164.
- Donegan, T. y Teo, E.: “Brexit: Free Movement of Persons”, *J. Int’l Banking L. & Reg.*, vol. 31, nº 11, 2016, pp. 565–571.
- Douglas-Scott, S.: “Brexit, Article 50 and the Contested British Constitution”, *The Modern L. Rev.*, vol. 79, nº 6, 2016, pp. 1019–1040.
- Duff, A.: *After Brexit: A New Association Agreement Between Britain and Europe*, Londres, Policy Network, 2016.

- Fernández Rozas (coord.), J.C.: *Especial 1986–2006. 30 años de España en la Unión Europea... y en eso llegó el Brexit*, Madrid, Wolters Kluwer, 2016 (publicación electrónica)
- Fernández Rozas, J.C.: “Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto”, *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 333–378.
- : “Estrategias y prioridades de la polivalente gestión de la Unión Aduanera, ante su cincuenta aniversario. *La Ley: Unión Europea*, nº 44, 2017, pp. 1–22.
- : “La Unión Europea en su sesenta aniversario: entre la deconstrucción y la resiliencia”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XXV, 2016–2017.
- Fernández Tomás, A. y López Garrido, D.: *The impact and consequences of Brexit on acquired rights of EU citizens living in the UK and British citizens living in the EU–27*, Bruselas, Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs European Parliament, 2017.
- Freixes, T.: “El Brexit y sus implicaciones”, *Especial 1986–2016 30 años de España en la Unión Europea... y en eso llegó el Brexit* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Wolters Kluwer, 2016 (edición electrónica).
- George, S.: “Britain: Anatomy of a Eurosceptic State”, *J. Eur. Integration*, vol. 22, nº 1, 2000.
- George, S.: *An Awkward Partner: Britain in the European Community*, Oxford, Oxford University Press, 1990.
- Haas, J. y Rubio, E.: “Brexit and the EU Budget: Threat or Opportunity?”, Jacques Delors Institute, Policy paper, nº 183, 16 de enero de 2017 [<http://www.institutdelors.eu/media/brexitbudget-haasrubio-jdi-jan17.pdf?pdf=ok>].
- Heredia Cervantes, I. y Thery Martí, A.: “Brexit e insolvencia internacional”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 72, 2017.
- Hestermeyer, H.: “How Brexit Will Happen: A Brief Primer on European Union Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit”, *J. Int’l Arb.*, vol. 33, nº 4/1 (especial), 2016 pp. 429–450.
- Hill, J.A.: “The European Economic Community: the right of member state withdrawal”, *Georgia J. Int’l Comp. L.*, vol. 12, 1982, pp. 334–353.
- Hillion, C.: “Le retrait de l’Union européenne: une analyse juridique”, *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 52, nº 4, 2016, pp. 719–734.
- Hofmeister, H.: “Should I stay or should I go?” – a critical analysis of the right to withdraw from the EU”, *European L. J.*, vol. 16, nº 15, 2010, pp. 589–603.
- Hoyos Sancho, M.: “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 22, 2005, pp. 807–842.
- Kölling, M.: “¿Cuánto le cuesta a la UE la relación con Reino Unido?”, *Economía exterior: estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, nº 76, 2016, pp. 95–105.
- Kramer, H.R.: “Greenland’s European Community Referendum, background and consequences”, *German Yearb. Int’l L.*, 1982, pp. 273 ss.
- Kreindler, R., Gilbert, P. y Zimbron, R.: “Impact of Brexit on UK Competition Litigation and Arbitration”, *Journ. Int’l Arb.*, vol. 33, nº 4/1 (especial), 2016, pp. 521–540.
- Lang, A.T.F., “The Consequences of Brexit: Some Complications From International Law”, Londres, London School of Economics and Political Science, LSE, 2014 [http://eprints.lse.ac.uk/64046/1/Policy%20briefing%203_2014.pdf].

- Leconte, C.: *Understanding Euroscepticism*, New York, Palgrave Macmillan, 2010.
- Lehmann, M. y Zetzsche, D.A.: "Brexit and the Consequences for Commercial and Financial Relations between the EU and the UK", *European Business Law Review*, vol. 27, 2016, pp. 999–1027.
- Macgregor, A. y Kidane, A.: "Post-Brexit Scenarios for UK and Public Enforcement: the EEA Model v Complete Independence", *International trade law & regulation*, vol. 2, nº 4, 2016, pp. 81–90.
- Mangas Martín, A.: "Brexit": un boomerang", *Diario El Mundo*, 3 de mayo de 2017.
- : "La retirada del Reino Unido de la Unión Europea", *Foro: revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 19, nº 1, 2016, pp. 29–63, esp. pp. 52–57..
- : "Los dilemas del Reino Unido y de la UE: ¿salir o cambiar la Unión", *Real Instituto Elcano*, Documento de trabajo, nº 3, 25 febrero 2016.
- : "Retirada de un Estado de una organización internacional: Los procesos del Brexit", intervención en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 28 febrero 2017 [<http://www.racmyp.es/intervenciones/intervenciones.cfm?i=1574&t=2>]
- Marrero González, G.: "Brexit": Consequences for Citizenship of the Union and Residence Rights", *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, vol. 23, nº 5, 2016, pp. 796–811..
- Martín y Pérez de Nanclores, J.: "La Unión Europea ante el desafío del Brexit: de la decisión de los Jefes de Estado o Gobierno a la activación del procedimiento de retirada", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 43, 2016, pp. 7–24.
- Masters, S. y Mcrae, B.: "What Does Brexit Mean for the Brussels Regime?", *Journ. Int'l Arb.*, vol. 33, nº 4/1 (especial), 2016, pp. 483–499
- McIlwrath, M.: "An Unamicable Separation: Brexit Consequences for London as a Premier Seat of International Dispute Resolution in Europe", *Journ. Int'l Arb.*, vol. 33, nº 4/1 (especial), 2016, pp. 451–462.
- Medina Ortega, M.: "Escocia, el Reino Unido y la identidad constitucional europea", *Especial 1986–2016 30 años de España en la Unión Europea... y en eso llegó el Brexit* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Wolters Kluwer, 2016 (edición electrónica).
- Menon, A. y Salter, J.: "Brexit: initial reflections", *International affairs*, vol. 92, nº 6, 2016, pp. 1297–1318.
- Monjal, P.: "Les demandes britanniques pour éviter un 'Brexit': opportunité ou régression pour le projet européen?", *Revue du droit de l'Union européenne*, 2015, nº 4, pp. 631–643.
- Nicolaides, P.: "Withdrawal from the European Union: a typology of effects", *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, vol. 20, nº 2, 2013, pp. 209–219.
- Öberg, M.L.: "From EU Citizens to third-Country Nationals: the Legacy of Polydor", *European Public Law*, vol. 22, nº 1, 2016, pp. 97–114.
- Otero Iglesias, M.: "Mirando el 'Brexit' desde la City: una historia de dinero y poder", *Economía exterior estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, nº 76, 2016, pp. 45–51.
- Panizo Robles, J.A.: "El 'Brexit' y la seguridad social ¿Cómo incide una eventual salida del Reino Unido de la Unión Europea en el ámbito de la seguridad social?", *Revista de información laboral*, nº 8, 2016, pp. 15–33.
- Parent, C.: "Le droit de retrait de l'Union européenne", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2016, nº 3, pp. 935–956.
- Pera, J.: "Brexit and the risk of further disintegration of the European Union. Forecast attempt", *Trends in the World Economy*, vol. 8, 2016, pp. 125–151 [http://www.wneiz.pl/nauka_wneiz/twe/8-2016/twe-8-125.pdf].

- Pertusot, V.: "Brexit: les risques du référendum", *Politique étrangère*, 2016, 1, pp. 135–147.
- Poptcheva, E.M.: "Article 50 TEU: Withdrawal of a Member State from the EU" (PE 557/97), Parlamento Europeo, febrero 2016.
- Reynolds, B. y otros: "Brexit: Implications for the Insurance and Reinsurance Industry", *J. Int'l Banking L. and Reg.*, vol. 31, nº 11, 2016, pp. 605–612.
- Sarmiento, D.: "The Singapore Silver Bullet", Blog Despite our Differences, 17 mayo 2017 [<https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/>].
- Sobrinho Heredia, J.M.: *La retirada del Reino Unido de la Unión Europea y sus posibles consecuencias para el sector pesquero de Galicia*, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad de Da Coruña, 2016, pp. 49.
- Steinberg Wechsler, F. y Arahuetes García, A.: "'Brexit', tiene una débil justificación económica", *Economía exterior: estudios de la revista Política Exterior sobre la internacionalización de la economía española*, nº 76, 2016, pp. 33–43.
- Tell Cremades, M. y Novak, P.: *Brexit and the European Union: General Institutional and Legal Considerations*, European Parliament's Committee on Constitutional Affairs and was written by the Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2017.
- Tilford, S.: "Britain, Immigration and Brexit", *Centre For European Reform Bulletin*, 30 noviembre 2015 [https://www.cer.org.uk/sites/default/files/bulletin_105_2.pdf].
- Tobler, C.: "One of Many Challenges after 'Brexit': The Institutional Framework of an Alternative Agreement – Lessons from Switzerland and Elsewhere?", *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, vol. 23, nº 4, 2016, pp. 575–594.
- Torre de Silva, V.: "Brexit a secas", *Iustel. Diario del Derecho*, 6 abril 2017 [http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1164495].
- Troncoso Ferrer, M.: "Impacto del Brexit en el Derecho de la competencia", *Análisis GA & P*, julio 2016 [<http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/impacto-del-brexit-en-derecho-de-la-competencia.pdf>].
- Tynes, D.S. y Haugdsal, E.L.: "In, Out or In-between?: The UK as a Contracting Party to the Agreement on the European Economic Area", *European L. Rev.*, vol. 41, nº 5, 2016, pp. 753–765.
- Van Hooft, A.: "Brexit and the Future of Intellectual Property Litigation and Arbitration", *Journ. Int'l Arb.*, vol. 33, nº 4/1 (especial), 2016, pp. 541–564.
- Vilá, J.B.: "La sortie d'un Etat-membre dans le Traité sur l'Union européenne – D'un mécanisme utopique à un protégé juridique", *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 47, nº 2, 2011, pp. 273–297.
- Waele, H. de: "The European Union on the Road to a New Legal Order : the Changing Legality of Member State Withdrawal", *Tilburg Foreign Law Review*, vol. 12, nº 2, 2004, pp. 169–189.
- Wahab, M.S.A.: "Brexit's Chilling Effect on Choice of Law and Arbitration in the United Kingdom: Practical Reflections Between Aggravation and Alleviation", *Journ. Int'l Arb.*, vol. 33, nº 4/1 (especial), 2016, pp. 463–481.
- Wall, S.: *A Stranger in Europe: Britain and the EU from Thatcher to Blair*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Yturriaga Barberán, J.A.: "El pueblo británico ha optado por el 'Brexit': ¿y ahora qué?", *Especial 1986–2016 30 años de España en la Unión Europea... y en eso llegó el Brexit* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Wolters Kluwer, 2016 (edición electrónica).

Recepción: 15 septiembre 2017

Aceptación: 4 octubre 2017

REGLAMENTO BRUSELAS I: PERSPECTIVAS EN RELACIÓN CON LA RETIRADA DEL REINO UNIDO *

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO **

SUMARIO: I. Brexit y cooperación judicial en materia civil: estado de la cuestión. II. Alcance y evolución del Reglamento Bruselas I bis. III. Cuestiones relativas a la aplicación temporal del Reglamento. IV. Referencia a las reglas especiales en el ámbito de la propiedad industrial. V. Voluntad del Reino Unido de participar en el Convenio de Lugano. VI. Alternativas en el marco de la Conferencia de la Haya. VII. Consideraciones adicionales en materia de competencia y litispendencia. VIII. Reconocimiento y ejecución de resoluciones.

RESUMEN: El inicio de las negociaciones sobre la retirada del Reino Unido de la Unión Europea ha puesto de relieve la complejidad de las cuestiones que se plantean en relación con los límites a la aplicación temporal del sistema del Reglamento Bruselas, resultando controvertido en especial lo relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones. Más allá de las cuestiones propias del acuerdo de retirada, ante la incertidumbre acerca de la posibilidad de lograr un acuerdo sobre el marco de las futuras relaciones entre la Unión y el Reino Unido en los ámbitos regulados por el Reglamento, son objeto de análisis las alternativas posibles y la situación resultante en caso de que la retirada se produzca sin que se haya alcanzado un acuerdo sobre estas cuestiones.

PALABRAS CLAVE: COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL – BREXIT, REGLAMENTO BRUSELAS I – ELECCIÓN DE FORO – COMPETENCIA JUDICIAL – RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES.

ABSTRACT: *The Brussels I Regulation and Brexit: Current Perspectives.*

The initial position papers on judicial cooperation in civil and commercial matters produced by the European Union and the United Kingdom reveal the importance of this issue even in the context of the withdrawal arrangements. During this first stage the focus rests on the transitional regime of the relevant instruments and to what extent certain effects may extend beyond the date of entry into force of the withdrawal agreement. This may prove particularly controversial with regard to the application of the provisions on recognition and enforcement. There is no indication as to the possibility to reach an agreement in this field on the future relationship between the EU and the UK. Against this background, the applicable regime in the absence of such an agreement and the possible alternatives deserve particular attention.

* Esta contribución se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2015–64063 (MINECO/FEDER). Todas las páginas web citadas han sido visitadas el 1 septiembre 2017.

** Catedrático de Derecho internacional privado Universidad Complutense de Madrid.

KEYWORDS: CIVIL JUDICIAL COOPERATION – BREXIT, BRUSSELS I REGULATION – CHOICE OF FORUM – JURISDICTION – RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF JUDGMENTS.

I. Brexit y cooperación judicial en materia civil: estado de la cuestión

Transcurridos cinco meses desde que el 29 marzo 2017 el Reino Unido, de conformidad con el art. 50 TUE, notificara al Consejo Europeo su intención de retirarse de la Unión, se mantiene la incertidumbre acerca de si se alcanzará algún tipo de acuerdo que establezca el régimen de las relaciones futuras entre la UE y el RU en lo relativo a la cooperación jurídica en materia civil. Sí se conoce ya que, salvo que por unanimidad el Consejo Europeo, de acuerdo con el RU, decida prorrogar el plazo de dos años previsto en el art. 50 TUE, la entrada en vigor de un eventual acuerdo de retirada debe ser como tarde el 30 marzo 2019, pues a más tardar ese día –a las 00:00 (hora de Bruselas)–, el RU pasará a ser un Estado tercero dejando de aplicarse al RU el Derecho de la Unión. Así lo recogen las propias Directrices de negociación de un acuerdo sobre las modalidades de la retirada de la Unión Europea mayo 2017¹, adoptadas de conformidad con las Orientaciones del Consejo Europeo (art. 50) consecutivas a la notificación del Reino Unido en virtud del art. 50 del TUE, de 29 abril 2017².

Entre las cuestiones para las que la Decisión fija directrices de negociación se incluye, aunque con un alcance muy limitado, la cooperación jurídica en materia civil. La mera referencia a esta cuestión en las directrices es reflejo, habida cuenta del planteamiento general adoptado por la UE acerca de la negociación, de la trascendencia de las cuestiones que se plantean en este ámbito, que ha merecido ya una atención significativa en la doctrina³, incluso con respecto al mero acuerdo de

¹ Recomendación de Decisión del Consejo por la que se autoriza a la Comisión a entablar negociaciones para la celebración de un acuerdo con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en el que se establecen las modalidades de su retirada de la Unión Europea – COM/2017/0218 final, Anexo I, punto 8.

² Accesibles en <<http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/04/29-euco-brexit-guidelines/>>.

³ Vid., en particular, B. Hess y M. Requejo Isidro, “Brexit – Immediate Consequences on the London Judicial Market” <<http://conflictoflaws.net/2016/brexit-immediate-consequences-on-the-london-judicial-market/>>; P.A. De Miguel Asensio, “Brexit y litigios internacionales: primeras reflexiones”, *Diario La Ley*, nº 8791, 27 junio 2016; J. Basedow, “Brexit und das Privat- und Wirtschaftsrecht”, *ZEuP*, 2016, 567–572; R. Arenas García, “Brexit y Derecho Internacional Privado”, *Diario La Ley*, Nº 8797, 6 julio 2016; A. Dickinson, “Back to the future: the UK’s EU exit and the conflict of laws”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 12, 2016, pp. 195–210”; B. Hess, “Back to the Past: BREXIT und das europäische internationale Privat- und Verfahrensrecht”, *IPRax*, vol. 36, 2016, pp. 409–418; G. Rühl, “Die Wahl englischen Rechts und englischer Gerichte nach dem Brexit (Zur Zukunft des Justizstandorts England)”, *Juristenzeitung*, 2/2017, pp. 72–82; y M. Lehmann y D. Zetzsche “Die Auswirkungen des Brexit auf das Zivil- und Wirtschaftsrecht *Juristenzeitung*, 2/2017, 62–71.

retirada al margen de lo que se pueda pactar sobre las relaciones futuras. El planteamiento general de la Unión con respecto a la negociación relativa a la retirada del Reino Unido es que solo una vez que el Consejo Europeo considere que se ha avanzado lo suficiente en la negociación del acuerdo relativo a las modalidades de retirada procederá pasar a la segunda fase en la que se negociará el marco de las relaciones futuras. Se contempla además la posibilidad de que en esa fase posterior no sólo se elaboren nuevas directrices de negociación sino también que se establezcan disposiciones transitorias del acuerdo de retirada, incluidos los mecanismos puente hacia el marco previsible de las relaciones futuras entre la Unión y el Reino Unido en caso de existir un consenso sobre dicho marco⁴.

En concreto, el apartado III.3.B de las Directrices de negociación está dedicado a la “Cooperación judicial en curso entre los Estados miembros con arreglo al Derecho de la Unión”, y consta de dos puntos. El 32 contempla que el acuerdo de retirada debe establecer que los procedimientos de cooperación judicial que se rijan por el Derecho de la Unión y estén en curso en la fecha de retirada “se sigan rigiendo, hasta su conclusión, por las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión aplicables antes de la fecha de retirada.” Por su parte, el apartado 33 va referido específicamente a la ‘cooperación judicial en materia civil y mercantil’ y establece ciertas previsiones en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones, así como en materia de elección de foro y de ley. En primer lugar, prevé que el acuerdo de retirada “ha de asegurar que el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales nacionales emitidas antes de la fecha de retirada sigan rigiéndose por las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión aplicables antes de la fecha de retirada”. Seguidamente, contempla que el acuerdo también debe “garantizar que las normas del Derecho de la Unión sigan aplicándose a las decisiones en materia de elección de foro y de ley adoptadas antes de la fecha de retirada”⁵.

Estos dos puntos de las Directrices han sido desarrollados mediante un documento adoptado el 28 junio 2017 por la Comisión Europea. Se trata de su documento sobre principios esenciales de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en curso, que presenta un alcance muy reducido y es el único que de momento ha publicado la Unión en esta materia.⁶ Por su parte, el primer documento negociador del RU específico de esta materia fue publicado el 22 agosto 2017, con un alcance mucho más amplio, en la medida en que contempla el tipo

⁴ Punto 19 de las directrices.

⁵ “...the continued application of the rules of Union law relating to choices of forum and choices of law made before the withdrawal date”, en la versión inglesa.

⁶ European Commission, “Essential Principles on Ongoing Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters”, 28 junio 2017, https://ec.europa.eu/commission/publications/position-paper-transmitted-eu27-judicial-cooperation-civil-and-commercial-matters_en.

de asociación futura que el RU desearía establecer con la Unión en esta materia⁷. Es decir, no sólo aborda los aspectos específicos que plantea su retirada con respecto a la aplicación de los instrumentos existentes (es decir, básicamente las cuestiones de aplicación temporal, lo que hace en respuesta al documento de la Comisión) sino que además proporciona elementos acerca de cuáles son las intenciones del Gobierno del RU para el futuro en este ámbito.

En concreto, el breve documento de la Comisión de 28 junio 2017 se limita a recoger su posición sobre cuáles son los instrumentos del Derecho de la UE en esta materia que deberían quedar comprendidos en la negociación del acuerdo de retirada y se ciñe a establecer los criterios que propone con respecto al ámbito de aplicación temporal de esos instrumentos en relación con la fecha de retirada del Reino Unido. No contempla el documento de la Comisión la posibilidad de que al hilo del acuerdo de retirada se establezca un marco específico de relaciones entre la Unión y el Reino Unido en esta materia, lo que se corresponde con que según el planteamiento general sobre la negociación adoptado por la Unión eso debe quedar reservado para una fase posterior. La Comisión parte sencillamente de que con motivo de la retirada del Reino Unido todos los instrumentos de la Unión en la materia dejarán de aplicarse en (las relaciones con) el Reino Unido, y sólo propone acordar entre las dos partes cómo se concretan los límites temporales a la aplicación de esos instrumentos con motivo de la retirada del Reino Unido, para que se pueda conocer con certeza, por ejemplo, a qué procedimientos se aplicarán las normas de competencia del Reglamento 1215/2012 o Reglamento Bruselas I bis (RB I bis)⁸ o cómo se fija cuáles son las resoluciones a las que se aplicarán sus normas sobre reconocimiento y ejecución. Por el contrario, el documento del Reino Unido, aunque de manera muy genérica, manifiesta con claridad la voluntad e interés de su Gobierno en establecer un nuevo marco de relaciones con la Unión que incluya un régimen de cooperación estrecho y de amplio alcance, mediante un acuerdo tan completo y efectivo como resulte posible, en materia de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones, en línea con los principios de los mecanismos de la Unión en este ámbito en los que actualmente participa el RU.

Este es el contexto del que hay que partir al analizar las perspectivas en el momento presente acerca de las consecuencias del Brexit sobre el Reglamento 1215/2012 o RB I bis, al que se limita el presente trabajo. Aunque el resultado

⁷ HM Government, "Providing a crossborder civil judicial cooperation framework (A future partnership paper)", 22 agosto 2017, <<https://www.gov.uk/government/publications/providing-a-cross-border-civil-judicial-cooperation-framework-a-future-partnership-paper>>.

⁸ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DO L 351 de 20.12.2012, p. 1.

final, pendiente de la eventual celebración de un acuerdo de retirada y de la conclusión o no de algún tipo de acuerdo sobre las relaciones entre la UE y el RU en esta materia, continúa siendo incierto, sí es posible valorar alternativas posibles, las aportaciones que incluyen y las tendencias que revelan los documentos reseñados de la Comisión y del Gobierno del Reino Unido, así como analizar cuál sería la situación en caso de ausencia de acuerdo sobre las relaciones futuras en esta materia.

II. Alcance y evolución del Reglamento Bruselas I bis

Es conocido que el RB I bis es el instrumento general en el ámbito de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. Su ámbito de aplicación material viene determinado para ambos sectores –competencia y reconocimiento– por su art. 1. Pese a la vocación general del Reglamento, su art. 1.2 excluye cuestiones de Derecho privado muy relevantes, algunas de las cuestiones han sido objeto total o parcial mediante otros reglamentos o convenios internacionales. Entre esas materias excluidas –que quedan por ello fuera del presente análisis– figuran el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los procedimientos de insolvencia, el arbitraje, las obligaciones de alimentos derivadas de familia, así como las sucesiones.

Con respecto al alcance de las normas de competencia del RBI bis, resulta de importancia que, en parte precisamente por la posición del Reino Unido durante su negociación, son sólo de aplicación cuando el domicilio del demandado se encuentra en un Estado miembro, en los términos de su art. 6. En consecuencia, salvo en los supuestos en los que un tribunal de un Estado miembro tiene competencia exclusiva (art. 24), existe un acuerdo de prórroga de competencia a favor de los tribunales de un Estado miembro (art. 25), se trata de contratos de consumo (art. 18.1º) o contratos individuales de trabajo (art. 21.2º), el RB I bis no incorpora reglas que resulten aplicables cuando el domicilio del demandado se encuentra en un tercer Estado, remitiéndose a las legislaciones internas de los Estados miembros, entre las que existe una significativa heterogeneidad. Consecuencia de la retirada del RU de la UE, y a falta de acuerdo sobre las relaciones futuras que establezca otra cosa, es no solo que el RB I bis dejará de aplicarse en el RU –recuperando en principio el RU la competencia para legislar de manera autónoma en la materia– sino también que su paso a la condición de Estado tercero determina que los tribunales de los demás Estados miembros no aplicarán las reglas de competencia del Reglamento con respecto a los demandados domiciliados en el Reino Unido. En consecuencia, de acuerdo con el art. 6 RB I bis, y sin perjuicio de las excep-

ciones previstas en el mismo ya reseñadas, con respecto a los demandados domiciliados en el RU los tribunales de los Estados miembros del RB I bis aplicarán sus normas de competencia de fuente interna, salvo que exista algún convenio internacional de aplicación preferente. En relación con los acuerdos de prórroga de jurisdicción, debe destacarse que, como resulta de sus arts. 25 y 6, el régimen del RB I bis es únicamente aplicable con respecto a los acuerdos a favor de los tribunales de un Estado miembro, cualquiera que sea el domicilio de las partes, de modo que no regula la eficacia de los acuerdos a favor de tribunales de terceros Estados.

Junto a las normas en materia de competencia judicial, el RB I bis incluye en su Capítulo II disposiciones sobre litispendencia y conexidad (sección 9). En relación con estas cuestiones contempla dos regímenes diferenciados, uno aplicable cuando la situación de litispendencia o conexidad se plantea entre tribunales de Estados miembros (art. 29 a 31), otro para los casos en los que la litispendencia o conexidad se plantea entre un tribunal de un Estado miembro y un tribunal de un tercer Estado (arts. 33 y 34). El paso del RU a la condición de Estado tercero determinará que, salvo que se acuerde un régimen distinto en el marco de las relaciones futuras o algún convenio internacional resulte aplicable, en las situaciones de litispendencia y conexidad con los tribunales del RU en las materias incluidas en el RB I bis el régimen aplicable pasará a ser el previsto en sus arts. 33 y 34, que establece una menor coordinación que la existente entre los tribunales de los Estados miembros.

En lo relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones –y documentos públicos– el RB I tiene una clara limitación territorial. Solo contempla el reconocimiento y ejecución recíprocos entre los Estados miembros. En consecuencia, tras la retirada del RU, el régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución del RB I bis no será aplicable en los demás Estados miembros con respecto a las resoluciones del RU. En la medida en que incluyen disposiciones sobre ejecución en materias en las que también es aplicable el RB I bis, cabe señalar que la misma conclusión se impone con respecto al cese en la aplicación de los Reglamentos sobre el título ejecutivo europeo⁹, un proceso monitorio europeo¹⁰ y un proceso europeo de escasa cuantía¹¹.

⁹ Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DO L 143 de 30.4.2004, p. 15.

¹⁰ Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, DO L 399 de 30.12.2006, p. 1.

¹¹ Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, DO L 199 de 31.7.2007, p. 1, revisado por el Reglamento (UE) n° 2015/2421.

El RB I bis es producto de la revisión del Reglamento 44/2001¹², que a su vez fue resultado de la transformación en un reglamento –unida a la introducción de importantes cambios– del Convenio de Bruselas, inicialmente aprobado en 1968, y que había sido objeto de varias revisiones¹³. Aunque en el ámbito académico en los últimos meses se ha suscitado un cierto debate acerca de un eventual retorno a la aplicación del Convenio de Bruselas en las relaciones entre el RU y los Estados de la UE participantes en ese Convenio cuando fue objeto de su transformación, como cabía esperar esta opción no parece haber recibido consideración en los documentos hasta ahora presentados por el RU y la Comisión. Más allá del alcance de la sustitución del Convenio de Bruselas por el Reglamento 44/2001 conforme al art. 68 de éste, parece claro que un eventual retorno al Convenio de Bruselas resultaría en todo caso inaceptable para la UE por múltiples motivos, entre otros, el que se trata ya de un régimen obsoleto que ha sido objeto de revisión en aspectos muy relevantes, que solo participaban en él algunos de los Estados miembros, así como que su aplicación, restringida a Estados miembros de la CE, iba unida a la atribución de competencia al Tribunal de Justicia para su interpretación.

En las materias objeto de regulación por el RB I bis tradicionalmente han desempeñado un papel relevante los convenios bilaterales entre Estados miembros y Estados terceros, sobre todo en el sector del reconocimiento y ejecución ante la ausencia de reglas comunes. Ahora bien, cualquier futuro convenio sobre competencia o reconocimiento que pretenda celebrarse con el Reino Unido en las materias objeto del RB I bis deberá serlo por la propia UE, sin que sus Estados miembros tengan ya posibilidad en estas materias de concluir convenios internacionales, habida cuenta del alcance de las competencias exclusivas externas de la Unión.

III. Cuestiones relativas a la aplicación temporal del Reglamento

Como ha quedado señalado, el documento de 28 junio 2017 de la Comisión Europea sobre principios esenciales de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en curso se centra en sentar las bases para acordar los límites temporales a la aplicación de los instrumentos elaborados en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con los puntos 32 y 33 de las Directrices de negociación iniciales aprobadas por el Consejo Europeo.

¹² Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 012 de 16.01.2001, p. 1.

¹³ Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 299 de 31.12.1972, p. 32; DO L 304 de 30.10.1978, p. 1; DO L 388 de 31.12.1982, p. 1; DO L 285 de 3.10.1989, p. 1; DO C 15 de 15.1.1997, p. 1. Para la versión consolidada *vid.* DO C 27 de 26.1.1998, p. 1.

Con respecto al RB I bis, resulta de especial importancia la previsión de que las normas relevantes del Derecho de la UE relativas a la determinación de la competencia judicial que resulten aplicables en la fecha de retirada deberían continuar siendo de aplicación a todos los procedimientos iniciados antes de la fecha de retirada, lo que aparece recogido como posición de la Unión en el documento de la Comisión de 28 junio 2017. Se trata de un planteamiento coherente con el adoptado por el propio RB I bis con respecto a su aplicación, reflejado en su art. 66, que previó que el Reglamento solamente sería aplicable a las acciones judiciales ejercitadas a partir de su fecha de aplicación (10 enero 2015). Por su parte, el documento de 22 agosto 2017 que recoge la posición del Gobierno del Reino Unido en respuesta a la expresada por la Unión coincide sobre este punto, al señalar en su Anexo que las normas de competencia judicial internacional existentes deberían continuar siendo de aplicación a todos los procedimientos iniciados antes de la fecha de retirada. Por lo tanto, se trata de un aspecto sobre el que existe acuerdo, sin perjuicio de que queda abierta la posibilidad de que las partes al negociar el régimen de las relaciones futuras puedan establecer un régimen específico para cuando el RB I bis deje de aplicarse, sobre lo que no hay previsiones en la actualidad.

También parece existir coincidencia acerca de la conveniencia de un régimen específico con respecto a los acuerdos de elección de foro. En este sentido, incluso el apartado 33 de las Directrices de negociación de la Unión mayo 2017 señala la necesidad de “garantizar que las normas del Derecho de la Unión sigan aplicándose a las decisiones en materia de elección de foro y de ley adoptadas antes de la fecha de retirada”. Por su parte, el Documento de la Comisión acerca de la posición de la UE sobre este punto, recoge también que cuando un acuerdo de prórroga de jurisdicción se haya celebrado antes de la fecha de retirada deberá ser valorado conforme a las disposiciones del Derecho de la Unión aplicables en la fecha de retirada¹⁴. También esta cuestión merece un tratamiento especial en la posición del Reino Unido sobre este particular, que si bien coincide como punto de partida con el planteamiento de la Unión va más allá y hace explícitas ciertas consecuencias no aludidas por la Unión. En concreto, la posición del RU es que si un acuerdo de elección de foro se ha concluido antes de la fecha de retirada, las normas actuales –como las del RB I bis– deberían continuar siendo aplicadas para determinar la competencia así como en relación con el reconocimiento y ejecución de cualquier resolución relativa a una controversia a la que resulte aplicable el acuerdo de elección, tanto si la resolución es anterior como si es posterior a la fecha de retirada.

¹⁴ Conforme al punto I.3 de ese documento “(3) *Choices of forum made prior to the withdrawal date should continue to be assessed against the provisions of Union law applicable on the withdrawal date.*”

De acuerdo con la posición del Reino Unido, la aplicación de las normas de reconocimiento y ejecución del RB I bis a resoluciones dictadas en procedimientos iniciados después de la fecha de retirada –pero en virtud de un acuerdo de elección de foro concluido antes de dicha fecha– constituiría una excepción puntual al criterio general que propone en el ámbito del reconocimiento. Ciertamente, en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones el criterio general que recoge la posición del RU es que las disposiciones de la Unión aplicables en la fecha de retirada –como las del RB I bis– continúen siendo de aplicación a las resoluciones judiciales dictadas antes de la fecha de retirada y también a las posteriores cuando hayan sido dictadas a raíz de acciones judiciales ejercitadas antes de esa fecha.

En un principio, la posición del RU sobre este punto parece corresponderse con el criterio en su momento adoptado por el RB I bis en lo relativo a su ámbito de aplicación temporal y régimen transitorio. En este sentido, el art. 66.2º RB I bis prevé que su antecedente el Reglamento nº 44/2001 continúe aplicándose a las resoluciones dictadas a raíz de acciones judiciales ejercitadas antes de la fecha de aplicación del RB I bis (10 enero 2015) con independencia de que las resoluciones sean anteriores o posteriores a esa fecha. Se trata además de una posición que se vincula con el criterio de que a todas esas acciones les sea de aplicación las normas de competencia del RB I bis, de modo que en principio parece asegurar la correlación entre los regímenes de competencia y de reconocimiento, que tradicionalmente ha condicionado la configuración de los regímenes transitorios¹⁵. No obstante, en el marco de la retirada de un Estado miembro se trata de un planteamiento que, en ausencia de un acuerdo, puede generar dificultades¹⁶. El régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución del RB I bis no responde solo a una estrecha correlación con las reglas de determinación de la competencia sino también con las relativas a su aplicación (*v.gr.*, el control de oficio de la falta de competencia) o con el régimen de litispendencia (determinante de que no sea motivo de denegación del reconocimiento en el sistema del RB I bis la existencia de un procedimiento pendiente iniciado con anterioridad en el Estado requerido). Además, la confianza recíproca existente entre los Estados miembros y, concretamente, entre el juez del Estado requerido y el juez del Estado de origen en la aplicación de estas normas resulta también determinante del régimen privilegiado de reconocimiento

¹⁵ *Vid.*, con respecto a la normativa transitoria de reconocimiento del art. 64.4 º Reglamento nº 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, STJUE 16 julio 2009, *Hadadi*, C–168/08, ECLI:EU:C:2009:474, ap. 33; y en relación con el régimen transitorio del artículo 66 del Reglamento 44/2001, STJUE 21 junio 2012, *Wolf Naturprodukte*, C–514/10, ECLI:EU:C:2012:367, ap. 24.

¹⁶ *Vid.* A. Dickinson, “Back to the Future...”, *loc. cit.*, p. 208.

y ejecución¹⁷. Ello se corresponde con que las normas sobre reconocimiento y ejecución del RB I bis aparezcan referidas solo a “(l)as resoluciones dictadas en un Estado miembro”, como reflejan sus arts. 36.1º y 39.

Por su parte, como ha quedado antes apuntado, el Consejo en el apartado 33 de sus Directrices de negociación mayo 2017 se limita a establecer sobre esa cuestión la necesidad de que el acuerdo de retirada asegure que “el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales nacionales emitidas antes de la fecha de retirada sigan rigiéndose por las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión aplicables antes de la fecha de retirada”, sin hacer referencia al tratamiento de las resoluciones dictadas con posterioridad pero como consecuencia de una acción ejercitada antes de la fecha de retirada. En la misma línea, el documento de la Comisión de 28 junio 2017 en materia de reconocimiento y ejecución solo contempla lo señalado en las Directrices, al limitarse a prever que las disposiciones de la Unión sigan siendo de aplicación a las resoluciones dictadas antes de la fecha de retirada¹⁸. No aborda el tratamiento de las resoluciones posteriores a esa fecha aunque sean dictadas como consecuencia de acciones ejercitadas antes de la misma. Por último, tanto en la posición de la Unión expresada por la Comisión como en la del RU se prevé que los procedimientos de cooperación judicial y las solicitudes de información en el marco de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil que se hallen pendientes en la fecha de retirada continuaran regidos por las normas existentes, si bien es necesario acordar la fase procesal a partir de la cual se aplicará este criterio.

IV. Referencia a las reglas especiales en el ámbito de la propiedad industrial

Existen instrumentos en el Derecho de la Unión con normas especiales de competencia en materias particulares comprendidas en el ámbito del RB I bis. Como resulta del art. 67 del propio RB I bis esas normas pueden prevalecer sobre las del Reglamento. Entre esos conjuntos normativos destacan las reglas de competencia internacional contenidas en el Reglamento sobre la marca de la Unión Europea (especialmente arts. 122 ss de la versión codificada)¹⁹ y el Reglamento sobre el diseño comunitario (especialmente arts. 79 ss)²⁰. Como ha reconocido el

¹⁷ Dictamen TJUE 1/03, de 7 febrero 2006, ECLI:EU:C:2006:81, ap. 163; STJUE 21 junio 2012, *Wolf Naturprodukte*, C-514/10, ECLI:EU:C:2012:367, ap. 25.

¹⁸ Conforme al punto I.4 de ese document, “(4) *The relevant provisions of Union law applicable on the withdrawal date on recognition and enforcement of judicial decisions should continue to govern all judicial decisions given before the withdrawal date*”.

¹⁹ Reglamento (UE) nº 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 junio 2017 sobre la marca de la Unión Europea (Versión codificada), DO L 154 de 16.6.2017, p. 1.

²⁰ Reglamento (CE) nº 6/2002 sobre los dibujos y modelos comunitarios, DO L 3 5.1.2002, p. 1.

TJUE, estas disposiciones tienen carácter de *lex specialis* en relación con las establecidas en el RB I bis²¹. De manera coherente con esa caracterización, las normas de esos otros instrumentos prevalecen sobre las del RB I bis y las reglas de competencia que establecen son objeto de interpretación diferenciada. No obstante, habida cuenta de la interrelación de esos regímenes especiales de competencia con el RB I bis, cuyas normas son de aplicación salvo disposición en contrario, en principio las cuestiones que en relación con la retirada del RU plantean sus normas de competencia son semejantes a las que surgen en relación con el RB I bis y los criterios generales acerca de la aplicación temporal en relación con la retirada del RU deberían ser en general coincidentes.

En relación también con la propiedad industrial una mención especial merece el sistema de la patente unitaria. Aunque la posibilidad de que el RU participe en el sistema de la patente unitaria tras su retirada de la Unión se considera en general que plantea significativas objeciones desde la perspectiva de su viabilidad sino también en el plano político²², el Gobierno del RU anunció en noviembre de 2016²³ su propósito de continuar con los trámites para la ratificación del Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes de 19 febrero 2013 (Acuerdo TUP)²⁴. Dejando de lado las dificultades inherentes a la configuración del Reglamento (UE) n° 1257/2012²⁵ como una cooperación reforzada entre Estados miembros de la UE, y a que el Acuerdo TUP, como queda claro desde su primer considerando, está concebido como un instrumento de cooperación entre los Estados miembros de la UE, la pretensión de que el sistema de la patente unitaria, en el caso de que el RU efectivamente ratifique el Acuerdo TUP antes de su salida de la Unión, pudiera operar con el RU como Estado participante tras su retirada de la Unión plantea también importantes cuestiones desde la perspectiva del Derecho internacional privado.

Si se pretende que el RU sea parte del TUP en un hipotético escenario post Brexit, habría que considerar que el RB I bis establece en su art. 71 bis (2)²⁶ que

²¹ Vid. STJUE 5 junio 2014, *Coty Germany*, C-360/12, EU:C:2014:1318, ap. 27.

²² Vid., v.gr., L. Ubertazzi, “Brexit and the EU Patent”, *GRUR Int.*, 2017, pp. 301–307; y T. Jaeger, “Reset and Go: The Unitary Patent System Post-Brexit”, *IIC*, vol. 48, 2017, pp. 254–285.

²³ Vid. Intellectual Property Office, “UK signals green light to Unified Patent Court Agreement” 28 Noviembre 2016 <<https://www.gov.uk/government/news/uk-signals-green-light-to-unified-patent-court-agreement>>; y P.A. De Miguel Asensio, “La eventual ratificación por el Reino Unido del Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes: un apunte de Derecho internacional privado”, 1 diciembre 2016 <<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2016/12/la-eventual-ratificacion-por-el-reino.html>>.

²⁴ DO C 175 de 20.6.2013, p. 1.

²⁵ Reglamento 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 diciembre 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección mediante patente unitaria, DO L 361 de 31.12.2012, p. 1.

²⁶ Tras la reforma llevada a cabo por el Reglamento (UE) n° 542/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 mayo 2014 por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1215/2012 en lo relativo a las

el TUP es “un órgano jurisdiccional común”, debido a que es “común a varios Estados miembros”. El sistema está construido sobre la base de que todos los Estados participantes en ese órgano común son miembros de la UE (y están vinculados por el RBI bis). Ahora bien, se podría pretender (aunque resultaría cuestionable) que, porque así lo dice el art. 71 bis (2), en ese escenario post Brexit el TUP (con la participación del Reino Unido) sigue siendo un órgano jurisdiccional común en los términos del RB I bis. Ahora bien, su aplicación en caso de que el RU dejara de ser Estado miembro del RB I bis como consecuencia de su retirada de la UE plantearía grandes interrogantes, como resulta de la simple lectura del art. 71 ter RB I bis. La mera participación del Reino Unido en el Convenio de Lugano (CL)²⁷ –al que se hará referencia en el próximo apartado– podría no resultar sin más suficiente para resolver las dificultades. Cuando el art. 31 del Acuerdo TUP establece que la competencia judicial internacional de dicho Tribunal se establecerá de conformidad con el RB I bis o, cuando proceda, basándose en el CL, no lo hace pensando en que un Estado parte del Convenio de Lugano no miembro de la UE pueda ser parte del Acuerdo TUP sino en que los tribunales de los Estados miembros del RBI bis –y del TUP– deben aplicar el Convenio de Lugano en determinadas situaciones (típicamente cuando el domicilio demandado se encuentra en un Estado parte del Convenio de Lugano que no es miembro de la UE). Incluso en tal hipotético escenario el marco actual llevaría a que también la sección londinense del TUP tuviera que aplicar (continuar aplicando) para decidir sobre sus reglas de competencia internacional el RB I bis, salvo que se pretenda que en el seno del TUP la aplicación del RB I bis o del CL (tras las pertinentes modificaciones) pueda depender de la sede del TUP.

En el marco normativo hasta ahora diseñado esa hipótesis –la de la participación de un Estado que deja de ser miembro de la UE en el sistema de la patente unitaria– tal vez resulta incluso más problemática en relación con las reglas de reconocimiento y ejecución. El RB I bis regula la eficacia de las resoluciones del TUP en los Estados miembros del Reglamento no participantes en el Acuerdo, como es el caso de España, y también el reconocimiento y ejecución de las resoluciones de estos últimos Estados en los Estados miembros del Acuerdo TUP. No resulta en principio viable que los tribunales de un Estado que deja de pertenecer a la Unión continúen aplicando el RB I bis al reconocimiento y ejecución de resoluciones de Estados miembros –como España– como consecuencia de su participación en el sistema de la patente unitaria. La mera revisión del CL –y la eventual

normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux, DO L 163 de 29.05.2014, p. 1).

²⁷ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (hecho en Lugano el 30.10.2007), DO L 339 de 21.12.2007, p. 3.

participación en el mismo del Estado que abandona la Unión— podría tampoco resultar suficiente a estos efectos.

V. Voluntad del Reino Unido de participar en el Convenio de Lugano

Aunque, como ha quedado señalado, en la fase actual de las negociaciones se desconoce si se alcanzará algún tipo de acuerdo sobre las relaciones futuras relevante en relación con el RB I bis, resulta claro que entre las alternativas al Reglamento tras la retirada del RU presenta un singular interés el posible significado del CL, en la medida en que fue concebido como un convenio “paralelo” primero, en 1988²⁸, al Convenio de Bruselas de 1968 y después, en 2007, al Reglamento 44/2001. Ciertamente, el Convenio de Lugano de 1988 fue sustituido por el de 2007, en el que es parte la Unión Europea (y Dinamarca) junto con ciertos Estados no miembros, como son Suiza, Islandia y Noruega. En la medida en que no ha sido modificado con posterioridad a 2007, en el CL no tienen reflejo las relevantes modificaciones introducidas en el RB I bis con respecto al Reglamento 44/2001, tanto en materia de reconocimiento y ejecución como de competencia y litispendencia, lo que resulta de especial importancia en relación la eficacia de los acuerdos de elección de foro, en la medida en que el art. 31 del RB I bis introdujo una excepción al criterio de prioridad temporal para dar preferencia al tribunal que conoce en virtud de un acuerdo de prórroga de la competencia.

Desde el punto de vista de la importancia para el Reino Unido del CL como alternativa al RB I bis tras su retirada de la UE, resulta muy significativo que en el documento sobre la posición del RU de 22 agosto 2017 el Gobierno británico expresa su intención de continuar participando en el CL, del que subraya que en virtud de la pertenencia del RU a la UE constituye componente esencial de la cooperación judicial civil del RU con Noruega, Islandia y Suiza.²⁹ El RU participa en el CL en tanto que Estado miembro de la UE (art. 216.2º CL), lo que se corresponde con la competencia exclusiva de la UE (y la consiguiente ausencia de competencia de los Estados miembros) para concluir el CL, de acuerdo con el Dictamen 1/03, de 7 febrero 2006 del TJUE³⁰. Por ello, el criterio ampliamente aceptado es que la retirada de la Unión implicaría en principio que el RU deje de ser miembro del CL.³¹

²⁸ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 septiembre 1988, DO L 319 de 25.11.1988, p. 9.

²⁹ HM Government, “Providing...”, *loc. cit.*, p. 6 (ap. 22). En ningún momento se considera la posibilidad de que pudiera volver a resultar aplicable la versión del Convenio de Lugano de 1988.

³⁰ Dictamen TJUE 1/03, de 7 febrero 2006, ECLI:EU:C:2006:81.

³¹ *Vid.* B. Hess, “Back to the Past...”, *loc. cit.*, p. 410; y G. Rühl, “Die Wahl...”, *loc. cit.*, p. 78.

La eventual participación futura del RU en el CL sería sólo posible de acuerdo con lo dispuesto en los art. 70 ss CL. En concreto, el art. 70.1º CL en relación con la adhesión contempla básicamente dos escenarios aquí relevantes para la adhesión al CL: que el Estado que se adhiera se haya convertido en miembro de la Asociación Europea de Libre Cambio, supuesto en el que se aplican las condiciones previstas en el art. 71; o que se trate de cualquier otro Estados, supuesto en el que se aplican las condiciones previstas en el art. 72. Una diferencia fundamental es que la remisión al art. 72 implica que cuando el Estado que solicita la adhesión no es un Estado que se haya convertido en miembro de la Asociación Europea de Libre Cambio, la adhesión solo es posible con el acuerdo unánime de todas las partes contratantes (art. 72.3º CL). Además, se prevé que la entrada en vigor del CL solo se producirá para las relaciones entre el Estado adherente –eventualmente el RU– y las Partes contratantes –como la UE– que no hayan formulado objeciones a la adhesión. Por lo tanto, salvo que el RU opte por revisar el planteamiento inicialmente expresado acerca de su no integración en la Asociación Europea de Libre Cambio, el potencial empleo del CL como alternativa al RB I bis se hallaría subordinada a la aceptación de esta posibilidad por parte de la UE.

VI. Alternativas en el marco de la Conferencia de la Haya

El documento sobre la posición del RU el propósito del RU de incrementar su cooperación judicial civil internacional con terceros Estados mediante la participación activa en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. En el plano práctico resulta de interés el anuncio de la intención del RU de participar en los convenios de la Conferencia de La Haya en los que está vinculado en su condición de Estado Miembro de la UE. En el ámbito del RB I bis está afirmación debe relacionarse especialmente con el posible significado del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro³² como alternativa parcial al régimen del RB I bis. A diferencia del CL, el Convenio de La Haya de 2005 está abierto a la participación de todos los Estados, sin que sea necesaria la aceptación por parte de la UE para quedar vinculada con el RU si, como ha anunciado, decide participar en este Convenio tras su retirada de la UE.

Esa nueva situación del RU en relación con el Convenio –al no resultar desplazado por el RB I bis en las relaciones con el RU– lo dotaría de un renovado interés práctico desde la perspectiva española. Hasta la fecha, además de la UE (excepto Dinamarca), sólo México y Singapur son Estados parte del Convenio³³, pero el

³² DO L 133 de 29.05.2009, p. 1. Al depositar el instrumento de aprobación la Unión Europea formuló una declaración relativa a los contratos de seguro, según la cual la Unión no aplicará el Convenio a los contratos de seguros, excepto en los casos que prevé la propia Declaración. (DO L 353 de 10.12.2014).

³³ La lista actualizada puede consultarse en <<http://www.hcch.net>>.

RB I bis prevalece sobre el Convenio salvo cuando el demandante o el demandado tengan su residencia en un Estado contratante del Convenio que no sea miembro del RB I bis. En relación con la eventual participación del RU en el Convenio de La Haya 2005 tras su retirada de la UE, desde la perspectiva de los tribunales españoles, habría que tener en cuenta que en caso de elección a favor de los tribunales de un Estado miembro del RB I bis –incluida España– resultaría aplicable el Convenio si una de las partes tiene su residencia en el Reino Unido. Por otra parte, también sería relevante el Convenio desde la perspectiva española, en particular su art. 6 relativo a las obligaciones de un tribunal no elegido (o eficacia derogatoria del acuerdo), cuando las partes hayan designado los tribunales de un Estado miembro del Convenio que no lo sea del RB I bis, como sucedería en ese nuevo escenario con la eventual elección de tribunales del Reino Unido.

Ahora bien, es importante destacar que el Convenio de La Haya –que incluye en el art. 1.2º una definición propia de las situaciones internacionales a las que se aplica– tiene un ámbito mucho más reducido que el RBI bis. Entre otros elementos, el Convenio solo resulta aplicable a los acuerdos exclusivos de elección de foro y siempre que no se trate de ninguna de las materias excluidas conforme a su art. 2, que hace referencia, entre otras, a los contratos de consumo y trabajo, el transporte de pasajeros y de mercancías, diversos supuestos de responsabilidad extracontractual... además la UE ha excluido la aplicación del Convenio a una parte significativa de contratos de seguro. Tampoco es aplicable el Convenio a las medidas provisionales o cautelares, lo que resulta también muy relevante en relación con el reconocimiento y ejecución de resoluciones, pues expresamente se prevé que las medidas provisionales y cautelares no son resoluciones a efectos del Convenio.

Ciertamente, el Convenio de la Haya de 2005 es un convenio doble, por lo que regula también el régimen de reconocimiento recíproco de las resoluciones dictadas por un tribunal de un Estado contratante que haya sido designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro. Ahora bien, al margen de lo ya señalada acerca de su limitado ámbito de aplicación, debe destacarse que a pesar de que establece un régimen favorable de reconocimiento, incluye causas de denegación no previstas en el RB I bis o que permiten un mayor control por los tribunales del Estado requerido, al tiempo que en el plano procesal no contempla la supresión del exequátur, sino una mera remisión en su art. 14 a la ley Estado requerido, entre otros aspectos, con respecto al procedimiento para el reconocimiento y la declaración de ejecutoriedad, que en España implica la aplicación de las normas sobre esas concretas cuestiones de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIC).

La negociación actualmente en el marco de la Conferencia de La Haya de un convenio sobre de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras presenta también gran relevancia desde esta perspectiva, en la medida en que podría llegar a proporcionar en el futuro otra vía adicional para la cooperación entre la UE y el RU con base en un convenio internacional de carácter multilateral. En todo caso, el convenio actualmente en negociación³⁴, a diferencia del RB I bis, no aparece configurado como un instrumento doble –no incluye normas de competencia directa–, tiene un ámbito de aplicación material más reducido que el RB I bis, prevé causas de denegación del reconocimiento no previstas en el RB I bis o que permiten un mayor control por los tribunales del Estado requerido, y no contempla la supresión del exequátur.

VI. Consideraciones adicionales en materia de competencia y litispendencia

La retirada de un Estado miembro de la UE, además de la no aplicación del RB I bis puede ir unida a la eventual aplicación en las relaciones con ese Estado de ciertas normas de la UE que establecen restricciones específicas en materia de competencia. En particular, se ha puesto ya de relieve como en relación con la prestación de servicios y la realización de actividades en el ámbito financiero por empresas de terceros países, el Reglamento (UE) n° 600/2014, de 15 mayo 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros³⁵ establece obligaciones específicas en este ámbito. En concreto, su art. 46.6° contempla la obligación de determinadas empresas de terceros países que presten servicios o realicen actividades de inversión de ofrecer a los clientes –profesionales– establecidos en la Unión, “antes de la prestación de cualquier servicio o realización de cualquier actividad, la posibilidad de someter toda eventual controversia relacionada con dichos servicios o actividades a la jurisdicción de un tribunal o de un tribunal de arbitraje de un Estado miembro”³⁶.

Más allá de esas normas particulares, desde la perspectiva española cabe poner de relieve que en las materias a las que va referido el RB I bis, en defecto de acuerdo sobre el régimen de las relaciones futuras entre el RU y la UE, y en lo no previsto en los convenios internacionales a través de los que puedan estar vinculados España y el RU –como parece previsible que será el caso del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro–, el régimen aplicable por los tribunales españoles con respecto al RU sería el previsto en los arts. 21 ss

³⁴ Vid. Hague Conference on Private International Law, “February 2017 Draft Convention”, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16–24 February 2017).

³⁵ Reglamento (UE) n° 600/2014, de 15 mayo 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012, DO L 173 de 12.6.2014, p. 84.

³⁶ B. Hess y M. Requejo Isidro, “Brexit...”, *loc. cit.*

LOPJ, en los términos de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio,

La nueva posición del RU como Estado tercero resultará también determinante de que no se apliquen en relación con los tribunales del Reino Unido las normas específicas sobre litispendencia y conexidad entre tribunales de Estados miembros que incorporan los reglamentos de la UE que regulan la competencia judicial. En concreto, en el caso del RBI bis ello sería determinante de que, en la medida tampoco resulte aplicable el Convenio de Lugano u otro régimen alternativo, la litispendencia y conexidad con los tribunales del Reino Unido solo pudiera apreciarse en los términos de los arts. 33 y 34 RB I bis, mucho más restrictivos que sus arts. 29 a 31. Al ser aplicables a las relaciones con tribunales de terceros Estados, en el ámbito material del RB I bis esas normas prevalecerán sobre las contenidas en materia de litispendencia y conexidad en la LCJIC.

VII. Reconocimiento y ejecución de resoluciones

El criterio general determinante del ámbito de aplicación del RB I bis en el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones es que únicamente abarca el reconocimiento recíproco entre los Estados miembros, de modo que no incluye –aunque la Unión tenga competencia para regularlo– el régimen de reconocimiento de las resoluciones procedentes de terceros Estados. En consecuencia, la retirada del RU tendrá en principio como consecuencia que deje de aplicarse al reconocimiento en España de las resoluciones del RU, así como al reconocimiento en el RU de las resoluciones españolas, que, salvo que se llegue a algún tipo de acuerdo sobre las relaciones futuras en este ámbito o resulte aplicable algún convenio internacional en línea con lo antes reseñado, pasarán a estar regidos por las normas previstas en el régimen de fuente interna de cada uno de los Estados. En concreto, en España con respecto a las materias objeto del RB I bis habría que estar a lo dispuesto en la LCJIC.

Aunque en general la LCJIC establece un régimen moderno de reconocimiento y ejecución, se trata de un cambio que implica obstáculos adicionales a los existentes en el sistema típicamente más favorable del RB I bis. Ese carácter más favorable del RB I bis se manifiesta tanto en lo relativo a las cuestiones de procedimiento –lo refleja muy particularmente la supresión del exequátur– como en lo que concierne a la eficacia de las medidas provisionales y cautelares, y a la configuración de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, pues el RB I bis excluye o limitan muy significativamente, entre otros controles, el de la competencia del tribunal de origen, el relativo a la notificación de la demanda en las resoluciones dictadas en rebeldía o la existencia

de un litigio pendiente en el Estado requerido. Además, impone cautelas adicionales cuando se trata del reconocimiento de resoluciones extranjeras resultantes del ejercicio de acciones colectivas.

En lo que respecta al control de las garantías procesales el art. 46.1º.b) LCJIC, relativo a la vertiente procesal del orden público, incorpora el artículo el control específico de la notificación regular y con tiempo suficiente de la demanda cuando la resolución se hubiere dictado en rebeldía. Como recoge el Preámbulo de la LCJI, el estándar adoptado en el régimen de fuente interna es más exigente que el que establece ahora en el ámbito de la UE el art. 45.1º.b) RB I bis. Este último no exige que la notificación se haya hecho de manera regular sino que basta con que el demandado hubiera podido defenderse e incluso en tales casos excluye que se pueda denegar el reconocimiento de la resolución dictada en rebeldía cuando el demandado hubiera podido recurrir contra la resolución del Estado miembro de origen y no lo hubiera hecho. Por el contrario, el art. 46.1º.b) LCJIC contempla que se deniegue el reconocimiento si la notificación al demandado que ha permanecido en rebeldía no se hizo “de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse”. Por su parte, el art. 54.4º.b) LCJI, al regular los documentos que deben acompañar a la demanda de exequátur impone como exigencia adicional si la resolución se dictó en rebeldía la presentación del “documento que acredite la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente”.

Además, una eventual pérdida de coordinación entre las normas de competencia judicial internacional puede acentuar la trascendencia de uno de los controles reforzados en el marco de la LCJIC, como es el de la verificación de la competencia del tribunal de origen. Cabe señalar cómo alguno de los criterios atributivos de competencia tradicionalmente empleados en el régimen de fuente interna por los tribunales del RU puede resultar incompatible con el estándar de control previsto en el art. 46 LCJIC, en la medida en que resulten exorbitantes. En concreto, el art. 46.1º.c) parte de que este motivo de denegación no concurre cuando entre el litigio y el Estado de origen exista una conexión razonable –lo que normalmente no será el caso cuando la competencia se hubiera basado únicamente en un fuero exorbitante–, asegura expresamente el respeto a las competencias exclusivas de los tribunales españoles y utiliza la bilateralización de nuestras reglas de competencia como un criterio no determinante, de modo que no excluye que pueda apreciarse la existencia de una conexión razonable en otros situaciones. A este respecto, cabe constatar que entre los criterios de competencia conocidos en el régimen de fuente interna que aplicados de manera exorbitante podrían ser un obstáculo a la eficacia en España de una resolución se encuentran las disposiciones relativas a la competencia basada en una demanda notificada al demandado que

se encuentre temporalmente en el RU o en la existencia en el RU de bienes pertenecientes al demandado³⁷. En todo caso, no cabe olvidar que la doctrina del *forum non conveniens* resulta en la práctica un contrapeso a ese tipo de criterios de competencia y que lo determinante en la aplicación del art. 46 LCJIC será valorar si en el caso concreto existe una conexión razonable entre el litigio y el RU. Por otra parte, con respecto al régimen transitorio, en la medida en que pudiera conducir a la aplicación del régimen interno con respecto a resoluciones dictadas en procedimientos en los que los tribunales ingleses hubieran aplicado las reglas de competencia del RB I bis, esta circunstancia debería facilitar la apreciación de que la resolución no incurre en el motivo de denegación previsto en el art. 46.1º.c).

Bibliografía

- Arenas García, R.: “Brexit y Derecho Internacional Privado” *Diario La Ley*, nº 8797, 6 julio 2016.
- Basedow, J.: “Brexit und das Privat- und Wirtschaftsrecht”, *ZEuP*, 2016, 567–572.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Brexit y litigios internacionales: primeras reflexiones”, *Diario La Ley*, nº 8791, 27 junio 2016.
- : “La eventual ratificación por el Reino Unido del Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes: un apunte de Derecho internacional privado”, 1 diciembre 2016 <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2016/12/la-eventual-ratificacion-por-el-reino.html>.
- Dickinson, A.: “Back to the future: the UK’s EU exit and the conflict of laws”, *J. Pr. Int’l L.*, vol. 12, 2016, pp. 195–210”.
- Hess, B.: “Back to the Past: BREXIT und das europäische internationale Privat- und Verfahrensrecht”, *IPRax*, vol. 36, 2016, pp. 409–418.
- Hess, B. y Requejo Isidro, M.: “Brexit – Immediate Consequences on the London Judicial Market”, <<http://conflictoflaws.net/2016/brexit-immediate-consequences-on-the-london-judicial-market/>>.
- Jaeger, T.: “Reset and Go: The Unitary Patent System Post-Brexit”, *IIC*, vol. 48, 2017, pp. 254–285.
- Lehmann, M. y Zetzsche, D.: “Die Auswirkungen des Brexit auf das Zivil- und Wirtschaftsrecht” *Juristenzeitung*, 2/2017, 62–71.
- Rühl, G.: “Die Wahl englischen Rechts und englischer Gerichte nach dem Brexit (Zur Zukunft des Justizstandorts England)”, *Juristenzeitung*, 2/2017, pp. 72–82.
- Ubertazzi, L.: “Brexit and the EU Patent”, *GRUR Int.*, 2017, pp. 301–307.

³⁷ Vid. las reglas de competencia a las que se hace referencia en los arts. 5.2º y 6.2º RB I bis, comunicadas por el Reino Unido de conformidad con lo establecido en el art. 76.1º.a) de ese mismo Reglamento.

Recepción: 15 septiembre 2017

Aceptación: 4 octubre 2017

BREXIT E INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ *

SUMARIO: I. El Brexit: un salto normativo para la insolvencia transfronteriza. 1. La lógica de una respuesta común. 2. La lógica de una respuesta estatal. II. Un nuevo diseño de la competencia concursal de tribunales británicos y de Estados miembros. 1. Casos tipo de competencia tras el Brexit: A) El centro de intereses y los establecimientos en el marco UE–RU; B) Alcance competencial de tribunales británicos y de Estados miembros. 2. Algunas patologías en el tráfico UE–RU: A) Turismo concursal UE–RU; B) Concursos y sociedades fantasmas UE–RU. III. Un giro en la ley aplicable al concurso en las relaciones euro–británicas. 1. Exclusión del RU de las normas de conflicto *inter partes*: A) Ley del foro y *lex causae* en las normas de conflicto europeas; B) El paralelismo de las normas de conflicto españolas. 2. Exclusión del RU de las normas materiales europeas: A) Impacto máximo; B) Impacto mínimo; C) Impacto medio. IV. El fin del reconocimiento mutuo de decisiones concursales con el RU: 1. La importancia estratégica del reconocimiento de los procedimientos británicos: A) Importancia material; B) Relevancia espacial. 2. Deconstrucción del reconocimiento mutuo: A) Pérdida de privilegios europeos. B) Incertidumbres del Derecho estatal. V. El freno a la cooperación concursal con autoridades británicas. 1. En el marco de los procedimientos territoriales UE–RU: A) Cooperación equivalente en un escenario post–Brexit; B) Cooperación divergente. 2. En el marco de los procedimientos principales UE–RU: A) Adiós a las cinco estrategias europeas de cooperación. B) El silencio de las legislaciones estatales. VI. Conclusiones.

RESUMEN: En materia concursal el Brexit implica un salto normativo desde el Reglamento europeo de insolvencia a las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembros y del RU. Así sucede cuando el centro de intereses principales del deudor se halle en el RU, la ley aplicable sea la británica, se reconozcan decisiones británicas o las autoridades británicas soliciten cooperación. En estas circunstancias, se producirá una reformulación de la competencia internacional de los tribunales británicos y de Estados de la UE, un giro en la ley aplicable, el fin del reconocimiento mutuo y un freno a la cooperación entre autoridades. La posible aplicación del Convenio de Lugano de 2007 como respuesta común a un escenario post–Brexit no resuelve los problemas en materia concursal al ser una cuestión excluida de su ámbito. Ni siquiera es pacífica su aplicación a los *schemes of agreement* basados en la legislación societaria (no concursal) británica.

PALABRAS CLAVE: BREXIT INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – LEY APLICABLE, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN – COOPERACIÓN.

* Profesor titular de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo.

ABSTRACT: *Brexit and Cross-border Insolvency*

Concerning insolvency proceedings Brexit implies a legal jump from the European Insolvency Regulation to the Private International Law rules of the Member States and UK. That occurs when the centre of main interests (COMI) of the debtor is located in UK, the applicable law is British law, British decisions are recognized or British authorities apply for co-operation. It will produce a re-formulation of the international jurisdiction of the courts of EU Member States and British courts, a turn of the applicable Law rules, the end of the mutual recognition and a brake to the co-operation of authorities. The possible application of the Lugano Convention of 2007 as a common solution for the post-Brexit does not solve the issues of the insolvency because it is a matter excluded from its scope. Even its application to the schemes of agreements under British company law (not insolvency law) is doubtful.

KEYWORDS: BREXIT. CROSS-BORDER INSOLVENCY. INTERNATIONAL JURISDICTION. APPLICABLE LAW. RECOGNITION AND ENFORCEMENT. CO-OPERATION.

I. El Brexit: un salto normativo para la insolvencia transfronteriza**1. La lógica de una respuesta común**

1. A los efectos del tratamiento jurídico de la insolvencia transfronteriza el Brexit significa el paso del Regl. (UE) n° 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 mayo 2015, sobre procedimientos de insolvencia¹, a la aplicación de los convenios internacionales que los Estados miembros puedan haber firmado con el Reino Unido (en adelante RU) o, en su defecto, a la del Derecho internacional privado de cada uno de los Estados miembros². Este salto no afectará a la competencia judicial ni a la cooperación respecto de concursos declarados antes de la fecha de desconexión, incluso aunque prosigan tras esta. Tampoco al reconocimiento de decisiones anteriores a esa fecha de desconexión, pese a que dicho reconocimiento sea instado con posterioridad³.

Salvo que durante las negociaciones se habilite algún tipo de mecanismo específico, no existe una respuesta común a las interrogantes que plantea el Brexit en materia concursal⁴. Mientras que en otras materias se plantea la aplicación

¹ DO L 141 de 5.6.2015.

² Vid. el documento de la Comisión “Position paper on Judicial Cooperation in Civil and Commercial matters”, TF50 (2017) 9/2, 12 julio 2017, <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/essential-principles-civil-commercial-matters_en_0.pdf>. A día de hoy, el Reglamento europeo tiene aplicación prioritaria respecto de las normativas de los Estados miembros dentro de su ámbito material y espacial para procedimientos abiertos a partir del 26 junio 2017. Respecto de fechas anteriores, sigue siendo aplicable el Regl. (CE) n° 1346/2000 para procedimientos posteriores; vid. AATS 1ª 17 junio 2003, ATS 6394/2003; de 31 julio 2003, ATS 8309/2003; de 28 diciembre 2004, ROJ ATS 14720/2004; y de 14 julio 2008, AEDIPr 2008/97. En otros órganos jurisdiccionales, vid. AAP Las Palmas (4ª) 20 mayo 2011, AC 2011\1416.

³ Vid. el documento de la Comisión “Position paper on Judicial Cooperation in Civil and Commercial matters”, *cit.*

⁴ Vid. I. Heredia Cervantes y A. Thery Martí, “Brexit e insolvencia internacional”, *El Notario del siglo XXI*, n° 69, 2016.

del Convenio de Lugano⁵ como una posible respuesta común, más que el resurgimiento del viejo Convenio de Bruselas de 1968⁶, estos instrumentos excluyen la insolvencia de su ámbito de aplicación. El único instrumento que se ocupaba de dicha materia era el Convenio sobre procedimientos de insolvencia, hecho en Bruselas, el 23 noviembre 1995⁷, y que nunca llegó a entrar en vigor, entre otras razones –paradojas del destino–, por diferencias políticas entre el RU y sus socios europeos sobre un tema que poco o nada tenía que ver, la crisis de las “vacas locas”.

2. Así pues, una posible respuesta común al Brexit en esta materia podría ser ratificar aquel Convenio, idéntico al Regl. (CE) 1346/2000⁸ que se ha aplicado en la UE hasta 2017. No obstante, se plantean problemas de diversa índole. Para empezar, y a diferencia de otras materias, existe una competencia compartida entre los Estados miembros y la UE que siempre dificulta la firma de un convenio⁹. Pero, sobre todo, aunque los principios de aquel Convenio perduran en gran medida en la UE, el Regl. (UE) n° 2015/848 que se aplica en la actualidad es un instrumento de “segunda generación”, que ya tiene diferencias notables con el Convenio y con aquel Regl. (CE) n° 1346/2000 de “primera generación”.

Una segunda posible respuesta común sería la “vía danesa”, en la que el RU, los Estados miembros y la UE firmaran un convenio internacional para extender la aplicación del Reglamento europeo sobre insolvencia, de un modo similar a lo que hizo Dinamarca en otras materias¹⁰. De nuevo, las dificultades de una competencia compartida para celebrar este convenio, la falta de antecedentes y la ausencia de una posición clara del RU al respecto¹¹ abren numerosos interrogantes.

⁵ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 octubre 2007, DO L 339 de 21.7.2007. Repárese, no obstante, que su aplicación tampoco va a ser nada sencilla desde el momento en el que se trata de un Convenio firmado por la UE en nombre de sus Estados miembros y no por estos.

⁶ Vid., desde una perspectiva crítica, R. Arenas García, “Brexit y Derecho internacional privado”, *La Ley*, n° 8797, 2016.

⁷ Texto en M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil europeo*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 421–439.

⁸ DO L 160 de 30.6.2000.

⁹ Vid., cómo la Declaración del Consejo (2000/C 183/02) en relación con el Reglamento 1346/2000 permite a los Estados miembros celebrar acuerdos con terceros Estados.

¹⁰ Vid. el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas, el 19 octubre 2005 (DO L 299 de 16.11.2005).

¹¹ Vid. el documento del Gobierno del RU, “Providing a cross-border civil judicial cooperation framework. A future partnership paper”, 22 agosto 2017 <<https://www.gov.uk/government/publications/providing-a-cross-border-civil-judicial-cooperation-framework-a-future-partnership-paper>>.

Una tercera respuesta común podría encontrarse en la Ley Modelo de la Uncitral¹² sobre insolvencia, como ya ha dejado entrever el Gobierno británico¹³. Pero tampoco parece una respuesta totalmente satisfactoria por la propia naturaleza jurídica de esta Ley Modelo. No en vano, se trata de un acto que debe ser incorporado por los Estados a su ordenamiento y que aborda principalmente los problemas de reconocimiento y cooperación, sin regulación sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable.

2. La lógica de una respuesta estatal

3. A expensas de una hipotética respuesta común, a día de hoy el post-Brexit conllevaría el tratamiento de las relaciones con el RU en materia de insolvencia desde la perspectiva de cada Estado miembro y, en particular, en el caso de España, en aplicación de las normas de Derecho internacional privado de la Ley Concursal (LC)¹⁴. Por si el panorama actual no fuera ya de por sí incierto, debe recordarse que está abierto un proceso de refundición de la LC que podría alterar alguna de las conclusiones expuestas¹⁵. En esta materia, se trata en realidad de pasar de supuestos puramente europeos a supuestos no europeos o mixtos¹⁶. En efecto, en el momento actual previo al Brexit, la insolvencia de empresas británicas se califica como un supuesto íntegramente europeo, que afectaba a empresas “europeas”, es

¹² De 30 mayo 1997, texto en *La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al Derecho interno*, Nueva York, Naciones Unidas, 1999.

¹³ Vid. el documento del Gobierno del RU, “Providing a cross-border civil judicial cooperation framework. A future partnership paper”, cit.

¹⁴ Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (BOE 10.7.2003). Vid., en la doctrina, C. Esplugues Mota, “La nueva LC y el Reglamento 1346/2000: ¿matrimonio, cohabitación o mera coexistencia pacífica”, *AEDIPr*, t. III, 2003, pp. 413–417; E. Beltrán Sánchez, “El Reglamento de la UE sobre procedimientos de insolvencia”, *Tribunales de Justicia*, nº 4, 2001, pp. 31–41; E. Rodríguez Pineau, “La LC dentro del sistema español de Derecho concursal internacional”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 11, 2004, pp. 153–170; J.J. Ezquerro Ubero, “El Reglamento comunitario de insolvencia y la LC: ámbito de aplicación espacial de las nuevas normas de Derecho internacional privado”, en A.L. Calvo Caravaca y S. Areal Ludeña (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp. 505–517; I. Candelario Macías, “Los vínculos entre el Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia comunitaria, y la Ley 22/2003, de lo concursal española”, *Estudios sobre la LC. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. I, Madrid / Barcelona, Unicaja / Marcial Pons / CajaSur, 2005, pp. 681–718. Otras comparativas interesantes entre regulaciones estatales y Derecho europeo puede verse en A. Trunk, “Insolvencia transfronteriza en Alemania: comparación con la normativa comunitaria”, *AEDIPr*, t. III, 2003, pp. 281–290; D.B. Furnish, “La insolvencia internacional: coordinación de competencia y jurisdicción”, *ibid.*, t. XIII, 2013, pp. 563–585.

¹⁵ Vid. la Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la LC, de la Ponencia especial de la Comisión General de Codificación, 6 marzo 2017. <<http://www.mjusticia.gob.es>>.

¹⁶ Vid. G. Moss, “The Impact of the EU Regulation on UK Insolvency Proceedings”, *Int. Insolv. Rev.*, vol. 11, 2002, pp. 139–152.

decir, con centro de intereses del deudor en un Estado miembro de la UE¹⁷, siendo la ley aplicable la de un Estado miembro y los Estados requirente y requerido de reconocimiento y cooperación, también miembros de la Unión Europea¹⁸. En este caso se aplica íntegramente el Reglamento europeo de insolvencia¹⁹.

Después del Brexit, la insolvencia de empresas británicas se calificará como un supuesto no europeo, que afectará a empresas “no europeas”, es decir, con centro de intereses del deudor fuera de la UE. Ello no obsta a que puedan tener alguna incidencia en España, normalmente porque el deudor posea bienes o establecimientos en este territorio. En este caso, se aplicarán íntegramente las normas de Derecho internacional privado de la LC, incluso en los supuestos extraños en los que las normas de ley aplicable remitan a un Estado miembro, o el Estado requirente de reconocimiento o cooperación sea un Estado miembro.

Pero también debe repararse en empresas de la UE con vínculos en el RU. Cabrá referirse, en estos casos, a un supuesto mixto, en el que el Reglamento europeo de insolvencia y la LC deben coexistir. Así, la competencia judicial de los tribunales españoles se determinará por el Reglamento. También se aplicarán sus normas de conflicto si remiten a la ley de un Estado miembro, y sus normas de reconocimiento y cooperación si los Estados requirentes y requeridos son miembros de la UE. Por el contrario, la LC conservará un reducto de aplicación si la norma de conflicto del Reglamento remite a la ley británica como ley de un tercer Estado, o si el reconocimiento o la cooperación son solicitados por los tribunales británicos.

II. Un nuevo diseño de la competencia concursal de tribunales británicos y de Estados miembros

1. Casos tipo de competencia tras el Brexit

A) El centro de intereses y los establecimientos en el marco UE–RU

4. El procedimiento de insolvencia denominado “principal”, que afecta a todos los bienes del deudor dondequiera que se encuentren, se abrirá desde el Estado miembro en el que el deudor tiene su centro de intereses principales²⁰. Para mayor

¹⁷ AJMER Málaga (1) 1 abril 2008, AC 2009/952.

¹⁸ AJMER Vigo (3) 2 abril 2011, AEDIPr 2011/43; AAP Madrid 28ª 30 septiembre 2011, AEDIPr 2011/44; y AAP Madrid 28ª 24 mayo 2013, AAP M 2088/2013.

¹⁹ Vid. D. Bureau, “La fin d’un îlot de résistance. Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d’insolvabilité”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 91, 2002, pp. 613–679.

²⁰ Vid. art. 3.1º Regl. (UE) nº 2015/848, que desplaza al art. 10.1º LC [ATSJ Aragón (1ª) 20 marzo 2009, RJ 2009/3275]. Vid. I. Heredia Cervantes y A. Thery Martí, *loc. cit.* El centro de intereses principales se entiende como el lugar desde el que el deudor administra de forma habitual y reconocible por terceros sus actividades económicas. Vid. M. Aguilar Benítez de Lugo y B. Campuzano Díaz, “La competencia

facilidad, se establece una serie de presunciones *iuris tantum* o indicios de dónde se halla el centro de los intereses principales, a saber: en la residencia habitual de los particulares, en el centro principal de actividad de los profesionales y en el domicilio social de personas jurídicas.

Aunque estas presunciones están articuladas entre Estados miembros, también pueden jugar un papel importante en torno al Brexit, porque, en relación con terceros Estados, la verdadera localización del centro de intereses principales en la UE determina la propia aplicación o no del Regl. (UE) n° 2015/848. En este contexto, pueden destacarse los siguientes casos tipo:

i) *Particulares británicos sin actividad profesional con residencia en España*: los tribunales españoles se presumirán competentes por hallarse en su residencia habitual el centro de intereses, salvo prueba en contra²¹. En sentido negativo, los tribunales españoles no se presumirán competentes respecto del español que resida habitualmente en el RU. Se trata de supuestos que pueden tener especial impacto en el contexto de Gibraltar.

ii) *Españoles con residencia en España y establecimiento profesional en el RU*: siendo de nuevo un caso que se puede dar con frecuencia en la zona gibraltareña, los tribunales españoles no se presumirán competentes porque se entiende que el centro de intereses coincide, salvo prueba en contra, con el centro de actividad principal del profesional. A la inversa, los tribunales españoles se presumirán competentes, salvo prueba en contra, respecto de británicos residentes en el RU que tengan su establecimiento profesional principal en España.

iii) *Sociedades británicas con registered office en RU y administración habitual y reconocible en España*: en estos casos, aunque los tribunales españoles no se presumen competentes por hallarse el domicilio social en el RU (en su defecto, el *place of incorporation* y, en su defecto, la *formation* de la sociedad²²), realmente el centro de intereses principales se halla en España y procede declarar el concurso en España destruyendo la presunción²³. Se trata de uno de los supuestos en los que mayor impacto puede tener el Brexit, dados la especial configuración del Derecho británico, que no exige una sede real en el RU, y la atracción de Gibraltar como

judicial internacional en materia concursal”, *Estudios sobre la LC. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. I, *op. cit.*, pp. 599–628.

²¹ AJMER Alicante (1) 16 junio 2008, AC 2008\1615.

²² Cf. M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003, p. 52

²³ ATS 1ª 4 marzo 2015, ATS 1850/2015.

lugar de domiciliación formal²⁴. No obstante, también han existido casos en sentido contrario, como en el asunto *Enron Directo*²⁵, en los que, presumiéndose que el centro de intereses se encontraba en España por hallarse aquí el domicilio social de la sociedad, finalmente se comprobó que dicho centro se encontraba realmente en el RU.

iv) *Sociedades filiales con domicilio en España y sociedades matrices en el RU*: las sociedades británicas serán declaradas en concurso en el RU, mientras que las españolas serán declaradas en concurso en la UE²⁶. El hecho de que las directrices empresariales provengan de otro Estado donde se encuentra la sociedad dominante no es motivo suficiente para destruir la presunción a favor del domicilio social y alterar la competencia internacional²⁷, como tampoco la eventual confusión de patrimonios ni la declaración de concurso de una primera sociedad que se quiere extender a otros miembros del grupo empresarial²⁸. A la inversa, la competencia de los tribunales españoles respecto de sociedades matrices en España no se extenderá a sus filiales británicas. Cuestión distinta es que se puedan detectar “sociedades fantasmas”, por ejemplo, en Gibraltar, lo que puede alterar lo expuesto al existir una patología jurídica como se verá más adelante²⁹.

²⁴ De acuerdo con la STCE (Gran Sala) 2 mayo 2006 (asunto C-341/04, *Eurofood IFSC*), la presunción del domicilio social cede cuando se demuestra que la sociedad es administrada de forma habitual y reconocible por terceros desde otro Estado. Dicha presunción solo se desvirtúa, pues, si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por acreedores y contratantes y que permitan establecer que la situación real no coincide con la que aparentemente refleja la ubicación del domicilio social [véase, como ejemplo, en España, AAP Las Palmas de Gran Canaria 4ª 1 diciembre 2005, *AEDIPr* 2006/89; AAJMER Bilbao (1) 15 noviembre 2004, AC 2004\1918, y 4 mayo 2009, AJM BI 14/2009; AJMER San Sebastián (1) 19 noviembre 2013, *AEDIPr* 2013/55].

²⁵ Sentencia de la *High Court (Chancery Division)* 4 julio 2002, que dictó una orden de administración sobre una sociedad con sede estatutaria en España, dado que el centro de los intereses se encontraba en el RU, desde donde se realizaban las funciones de administración (*vid.* un resumen de la resolución en G. Moss, “Summary of decision of Lightman J. in *Re Enron Directo Sociedad Limitada*”, <<http://www.iii-global.org>>; y en *Restructuring and Insolvency Bulletin*, otoño de 2002). *Vid.* otros ejemplos en las Sentencias de la Corte de Apelación sueca de 30 mayo 2003, *EIRD*, nº 70, y de 3 febrero 2005, *ibid.*, nº 80; y en la Sentencia del Tribunal de Distrito de Estocolmo de 21 enero 2005, *ibid.*, nº 81 (todas con resumen en inglés). En Luxemburgo, *vid.* la Sentencia del Tribunal de Distrito de 15 abril 2005, texto en *ibid.*, nº 95; en Alemania, la Resolución del Juez de Primera Instancia de Weilheim de 22 junio 2005, *ibid.*, nº 92; y, en Bélgica, las Sentencias del Tribunal de Comercio de Bruselas de 2 octubre 2003, *ibid.*, nº 25, y de 12 diciembre 2003, *ibid.*, nº 24.

²⁶ AJMER Cádiz (1) 4 marzo 2008, AC 2011\1850; AJMER Cádiz (1) 10 octubre 2008, AC 2009\375; AJMER Cádiz (1) 29 julio 2009, AJM CA 67/2009; AJMER Cádiz (1) 24 septiembre 2010, AJM CA 46/2010; AJMER Cádiz (1) 15 abril 2011, AJM CA 46/2011; y AAP Cádiz de 27 julio 2008, JUR 2011\352437.

²⁷ STJCE (Gran Sala) 2 mayo 2006, *Eurofood IFSC*, *cit.*, ap. 30.

²⁸ STJUE 1ª 15 diciembre 2011, asunto C-191/10, *Rastelli c. Hidoux*.

²⁹ *Vid. infra*, II.2B).

v) *Sociedades británicas con sucursales en España*: si el centro de intereses principales se halla en el RU, el Reglamento europeo ya no será aplicable. De nuevo ello supone pasar de las relaciones euro–británicas a las relaciones hispano–británicas y aplicar las normas de la LC, que, no obstante, son bastante similares. El juez español podrá abrir un concurso territorial que únicamente afectará a los bienes localizados en España, pero ya no con base en los arts. 2.10º y 3 del Regl. (UE) nº 2015/848, sino en el art. 10.3.II LC³⁰. En el caso contrario, esto es, sociedades españolas con sucursales en el RU, el juez español será competente para abrir un concurso principal en aplicación del Reglamento europeo de insolvencia, por encontrarse en España el centro de intereses principales. Dependerá del Derecho británico la posibilidad de abrir en el RU un procedimiento territorial.

B) Alcance competencial de tribunales británicos y de Estados miembros

5. La competencia concursal de los tribunales de los Estados miembros de apertura del concurso, sea principal o territorial³¹, se extiende a toda cuestión que tenga su fundamento en la legislación concursal y guarde una inmediata relación con el procedimiento³². La competencia así delimitada parece tener carácter exclusivo y excluyente de cualquier otra³³ aunque ha sido una cuestión bastante discutida³⁴.

³⁰ Por establecimiento se entenderá todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes, así, *v.gr.*: una agencia, una sucursal, una oficina o un establecimiento de venta al público. Sin embargo, la simple tenencia de bienes, la celebración de contratos en un Estado, la participación en una feria internacional o la existencia de una dirección postal no constituyen un establecimiento. *Vid.* STJUE 1ª 20 octubre 2011, asunto C–396/09, *Interedil c. Fallimento Interedil e Intesa*; y, en España, AJMER Málaga (1) 2 junio 2014, JUR 2014\251213.

³¹ En el ámbito de la competencia, la *vis attractiva concursus* juega en los concursos territoriales de la misma forma que en los concursos principales, siempre y cuando se trate de cuestiones relacionadas con su ámbito de aplicación: contratos vinculados al establecimiento secundario o bienes localizados en el Estado de apertura, *vid.* STJUE 1ª 11 junio 2015, asunto C–649/13, *Nortel Networks SA*; y, en España, SAP Islas Baleares 5ª 24 julio 2015, SAP IB 1415/2015. No obstante, esta *vis attractiva* puede resultar distorsionadora en cuestiones tales como las acciones de responsabilidad concursal de los administradores en España, existiendo un concurso principal en el RU. *Vid.* con notable acierto el AJMER Barcelona (9) 30 mayo 2013, *AEDIPr* 2013/54, en el Asunto *Renta Corporación*. Por otro lado, el nuevo Reglamento europeo de insolvencia introduce una importante excepción: los tribunales del Estado donde se halla un establecimiento o sucursal serán competentes en todo caso para determinar los efectos del concurso principal sobre los contratos de trabajo vinculados a dicho establecimiento o sucursal [art. 13.2º Regl. (UE) nº 2015/848].

³² En el ámbito europeo: art. 6.1º Regl. (UE) nº 2015/848 y STJCE de 22 febrero 1979, asunto 133/78, *Gourdain c. Nadler*, doctrina aplicable incluso aunque el demandado esté domiciliado en un tercer Estado, de acuerdo con la STJUE 1ª 16 enero 2014, asunto C–328/12, *Schmid c. Hertel*, y la STJUE (6ª) 4 diciembre 2014, asunto C–295/13, *H c. H.K.* En el ámbito estatal, *vid.* art. 11 de la LC y AAP Pontevedra (6ª) 12 julio 2012, JUR 2012\312909.

³³ STJUE 1ª 12 febrero 2009, asunto C–339/07, *C. Seagon c. Deko Marty Belgium*, aps. 23 y 24.

³⁴ Los tribunales de ningún otro Estado distinto al de apertura del concurso parecen tener competencia en materia concursal por falta de base legal [STJUE 1ª 10 septiembre 2009, asunto C–292/08, *German*

Ello implicaría que no se reconocerían decisiones británicas que afectaran a dicha competencia exclusiva de tribunales de Estados miembros, sin perjuicio de que falta una profunda reflexión de la UE sobre el reconocimiento de sentencias de terceros Estados³⁵ y de que la propia LC hace posible el reconocimiento de sentencias de terceros Estados basadas en otros foros razonables y equivalentes³⁶. Por otra parte, la competencia de los tribunales británicos para adoptar medidas cautelares, sin ser competentes sobre el fondo, con relación a los bienes o las personas que se encuentran en su territorio, aunque encaja en la lógica del Derecho de la UE³⁷, no haría a estas medidas reconocibles en la UE³⁸.

Mención especial merece la acumulación de acciones conexas en materia “concurzal” y en materia “no concurzal” basadas en una relación estrecha y la oportunidad de tramitarlas conjuntamente para evitar decisiones contradictorias³⁹. Tales serían los casos, por ejemplo, de acciones de responsabilidad de administradores societarios basadas respectivamente en las legislaciones societaria y concurzal (responsabilidad concurzal española o *wrongful trading* británico)⁴⁰. En estos supuestos, en el ámbito europeo se ampara la competencia a favor de los tribunales del domicilio del demandado, o de uno de los demandados si existieran varios, siempre que los demandados estén domiciliados en un Estado miembro. Pues bien,

Graphics Graphische Maschinen c. A. van der Schee]. Es verdad que la admisión de una competencia alternativa se había basado en una expresión desafortunada del art. 25 del Reglamento europeo de 2000, que se mantiene en el nuevo art. 32 del Reglamento de 2015, y que se refiere al reconocimiento de resoluciones “incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional”. Pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recordado que expresiones de este estilo utilizadas en singular, se refieren a la competencia interna, es decir, a un juez alternativo al del concurso, por ejemplo para cuestiones laborales, pero perteneciente al mismo Estado.

³⁵ Sobre la competencia de la Unión para regular el reconocimiento de decisiones de terceros Estados, vid. K. Kreuzer, “Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts”, *RabelsZ*, vol. 70, 2006, pp. 1–88, esp. pp. 74–77; P. A. de Miguel Asensio, “Espacio europeo de justicia: evolución y perspectivas en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 441–466, esp. pp. 460–463.

³⁶ Art. 220.1.3° LC.

³⁷ Art. 52 del Regl. (UE) n° 2015/848; art. 226.2° LC y, al respecto, AJMER de Madrid (8) de 18 octubre 2012, *AEDIPr* 2012/59.

³⁸ Vid. J. L. Iriarte Ángel, “La tutela cautelar en los procedimientos de insolvencia de carácter transnacional”, en A. Rojo Fernández-Río y E. Beltrán Sánchez (coords.), *Los acreedores concursales*, Cizur Menor, Civitas/Thomsom Reuters, 2010, pp. 143–156.

³⁹ Art. 6.2° Regl. (UE) n° 2015/848.

⁴⁰ Cf. considerando 35 del Regl. (UE) n° 2015/848. En la figura británica del *wrongful trading* se hace responsables a los administradores por permitir que las posibilidades de cobro disminuyan desde el momento en el que comienza la crisis de la sociedad. Tal y como se recoge en la Sec. 214 (2) del *Insolvency Act 1986*, la responsabilidad se origina si el administrador hubiera podido prever la insolvencia, imputándole un empeoramiento de la situación por no adoptar medidas de protección de los acreedores, como una disolución de la sociedad a su debido tiempo. No responde, en cambio, por la efectividad de las medidas adoptadas. Vid. T. Bachner, “Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection”, *EBOR*, 2004, pp. 293–319.

los tribunales españoles también podrían extender esta competencia por acumulación a demandados domiciliados en el RU por acción de la LOPJ⁴¹. Del mismo modo, podría reconocerse una sentencia británica basada en el domicilio de una de las partes.

6. Si hasta aquí se ha analizado el impacto de la competencia concursal de los tribunales de Estados miembros en el RU, cabe plantearse el supuesto inverso: cómo afecta la competencia concursal de los tribunales británicos a la Unión Europea. El Derecho británico deberá reflexionar y redefinir su concepción de la *vis attractiva concursus*. Si no dotara a los tribunales del concurso de un volumen mínimo de competencias o aplicara la doctrina del *forum non conveniens*⁴², podrían originarse conflictos negativos de competencia en las relaciones con los tribunales de Estados miembros. Repárese en que estos podrían rechazar la competencia respecto a demandados domiciliados en la UE. Aunque el Reglamento “Bruselas I bis”⁴³ fuera aplicable *ratione loci*, no lo sería *ratione materiae* por considerarse la controversia concursal. Algunas legislaciones de Estados miembros podrían entender que su conocimiento corresponde al tribunal británico del concurso que también podría considerarse incompetente.

2. Algunas patologías en el tráfico UE–RU

A) Turismo concursal UE–RU

7. Para evitar problemas de “turismo concursal”, las presunciones para determinar el centro de los intereses principales –residencia habitual del particular, centro de actividad del profesional y domicilio social de la persona jurídica– no funcionan con posterioridad a la presentación de la solicitud del concurso, evitando, así, posibles traslados fraudulentos en el tiempo que media desde la solicitud hasta la declaración del concurso⁴⁴. Pero lo más novedoso en el nuevo Reglamento europeo de insolvencia es que tampoco funcionan en un período crítico anterior

⁴¹ Art. 22.ter.3 LOPJ.

⁴² Vid. J. Woloniecki, “Co-operation between National Courts in International Insolvencies: Recent United Kingdom Legislation”, *Int’l Comp.L. Q.*, vol. 35, 1986, pp. 644–663, p. 657; M. Florian, *Das englische internationale Insolvenzrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1989, pp. 34–36; K. Dawson, “Foreign Companies and Extraterritorial Aspects of the Insolvency Act 1986”, *Int. Insolv. Rev.*, vol. 8, 1999, pp. 49–60, pp. 56–59; P. S. Smart, “Forum Non Conveniens in Bankruptcy Proceedings”, *J. Bus. L.*, 1989, pp. 126–135, p. 135; E. J. Habscheid, *Grenzüberschreitendes (internationales) Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Duncker&Humblot, 1998, pp. 70–74.

⁴³ Regl. (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351 de 20.12.2012.

⁴⁴ Vid. STJCE, Gran Sala, 17 enero 2006, asunto C–1/04, *Staubitz-Schreiber*.

a la solicitud del concurso, a saber: cuando existe un traslado anterior a seis meses de la residencia habitual del concursado–consumidor o de tres meses del centro principal del concursado persona física profesional o del domicilio social de la persona jurídica concursada⁴⁵. El Reglamento se refiere a traslados a “otros” Estados miembros, pero quizá con más motivo no deben funcionar si el traslado es al RU.

Más dudoso es el caso contrario, en el que el traslado se produce dentro del período crítico “desde” el RU, como tercer Estado, a un Estado miembro. Queda la duda de si la presunción tampoco debe jugar a favor de este Estado miembro. El término “otros” Estados miembros lleva a pensar que el traslado debe producirse “desde un Estado miembro”. Pero ya se ha destacado que, en realidad, está en juego la propia aplicación de las normas de Derecho de la UE. Por tanto, los tribunales de los Estados miembros deben valorar de oficio si el centro de intereses principales ha sido verdaderamente trasladado a un Estado miembro. Las previsiones sobre turismo concursal jugarían solo como indicios y parámetros en casos de dudas interpretativas.

B) Concursos y sociedades fantasmas UE–RU

8. Como se ha señalado, que una sociedad se integre en un grupo multinacional de sociedades no afecta a la localización de su centro de intereses principales y a la presunción a favor de los tribunales del domicilio social o *registered office*. Solo cabe hacer dos excepciones a lo expuesto. La primera excepción sería la comprobación de un modo fehaciente –de acuerdo con una interpretación muy restrictiva– que existen “sociedades fantasmas”: personas jurídicas que no tienen absolutamente ninguna actividad real o cuyos órganos de administración de derecho están totalmente inactivos e incumplen las labores inherentes a su cargo en el Estado donde se halla su domicilio social⁴⁶. Así una sociedad fantasma británica podría ser declarada en concurso por una autoridad de un Estado miembro, lo que tiene su importancia por la conocida tendencia de los operadores a domiciliarse en el RU, incluido Gibraltar, por las ventajas de su legislación.

En segundo lugar, cabe referirse a aquellos supuestos en los que la sociedad dominada, aun teniendo una explotación y una actividad real en el Estado del domicilio social, es efectivamente gestionada por sus administradores de derecho desde el Estado de la sociedad matriz de forma reconocible por terceros. Pero aun

⁴⁵ Si el traslado no se ha producido en el período crítico, la presunción ya resulta plenamente aplicable, aunque pueda tener mayor o menor intensidad, en función del tiempo que ha mediado desde el traslado hasta la solicitud del concurso [STJUE (1ª) 20 octubre 2011, *Interedil c. Fallimento Interedil e Intesa*, cit.; en Derecho español, los dos Autos del JMER de San Sebastián (1) de 19 noviembre 2013 en el asunto *Fagor*, *AEDIPr* 2013/55 y AC 2013/1928].

⁴⁶ STCE (Gran Sala) 2 mayo 2006, *Eurofood IFSC*, cit.

así podrían detectarse algunas patologías, en particular, la existencia de “concur-sos fantasmas” sin activo alguno⁴⁷, si los tribunales españoles, en interpretación de la LC para el RU, siguen la interpretación del TJUE en relación con el Reglamento europeo⁴⁸. Según esta, abierto un concurso principal a la sociedad filial en el Estado de la matriz, todavía quedaría la posibilidad de abrir un concurso territorial en el Estado del domicilio social de dicha filial si tiene allí un establecimiento⁴⁹. Podría ocurrir que en el RU se abriera un procedimiento principal –pues la filial española tiene allí su centro de intereses– y este se queda sin activos debido al procedimiento territorial abierto en España, donde se ubica su única explotación empresarial⁵⁰.

III. Un giro en la ley aplicable al concurso en las relaciones euro–británicas

1. Exclusión del RU de las normas de conflicto inter partes

A) Ley del foro y *lex causae* en las normas de conflicto europeas

9. Una vez declarado el concurso principal en la UE, la ley aplicable al concurso será la del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto⁵¹, sin que sus disposiciones puedan obstaculizar los principios de la Unión Europea⁵². Las relaciones

⁴⁷ Vid. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho concursal internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 92. Vid., también, L. Hoffmann destacando que la presencia de activos puede conducir a conexiones accidentales, p.e., cuando una sociedad del grupo multinacional actúa como tesorera, por lo que tiene un gran número de activos del resto de sociedades en un Estado, en el que, sin embargo, no se realiza actividad comercial alguna, cf. “UK Evaluator”, *Int. Insolv. Rev. (Colloquium on Cross-Border Insolvency. Vienna, 17–19 April 1994)*, vol. 4, 1995, pp. 97–102.

⁴⁸ Vid. I. Tirado Martí y L. García Gutiérrez, “La aplicación del Reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia por los Tribunales de los Estados miembros”, *ADCo*, vol. 4, 2005, pp. 245–264.

⁴⁹ STJUE (1ª) 4 septiembre 2014, Asunto C–327/13, *Burgo Group c. Illochroma y Theetten*; y cuyo antecedente es la STJUE (1ª) de 22 noviembre 2012, Asunto C–116/11, *Bank Handlowy c. Christianapol*. Repárese en que la sociedad filial no es un establecimiento de la sociedad dominante pues estas son personas jurídicas independientes, con un patrimonio propio y con una administración de sus intereses autónoma [vid. B. Campuzano Díaz, *Aspectos internacionales del Derecho concursal*, Murcia, Laborum, 2004, p. 129; y SAP de Madrid (28ª) de 25 noviembre 2011, AC 2012\159]. Pero ello no quita a que dicha sociedad filial pueda tener sus propios establecimientos.

⁵⁰ De hecho, la jurisprudencia europea al respecto tiene ciertas incoherencias como referirse a que ese establecimiento “está dotado de personalidad jurídica”, cf. ap. 32 de la STJUE (1ª) de 4 septiembre 2014, *Burgo Group c. Illochroma y Theetten*, cit. Al contrario, la personalidad jurídica se predica de la sociedad constituida conforme un ordenamiento, independientemente de los establecimientos y explotaciones que esta sociedad tenga en cualquier Estado.

⁵¹ Art. 7 Regl. (UE) n° 2015/848; art. 200 LC.

⁵² STJUE (3ª) 8 noviembre 2012, Asunto C–461/11, *Radziejewski*; STJUE (6ª) 10 diciembre 2015, Asunto C–594/14, *S. Kornhaas c. T. Dithmar*.

con el RU no se verán alteradas a este respecto⁵³. Como tampoco las cuestiones extraconcursoales suscitadas en el marco de un procedimiento de insolvencia (por ejemplo, la titularidad de los bienes o la validez de los títulos de crédito⁵⁴). Sabida es la habitualidad con la que se elige el Derecho inglés para los contratos⁵⁵, que seguirá rigiendo las cuestiones extraconcursoales de conformidad con el Reglamento “Roma I”⁵⁶, cuyas normas son aplicables aunque remitan a la ley de un tercer Estado.

En cambio, sí se verán afectadas las normas de conflicto que exceptúan la ley del foro para determinadas cuestiones concursales, en particular, para los efectos del procedimiento de insolvencia en determinadas instituciones⁵⁷. Y ello es así porque las normas de conflicto del Reglamento europeo de insolvencia solo son aplicables *inter partes*, esto es, cuando remiten a la ley de un Estado miembro. Así pues, dejarán de ser aplicables por parte de los tribunales de Estados miembros cuando remitan al Derecho británico⁵⁸. Es cierto que no todas las normas de conflicto del Reglamento europeo se circunscriben a la ley de un “Estado miembro”,

⁵³ Su aplicación incluye la determinación del estado de insolvencia, los deudores sometidos a concurso y el estatuto de los administradores concursales. La ley del foro también rige los bienes que forman parte de la masa y la suerte de los bienes adquiridos con posterioridad [AAP Girona (2ª) 17 octubre 2007, *JUR* 2008\33631], así como los efectos del concurso sobre los contratos en los que el deudor sea parte y sobre las ejecuciones individuales [STSJ de Madrid (6ª) 11 febrero 2008, TOL1.293.672]. En este sentido, la ley rectora del concurso también establece las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos, así como los créditos que deben cargarse al pasivo del deudor y el régimen de los nacidos con posterioridad al procedimiento. Regirá, igualmente, una cuestión crucial como es la normativa sobre reparto del producto de realización de los bienes y la graduación de los créditos. Determinará, por último, las condiciones y efectos de la conclusión del concurso, ya sea por liquidación o por convenio, la responsabilidad concursal de los administradores societarios, la imposición de costas y gastos, y los derechos de los acreedores después de terminado el procedimiento de insolvencia.

⁵⁴ AAP Barcelona 14ª 8 junio 2012, *AEDIPr* 2012/56.

⁵⁵ Vid. G. Cuniberti, “The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 34, 2014, pp. 455–517.

⁵⁶ Regl. (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DO nº L 177 4.7.2008. Al respecto, vid. S. Sánchez Lorenzo, *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 146 ss.

⁵⁷ Vid., entre otros, L. Daniele, “Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alla procedure di insolvenza”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. XXXVIII, 2002, pp. 33–50; J.B. Fuentes Mañas, “Las excepciones a la *lex fori concursus principalis*: ley aplicable a los derechos reales y las reservas de dominio en los procedimientos internacionales de insolvencia”, *AEDIPr*, t. III, 2003, pp. 209–221; A. Leandro, “La ley aplicable a la insolvencia en el Regl. (CE) nº 1346/2000”, *CDT*, nº 1, 2009, pp. 102–111.

⁵⁸ Vid. I. Heredia Cervantes y A. Thery Martí, *loc. cit.* El Reglamento europeo de insolvencia se diferencia así de los Reglamentos “Roma I” y “Roma II”: respecto de estos últimos, los tribunales de los Estados miembros seguirán aplicando sus normas de conflicto aunque remitan al Derecho británico, dado su carácter universal. Vid. el documento de la Comisión “Position paper on Judicial Cooperation in Civil and Commercial matters”, *cit.*

pero ello se debe a un lapsus más que a la intención de hacer universal y *erga omnes* dicha norma de conflicto.

B) El paralelismo de las normas de conflicto españolas

10. Cuando las normas de conflicto del Reglamento europeo de insolvencia remitan a la ley británica, dejarán de aplicarse dando entrada a las normas de conflicto de cada Estado miembro en el que se haya declarado el concurso. Afortunadamente, centrándonos en las relaciones hispano-británicas, las normas de conflicto españolas respecto de terceros Estados son muy similares a las del Reglamento europeo. Ello puede verse en los tres tipos de normas de conflicto contenidas en el Reglamento europeo y en la LC: normas de conflicto especiales o específicas para un determinado caso; normas de conflicto alternativas o que permiten recurrir a más de una ley; y normas de conflicto cumulativas que exigen que un determinado supuesto esté contemplado por más de una ley.

Por lo que respecta a las normas de conflicto específicas, cambia la base legal pero no el contenido de la regulación. Así, la aplicación de la ley británica como ley de situación de un bien inmueble se basará ya no en el art. 11 Regl. (UE) nº 2015/848 sino en el art. 206 LC. La aplicación de la ley británica como ley el mercado financiero ya no se fundamentará en el art. 12 Regl. (UE) nº 2015/848 sino en el art. 204 LC. La aplicación de la ley británica como ley rectora de un contrato de trabajo (continuación, suspensión o resolución por la insolvencia) ya no se justificará en el art. 13 del Regl. (UE) nº 2015/848 sino en el art. 207 LC⁵⁹. La aplicación de la ley británica como ley del registro de un bien inmueble, buque o aeronave sometidos a inscripción ya no se sustentará en el art. 14 Regl. (UE) nº 2015/848 sino en el art. 202 LC. La aplicación de la ley británica como ley de situación del inmueble o ley del registro de una adquisición onerosa por un tercero con posterioridad a declararse el concurso y relativa a los bienes anteriormente descritos o a valores negociables inscribibles ya no se deberá al art. 17 Regl. (UE) nº 2015/848 sino al art. 203 LC. Por último, la aplicación de la ley británica como ley rectora de un procedimiento declarativo o arbitral en curso ya no se apoyará en el art. 18 del Regl. (UE) nº 2015/848 sino en el art. 209 LC⁶⁰. Respecto de las normas de conflicto alternativas, la oponibilidad de una

⁵⁹ STJUE 21 enero 2010, asunto C-444/07, *MG Probud*; y, en España, STSJ Cataluña 1ª 25 abril 2007, STSJ CAT 5011/2007.

⁶⁰ Esta excepción tiene especial importancia en el ámbito del arbitraje por la importancia de Londres como sede arbitral, como ya se había puesto de manifiesto por la Sentencia de la *Commercial Court* de 2 octubre 2008, en el Asunto *Syska v. Vivendi*, <<http://www.nadr.co.uk/articles/published/Arbitration/Syska%20v%20Vivendi%202008.pdf>>. Vid. I. Heredia Cervantes y A. Thery Martí, *loc. cit.*; I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso internacional*, Madrid, Thomson/Civitas, 2009; “Concurso y arbitraje internacional”, *CDT*, nº 2, 2010, pp. 92–103; M. Penadés Fons, “El arbitraje internacional en el Reglamento europeo de insolvencia: crítica a la propuesta de reforma”, *ADCo*, nº 32, 2014, pp. 265–283. Sin

compensación se rige por la ley española rectora del concurso⁶¹, pero no afectará al derecho del acreedor a reclamar la compensación si así lo establece la ley rectora del crédito del deudor insolvente. Si esta ley es la británica, su aplicación se justifica en el art. 205 LC y no en el art. 9 Regl. (UE) n° 2015/848⁶². Con relación a las normas de conflicto cumulativas, la ley española rectora del concurso rige las acciones de impugnación de actos perjudiciales⁶³, pero el beneficiario puede probar que dicho acto no es impugnabile de conformidad con su propia ley rectora⁶⁴. Si dicha ley es la británica, su toma en consideración ya no se basará en el art. 16 del Regl. (UE) n° 2015/848 sino en el 208 LC.

2. Exclusión del RU de las normas materiales europeas

A) Impacto máximo

11. El legislador europeo también prevé una serie de normas materiales, aplicables independientemente de lo que disponga la ley nacional a la que podría remitir la norma de conflicto. Estas normas abordan principalmente tres aspectos: derechos reales y reservas de dominio, cobros posteriores al concurso y mandatos sobre la administración del concurso. La exclusión del RU de las normas materiales europeas implica remitir a las normas de Derecho internacional privado, ya sean normas de conflicto o normas materiales, de los Estados miembros. Así que ya no procede un análisis de las relaciones euro–británicas sino de las relaciones hispano–británicas. Desde la perspectiva de la LC, la exclusión del RU de las normas europeas tiene distinto impacto, máximo, medio y mínimo en función de si la legislación española es similar o no a la normativa europea.

El impacto es máximo respecto de las normas materiales sobre derechos reales y reservas de propiedad⁶⁵. En particular, respecto de bienes en el RU ya no se

embargo, esta excepción no alcanza a los efectos del concurso sobre los juicios ejecutivos, sometidos a la ley del foro concursal, véanse SSTSJ de País Vasco (1ª) de 27 abril 2010, STSJ PV 1514/2010; y de 21 septiembre 2010, STSJ PV 3284/2010; y AAP de Barcelona (14ª) 8.6.2012, *AEDIPr* 2012/56.

⁶¹ Art. 7.2.d) Regl. (UE) n° 2015/848; y, en la práctica, SJMER Madrid (7) 9 febrero 2007, SJM M 6/2007.

⁶² SJMER Málaga (1) 11 octubre 2007, SJM MA 758/2007; y SAP de Barcelona (15ª) de 23 enero 2013, SAP B 9347/2013.

⁶³ Art. 7.2º.m) Regl. (UE) n° 2015/848; SAP Lugo (1ª) 9 septiembre 2005, AAP LU 461/2005; AJMER de Madrid (5) 18 octubre 2012, *AEDIPr* 2012/59; SAP Valencia (8ª) 2 febrero 2015, SAP V 489/2015.

⁶⁴ STJUE 1ª 16 abril 2015, Asunto C–557/13, *Lutz c. Bäuerle*; STJUE (6ª) 15 octubre 2015, Asunto C–310/14, *Nike c. Sportland*; y, en España, AAP de Madrid (28) de 3 marzo 2014, *AEDIPr* 2014–2015/68. En la doctrina, vid. L. Carballo Piñeiro, *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Universidad de Santiago de Compostela (*De conflicto legum: Estudios de Derecho internacional privado*), 2005, *passim*.

⁶⁵ Vid. I. Heredia Cervantes y A. Thery Martí, *loc. cit.* Véase, no obstante, otra interpretación referida a la ley de situación del bien en la STJUE (1ª) 5 julio 2012, Asunto C–527/10, *ERSTE Bank Hungary Nyrt. c. Allam y otros*.

aplicará la inmunidad⁶⁶ del derecho real de un acreedor o tercero⁶⁷. Del mismo modo, y respecto de los bienes situados en el RU, ya no se aplicará la inmunidad de los derechos del vendedor basados en una reserva de propiedad⁶⁸, ni la regla de que el concurso del vendedor no supondrá la resolución o rescisión de la venta⁶⁹. En lugar de esta norma material europea, habrá que recurrir a las normas de Derecho internacional privado del foro. En el caso de España, se aplicará la ley británica como ley de la situación de los bienes sobre los que existen derechos y garantías reales, en virtud del art. 201 LC⁷⁰.

B) Impacto mínimo

12. Por contraste con lo expuesto, el impacto de la exclusión del RU es mínimo en relación con las normas materiales sobre cobros posteriores al concurso: estas abordan los pagos de un deudor al concursado y los pagos del concursado a un acreedor. Así, por un lado, se seguirá estableciendo el efecto liberador del pago hecho erróneamente por un tercero a favor del concursado en el RU, y no de la administración concursal, si ignoraba la situación de este concursado. La ignorancia del pagador se presumirá cuando el concurso no haya sido objeto de publicidad en el RU⁷¹. Solo cambiará la base legal de este efecto liberatorio: ya no será el art. 31 Regl. (UE) n° 2015/848 sino el art. 216 LC. Por otro lado, se seguirá garantizando la restitución al administrador concursal de lo cobrado por un acreedor, con cargo a bienes localizados en el RU, ya sea por un pago o por ejecución judicial. De nuevo la base legal dejará de ser el art. 23.1° Regl. (UE) n° 2015/848 y pasará a ser el art. 218.1° LC. No obstante, es cierto que la LC especifica que, si el concurso declarado en España no fuera reconocido en el extranjero (en nuestro caso en el RU) o dificultades de localización y realización de bienes lo aconsejaran, el juez del concurso puede autorizar a los acreedores a instar en el extranjero la ejecución individual⁷². Entonces, el acreedor que obtuviera por esta autorización un pago parcial de su crédito en el RU, no obtendría del concurso declarado

⁶⁶ Esta inmunidad desaparece si en el Estado donde se hallen los bienes se abre un concurso territorial (STJUE 21 enero 2010, *MG Probud*, cit.). Igualmente, la inmunidad no impide el ejercicio de una acción revocatoria por fraude de acreedores [AJMER La Coruña (1) 4 julio 2011, SJM C 127/2011]

⁶⁷ Art. 8 Regl. (UE) n° 2015/848; SAP Madrid 28ª 27 enero 2014, AC 2014/89; y SJMER Barcelona (1) 4 mayo 2015, SJM B 143/2015.

⁶⁸ Art. 10.1° Regl. (UE) n° 2015/848; SAP de Burgos (3) 8 febrero 2011, AAP B 932/2011.

⁶⁹ Art. 10.2° Regl. (UE) n° 2015/848; art. 201.2° LC; y STS (1ª, Sec. 1ª) 7 diciembre 2005, STS 7414/2005.

⁷⁰ Vid. I. Heredia Cervantes y A. Thery Martí, *loc. cit.* En la jurisprudencia reara en este dato la STJUE (1ª) 5 julio 2012, *ERSTE Bank Hungary Nyrt. c. Állam y otros*, cit.

⁷¹ No obstante, el Tribunal de Justicia ha entendido que esta liberación no es aplicable a los pagos hechos a un tercero beneficiario por orden del concursado [STJUE 3ª 19 septiembre 2013, Asunto C-251/12, *Van Buggenhout y Van Mierop c. Banque Internationale à Luxembourg*].

⁷² Art. 218.2° LC.

en España ningún pago adicional hasta que los acreedores de su clase y rango hubieran obtenido un porcentaje equivalente de pago⁷³.

C) Impacto medio

13. Entremedias de un impacto máximo y mínimo en la exclusión del RU de las normas materiales europeas, podría hablarse un impacto medio. En efecto, junto con las normas materiales sobre cuestiones sustantivas, también existen normas materiales sobre la administración del concurso siendo principalmente dos, las reglas de información a acreedores y las reglas de presentación de créditos. Respecto de estas, el RU dejará de beneficiarse de los formularios normalizados UE, pero las normas de la LC siguen una lógica similar.

Así, en relación con las reglas de información a los acreedores, persistirá la obligación de enviar una nota individualizada informando de la apertura del concurso a acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede en el RU pero ya no a través de un formulario normalizado UE⁷⁴ sino de la nota prevista por el art. 214 LC⁷⁵. Esta nota ya no se enviará en idioma oficial español u otra lengua aceptada por España que pueda presumirse más adecuada para los acreedores extranjeros, con un encabezamiento en todas las lenguas oficiales de la UE⁷⁶, sino en idioma oficial español con un encabezamiento en inglés y francés⁷⁷, que, en relación con el RU, parece más que suficiente. La segunda norma material sobre administración concursal está relacionada con el derecho a presentar por escrito los créditos de cualquier acreedor. Ya no procederá el formulario normalizado UE⁷⁸, sino la regulación de la LC que permite la presentación en idioma extranjero y posterior traducción⁷⁹. El derecho de presentación de créditos incluye a los organismos tributarios y de seguridad social británicos, si bien la LC especifica que ha de haber reciprocidad con el país extranjero y que, en tal caso, estos créditos son admitidos como ordinarios⁸⁰.

⁷³ Art. 229 LC.

⁷⁴ Art. 54 Regl. (UE) n° 2015/848.

⁷⁵ AJMER Barcelona (3) 4 diciembre 2008, AC 2008\2089; SAP Pontevedra 1ª 27 septiembre 2013, AEDIPr 2013/57; y los dos AAJMER Madrid (1) 25 marzo 2015, JUR 2015\119148 y 2015\107079, en el asunto *Banco de Madrid*.

⁷⁶ Art. 54 Regl. (UE) n° 2015/848.

⁷⁷ Art. 219 LC.

⁷⁸ Arts. 53 y 55 Regl. (UE) n° 2015/848, creando un formulario normalizado con un encabezamiento en todas las lenguas de la UE, que puede utilizarse para la presentación de los créditos sin perjuicio de traducción a idioma oficial español u otro igualmente aceptado.

⁷⁹ *Vid.*, asimismo, arts. 33.1º g), 9º, 217 y 219.2º LC, permitiendo también la presentación en idioma extranjero y posterior traducción.

⁸⁰ Art. 217.2º II LC.

IV. El fin del reconocimiento mutuo de decisiones concursales con el RU

1. La importancia estratégica del reconocimiento de los procedimientos británicos

A) Importancia material

14. Una de las consecuencias más importantes del Brexit será la inaplicación de las normas europeas de reconocimiento y ejecución de decisiones. Las decisiones británicas pasarán a reconocerse por los convenios bilaterales o, en el caso de España, por las normas estatales de reconocimiento⁸¹. Repárese en que la incorporación por parte del RU de la Ley Modelo UNCITRAL a través de las *Cross-Borders Insolvency Regulations 2006*, apuntada como una posible vía para mitigar las consecuencias del Brexit⁸², resulta aquí poco operativa, pues la normativa de referencia es la de los Estados miembros donde se quieran reconocer los procedimientos británicos.

En el caso de España se aplicará el régimen de reconocimiento previsto por la LC, previsto cuando la decisión a reconocer pueda considerarse de apertura de un procedimiento colectivo fundado en la insolvencia del deudor, en el que existe un control o una supervisión por una autoridad a los efectos de su reorganización o liquidación⁸³, así como sus decisiones vinculadas⁸⁴. Así la LC se aplicará al reconocimiento de procedimientos británicos hasta ahora sometidos al Reglamento europeo de insolvencia, como podrían ser el procedimiento de *winding up*, ya sea acordado por los acreedores y confirmado por un juez, ya decretado o controlado por este, los procedimientos de *administration*, *bankruptcy* o *sequestration*, así como los *voluntary agreements* adoptados conforme a la legislación concursal⁸⁵. También se aplicará al reconocimiento del administrador concursal británico en cualquiera de sus versiones: *liquidator* (definitivo o provisional), *supervisor*, *administrator*, *official receiver*, *trustee*, *provisional liquidator* o *judicial factor*.

⁸¹ Cf. R. Arenas García, *loc. cit.*

⁸² Cf. el documento del Gobierno del RU, "Providing a cross-border civil judicial cooperation framework. A future partnership paper", *cit.*

⁸³ Art. 20.1.1º LC.

⁸⁴ Existe aquí coincidencia con el Reglamento europeo de insolvencia, que se aplica a la declaración de apertura y a las posteriores decisiones de desarrollo y terminación del concurso, así como a todas aquellas resoluciones que nazcan de la legislación concursal y se vinculen al procedimiento de insolvencia [incluida la anulación de actos *ultra vires* de la administración concursal: STJUE 1ª 2 julio 2009, asunto C-111/08, *SCT Industri AB i likvidation c. Alpenblume AB*; excluidas las decisiones no concursales que se intentan hacer valer en un concurso: SAP Pontevedra 1ª 27 septiembre 2013, *AEDIPr* 2013/57].

⁸⁵ *Vid.* I. Heredia Cervantes y A. Thery Martí, *loc. cit.*, preguntándose sobre si el Brexit implicará la pérdida del papel hegemónico del Reino Unido en el ámbito de la insolvencia internacional.

15. No obstante, este escenario genera alguna duda. Principalmente qué ocurrirá con determinados procedimientos británicos de carácter preconcursal y extraconcursal, que cumplen una función estratégica en la reorganización y refinanciación de las empresas de actividad internacional⁸⁶ y que, por ello, resultan muy atractivos no solo para empresas británicas⁸⁷. De entre esos procedimientos extraconcursales británicos debe hacerse especial mención a los *schemes of arrangements*, que ya han tenido algún impacto en las empresas españolas, como *Metrovacesa*⁸⁸ o *La Seda de Barcelona*⁸⁹. En términos generales, ya en un escenario de pre-Brexit, han sido excluidos del Derecho concursal europeo para tratar de incluirlos en el ámbito del Derecho societario europeo del RB I bis⁹⁰. Si ya ello planteaba importantes dudas antes del Brexit⁹¹, estas se agravarán en un escenario de post-Brexit. Cabe plantearse la aplicación al RU del Convenio de Lugano, incluyendo en su ámbito material dichos *schemes* como cuestiones de Derecho societario. Incluso se ha apuntado el resurgimiento del viejo Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, aplicable en algunos territorios de ultramar⁹². En defecto de estas respuestas comunes, que ciertamente pueden resultar forzadas, el Derecho español debe ser objeto de una reconsideración en un escenario de post-Brexit, siendo de desear que la refundición de la LC arroje más luz en esta materia y contenga normas para procedimientos extraconcursales. Así se clarificarán sus relaciones con la LCJI y con la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

⁸⁶ Vid. la denominada *London Approach*, basada en pautas no obligatorias dictadas por el Banco de Inglaterra a los bancos comerciales en relación con las dificultades financieras de sus deudores, vid. el Dictamen del Departamento Jurídico del FMI: “Procedimientos de insolvencia ordenados y efectivos. Cuestiones Claves” Washington, 1999, pp. 15–16; N. Rose, “Saving A Company: Common Law Approaches”, en D. Campbell y A. E. Collins (eds.), *Corporate Insolvency and Rescue: The International Dimension*, Deventer/Boston, Kluwer Law, 1993, pp. 17–32, p. 32; y sobre la internacionalización de esta *London Approach*, P. Kent, “Corporate Workouts – A UK Perspective”, *Int. Insolv. Rev.*, vol. 6, 1997, pp. 165–182, pp. 179–182; T. Bond, “A Global Approach for Multi-Creditor Out-of-Court Restructurings – A New Initiative and the Wider Issues”, *Conn. J. Int’l. L.*, vol. 17, 2001, pp. 41–47, p. 41; N. Cooper, “The INSOL International Statement of Principles for a Global Approach to Multicreditor Workouts”, *Ann. Surv. Bankr. L.*, 2002, pp. 295–315.

⁸⁷ Vid. J. C. Fernández Rozas, “Brexit 1: Activación del mecanismo de retirada voluntaria del Reino Unido de la Unión Europea y preparación de las negociaciones”, *La Ley UE*, nº 48, 2017, pp. 1–53, esp. pp. 21–22.

⁸⁸ Vid. la Información Relevante enviada por el Consejo de Administración a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 18 abril 2011.

⁸⁹ Vid. el Informe de la administración concursal, de 12 diciembre 2013 <<https://www.r4.com/analisis-actualidad/la-seda-de-barcelona-informe-de-la-administracion-concursal?id=350262>>.

⁹⁰ Vid. P. de Miguel Asensio, “La evolución del régimen europeo sobre procedimientos de insolvencia”, *La Ley. Unión Europea*, nº 28, 2015, pp. 1–8.

⁹¹ Vid. I. Heredia Cervantes y A. Thery Martí, *loc. cit.* El propio considerando 7 Regl. (UE) nº 2015/848 se muestra dubitativo: por un lado, señala que deben evitarse resquicios entre el ámbito material del Reglamento europeo de insolvencia y el Reglamento “Bruselas I.bis” “en la mayor medida posible” (*sic*); por otro lado, indica claramente que el mero hecho de que un procedimiento no esté incluido en el ámbito material del Reglamento europeo de insolvencia “no ha de significar que esté sujeto” al RB I.bis.

⁹² Cf. I. Heredia Cervantes y A. Thery Martí, *loc. cit.*

B) Relevancia espacial

16. El procedimiento británico se reconocerá como principal, afectando a los bienes que estén en España, o como territorial, limitándose a los bienes localizados en el RU⁹³. En relación con el reconocimiento como concurso principal, repárese en que mientras no se solicite la apertura del concurso territorial en España, los administradores del concurso principal en el RU podrán ejercer sus derechos en España, tomar posesión de los bienes y desplazarlos al Estado de apertura⁹⁴. Respecto del reconocimiento como concurso territorial, recuérdese que un convenio territorial británico puede extenderse a bienes más allá de su ámbito si existe conformidad de todos los acreedores afectados⁹⁵. Como se exige reciprocidad, a la inversa, sería oportuno que el RU mantuviera la regla anterior al Brexit sobre una conformidad de todos los acreedores interesados en extender los efectos del convenio territorial en España sobre bienes localizados en el RU. Para comprobar la adscripción o no de los bienes del deudor al concurso territorial, es básico determinar dónde se encuentran localizados estos. Los tribunales españoles, en relación con concursos territoriales en España de empresas británicas, ya no tienen obligación de aplicar las muy acertadas normas europeas, sin perjuicio de que pueden colmar las lagunas de Derecho español, más allá de su ámbito de aplicación⁹⁶.

2. Deconstrucción del reconocimiento mutuo

A) Pérdida de privilegios europeos

17. En contraste con el Reglamento europeo de insolvencia, la LC exigirá reciprocidad al RU, de modo que no se reconocerán decisiones británicas que al tiempo no

⁹³ Masa activa *territorial ex* Art. 3.2º del Regl. (UE) nº 2015/848 antes del Brexit, y Art. 220.2.2º LC después del Brexit. Sea como fuere, cualquier acreedor del deudor puede comunicar su crédito: arts. 45 y 53 Regl. (UE) nº 2015/848, antes del Brexit; art. 217.2º LC después del Brexit.

⁹⁴ STJUE (1ª) 21 enero 2010, *MG Probud*, *cit.*

⁹⁵ Arts. 20.2º y 47.2º Regl. (UE) nº 2015/848.

⁹⁶ Art. 2.9º Regl. (UE) nº 2015/848 y, al respecto, STJUE 1ª 11 junio 2015, *Nortel Networks SA*, *cit.* Así: a) los bienes materiales se localizan en el Estado en el que están físicamente situados; b) los bienes y derechos inscribibles, en el Estado bajo cuya autoridad se lleve el registro, teniendo en cuenta que una marca de la Unión Europea, una patente europea con efecto unitario o un bien análogo no pueden adscribirse a un concurso territorial por ser transnacionales [art. 15 Regl. (UE) nº 2015/848, sin perjuicio de que la patente europea sin efecto unitario se localice en el Estado para el que se ha concedido]; c) los derechos de autor se ubican en el Estado miembro en el que su titular tenga su residencia habitual o domicilio social; d) los créditos del concursado, en el Estado donde se halla el centro de los intereses principales del deudor [STJUE (1ª) 21 enero 2010, *MG Probud*, *cit.*]; e) las acciones nominativas, en el Estado donde tenga su domicilio social la empresa emisora; f) los instrumentos financieros anotados en cuenta o en un registro mantenido por un intermediario, donde se lleve dicho registro o cuenta; y g) el efectivo en cuenta de una entidad de crédito, en el Estado miembro indicado en el IBAN (International Bank Account Number) de la cuenta.

reconozca resoluciones españolas⁹⁷. No obstante, es de prever que el bagaje previo de cooperación con el RU haga mínima la falta de reciprocidad. Del mismo modo, el procedimiento para el reconocimiento de la declaración de concurso será el exequátur previsto en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (disp. adic. I de dicha Ley y art. 220 LC)⁹⁸ y no el reconocimiento automático sin proceso previo de homologación del Reglamento europeo de insolvencia⁹⁹. Por otra parte, la LC contiene un listado mucho más detallado de condiciones que deberán cumplir las decisiones británicas¹⁰⁰ en comparación con su régimen europeo actual¹⁰¹.

⁹⁷ Cf. art. 199 LC.

⁹⁸ La cadena de decisiones posteriores a esa apertura ya puede reconocerse sin procedimiento alguno (arts. 221 y 222), salvo que se pretenda su ejecución (art. 224).

⁹⁹ La decisión de apertura se puede llevar directamente al reconocimiento por la autoridad ante la que se quiere hacer valer sin formalidad alguna ni procedimiento intermedio de homologación [art. 19 y STJUE (1ª) 21 enero 2010, *MG Probud*, cit.; en España, AJMER de Málaga (1) 2 septiembre 2005, *AEDIPr* 2006/88; AAP de Madrid (28ª) 30 septiembre 2011, *AEDIPr* 2011/44; y SAP Madrid (25ª) 17 octubre 2008, *JUR* 2009\26231]. Que el reconocimiento sea automático o incidental no quiere decir que sea incondicional; de hecho, puede ocurrir que se rechace dicho reconocimiento automático. En este caso, el silencio del Regl. (UE) n° 2015/848 debe entenderse conforme con la posibilidad de un posterior reconocimiento a título principal a través del procedimiento de denegación de ejecución [Reglamento “Bruselas I.bis”; vid. otra opinión en AAP de Madrid (28ª) 21 febrero 2008, *AEDIPr* 2008/96]. Por el contrario, si se pretende la ejecución (y no otros efectos) de decisiones en materia concursal, el Regl. (UE) n° 2015/848 remite a la ejecución directa contemplada en el Reglamento “Bruselas I.bis” [vid. art. 32, y, como antecedentes jurisprudenciales, STJUE (1ª) 21 enero 2010, *MG Probud*, cit.; y, en España, AAP Alicante 5ª 18 noviembre 2010, *AEDIPr* 2010/63; SAP Barcelona 15ª 22 mayo 2013, *JUR* 2013\341646; y ATS (1ª, Sec. 1ª) 28 diciembre 2001, ATS 14720/2004, este último sobre el régimen de recursos al respecto].

¹⁰⁰ Vid. I. Heredia Cervantes y A. Thery Martí, *loc. cit.*, sobre el endurecimiento de las condiciones de reconocimiento. Las causas de no reconocimiento serían las siguientes. Primera, el carácter provisional de la decisión: la decisión de apertura debe ser definitiva para que pueda ser reconocida. Segunda, la eventual incompetencia del juez de origen: debe valorarse si los tribunales del Estado de apertura del concurso eran internacionalmente competentes. El juez extranjero se considerará competente siempre que hubiera aplicado una regla como la contenida en la LC para los tribunales españoles: centro de intereses principales o establecimiento del deudor. Pero pueden tenerse en cuenta otros criterios razonables de naturaleza equivalente. Tercera, la indefensión del concursado: no se reconoce la decisión si ha sido dictada en rebeldía y la cédula de emplazamiento no se ha entregado en la debida forma y con tiempo suficiente. Cuarta, la vulneración del orden público: en esta condición encajarán vulneraciones de garantías procesales, distintas a la notificación y emplazamiento del concursado, y de principios sustantivos del ordenamiento español. *Prima facie* las condiciones de reconocimiento del art. 220 LC podrían entenderse exhaustivas, pero, sin embargo, deben añadirse otras dos condiciones: la necesidad de que la decisión de apertura conste en documento auténtico; y la constante jurisprudencial relativa a controlar que la decisión a reconocer no sea incompatible con otra decisión dictada, o ya reconocida, en España.

¹⁰¹ El reconocimiento de la declaración del concurso se puede rechazar si vulnera manifiestamente el orden público del Estado requerido, en especial, principios, derechos y libertades garantizadas en las normas constitucionales (art. 33). Entre las garantías procesales que son de orden público, está el acceso a los documentos procesales y el derecho a ser oído [STJCE (Gran Sala) 2 mayo 2006, *Eurofood IFSC*, cit.]. No es posible introducir más controles que los legalmente previstos y, en particular, no cabe efectuar ni una revisión de fondo [SAP Pontevedra (6ª) 17 octubre 2013, SAP PO 2440/2013], ni un control de la competencia del juez de origen [STJUE (1ª) 21 enero 2010, *MG Probud*, cit.; y, España, SAP Madrid

18. En relación con los efectos del reconocimiento, la LC presenta similitudes y diferencias con el Derecho europeo actualmente aplicable al RU. Entre las similitudes, extiende los efectos previstos por la ley del Estado de apertura salvo en lo que compete a sus propias normas de conflicto¹⁰². Además, se atribuyen las mismas facultades de los administradores extranjeros (tras el Brexit, también los británicos) que el Reglamento europeo: las facultades previstas por la ley rectora del concurso respetando los concursos secundarios, las medidas cautelares, el orden público y la ley española, especialmente a efectos de modalidades de realización y sin facultades de apremio (art. 221.4º LC)¹⁰³. También se impone la obligación de publicar el concurso británico en España, cuando exista aquí un establecimiento, y de solicitar las inscripciones que procedan de los registros públicos (art. 221.3º)¹⁰⁴.

No obstante, a diferencia del Reglamento europeo, la LC exigirá legalización o apostilla del nombramiento del administrador británico (art. 221.2)¹⁰⁵. Además, el ejercicio de facultades por un administrador británico estará sometido a reciprocidad (art. 199). Del mismo modo, el RU ya no se beneficiará de la interconexión

(28ª) 7 julio 2009, SAP M 10833/2009]. No obstante, si la regla general es que no cabe añadir más condiciones de las previstas en el Regl. (UE) nº 2015/848, la excepción se encuentra en la posibilidad de denegar el reconocimiento por la existencia de procedimientos de insolvencia incompatibles en distintos Estados, a pesar de que el Reglamento guarde silencio [STJCE (Gran Sala) 2 mayo 2006, *Eurofood IFSC*, cit.].

¹⁰² Vid. arts. 201 a 209 LC por remisión del art. 223.1º. En el Reglamento europeo de insolvencia, los efectos *ex lege* de la declaración concursal son los previstos por la ley del Estado de apertura del concurso y por las leyes nacionales a las que remitan las normas de conflicto del Reglamento [STJUE (1ª) de 21 enero 2010, *MG Probud*, cit.; AAP de Barcelona (14ª) de 18 febrero 2011, AAP B 932/2011].

¹⁰³ Vid. E. Torralba Mendiola, “La actuación en España del administrador del concurso extranjero”, *ADCo*, vol. 6, 2005, pp. 171–203. En el Reglamento europeo de insolvencia, el administrador del concurso principal puede ejercer en cualquier otro Estado los poderes conferidos por la ley del Estado de apertura de tal concurso, incluida la facultad de trasladar los bienes [art. 21.1º Regl. (UE) nº 2015/848; SAP de Barcelona 15ª 6 marzo 2013, SAP B 2708/2013]. Como límites a esta facultad destacan que: primero, se respete el orden público del Estado donde se quiere actuar; segundo, que no exista un concurso secundario o una medida cautelar en el Estado donde se encuentran los bienes; tercero, que se respeten los derechos reales y reservas de dominio de bienes situados en un Estado distinto al del concurso [arts. 8 y 10 Regl. (UE) nº 2015/848]; cuarto, que se respete la ley del Estado en cuyo territorio pretende actuar, especialmente a efectos de modalidades de realización; y, quinto, que la administración concursal no ejerza medios de apremio, salvo que esté autorizado por un juez de ese Estado, ni facultades de pronunciarse sobre controversias.

¹⁰⁴ En el Reglamento europeo de insolvencia, de forma obligatoria, el administrador debe solicitar la publicación de la declaración concursal y de su nombramiento en cualquier Estado miembro en el que exista un establecimiento del concursado, así como la inscripción en los Registros Mercantiles en esos mismos Estados miembros y en los Registros de la Propiedad Inmobiliaria de los Estados miembros donde el deudor tenga inmuebles [AJMER de Pontevedra (1) de 25 abril 2013, AJM PO 10/2013]. De forma discrecional, también se puede publicar –pero no existe obligación– la decisión en cualquier otro Estado miembro, así como inscribirla si se permite tal inscripción (arts. 28 a 30, siendo los gastos generados costas del procedimiento; y STS (1ª, Sec. 1ª) de 13 diciembre 2006, STS 7577/2006).

¹⁰⁵ A estos efectos, el nombramiento del administrador se acreditará por copia certificada u otro certificado emitido por el juez del concurso, pudiendo exigirse traducción a la lengua del Estado de actuación [art. 22 Regl. (UE) nº 2015/848].

europea de los registros de insolvencia que están a disposición pública a través de internet y sin coste alguno, y que estarán conectados a nivel europeo desde el portal europeo de e-justicia¹⁰⁶.

B) Incertidumbres del Derecho estatal

19. El Brexit implica aquí una importante pérdida de beneficios de la construcción europea, además de asumir el riesgo de obsolescencia de la LC. En efecto, aunque es de esperar que exista un reconocimiento recíproco, no debe dejar de señalarse que la concepción de la reciprocidad de la LC es mucho más estricta que la de la Ley de cooperación jurídica internacional, que juega con carácter supletorio. Además, la exigencia de un executur inicial de la declaración de concurso en la LC choca con la admisión más amplia del reconocimiento automático en la Ley de cooperación jurídica internacional. Será importante, pues, ver por dónde transcurre la eventual refundición de la LC. No obstante, sí se puede aventurar que el bagaje de cooperación entre España y el RU hará mínimas las alusiones a la falta de reciprocidad.

V. El freno a la cooperación concursal con autoridades británicas

1. En el marco de los procedimientos territoriales UE-RU

A) Cooperación equivalente en un escenario post-Brexit

20. Junto con los procedimientos principales, abiertos en el Estado del centro de intereses del deudor, cabe abrir concursos territoriales allí donde el deudor tenga establecimientos, afectando solo a los bienes localizados en ese Estado¹⁰⁷. Estos concursos pueden abrirse con anterioridad a declararse un concurso principal, denominados concursos independientes¹⁰⁸, o con posterioridad, denominados

¹⁰⁶ Nuevos arts. 24 a 27 del Regl. (UE) n° 2015/848.

¹⁰⁷ Vid. P. Diago Diago, “Los procedimientos territoriales en la nueva LC”, en A. L. Calvo Caravaca y S. Areal Ludeña (dirs.), *op. cit.*, pp. 477–496.

¹⁰⁸ Estos procedimientos pueden estar orientados tanto al saneamiento como a la liquidación del establecimiento radicado en el foro y, para su apertura, se requiere valorar el estado de insolvencia del deudor. Según el Tribunal de Justicia, “la insolvencia debe ser objeto de una apreciación global, en relación con la situación patrimonial del deudor tal como se presenta en su totalidad en el conjunto de los Estados miembros” [STJUE (1ª) de 22 noviembre 2012, *Bank Handlowy c. Christianapol*, cit., ap. 71, la cursiva es mía]. No obstante, no es oportuno hacer una valoración puramente europea de la situación de insolvencia, sino que habrá que estar a la situación patrimonial del deudor en su conjunto, dentro o fuera de la Unión Europea y, por tanto, incluido el RU en cualquier caso. Además, también convendría valorar si el establecimiento sometido al concurso territorial se halla en situación de insolvencia o de imposibilidad de cumplir los compromisos nacidos en la gestión de dicho establecimiento.

concursos secundarios¹⁰⁹. Mientras que los concursos independientes pueden considerarse una anomalía, porque el deudor no está concursado en el Estado de su centro de intereses, los concursos secundarios cumplen una función de auxilio al concurso principal digna de mención¹¹⁰.

Al respecto, el Brexit no va a ser determinante en aquellos aspectos en los que algunas legislaciones estatales, como la española, han seguido al Reglamento europeo. Así, existen reglas similares en el Reglamento europeo y en la LC sobre imputación de cobros¹¹¹ o transmisión del excedente¹¹². También es el caso del deber de información de los administradores, especialmente sobre la presentación y verificación de créditos y término del procedimiento, y cooperación recíprocas¹¹³. Ello hace que en el post-Brexit se mantenga la posibilidad de que el admi-

¹⁰⁹ Estos concursos se abren sin examinar la insolvencia del deudor, pues ya ha sido constatada en un concurso principal [art. 34 Regl. (UE) n° 2015/848 antes del Brexit; art. 211 LC después de este]. El procedimiento secundario puede ser instado por el administrador del concurso principal o por cualquier persona legitimada por la ley del Estado en cuyo territorio se solicita la apertura. Sea como fuere, el tribunal puede exigir un anticipo de gastos o fianza al solicitante si la ley del foro precisa que el activo sea suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y cosas [art. 40; AAP Barcelona 15ª 19 julio 2011, *JUR* 2011\362238; SAP Alicante 8ª 5 noviembre 2009, *TOL* 1.842.553; AAP Pontevedra 1ª 10 octubre 2011, *AC* 2013\230; AAP Asturias 1ª 12 marzo 2010, *AC* 2010\366; SAP de Zaragoza 5ª 25 noviembre 2010, *SAP Z* 2691/2010; AAP A Coruña 4ª 25 febrero 2011, *AAP C* 196/2011; SAP Madrid 20ª 30 septiembre 2013, *SAP M* 14711/2013]. Además, no debería darse ningún privilegio al crédito del acreedor solicitante por el mero hecho de instar el concurso secundario, ya que existe un concurso principal previo con plenos efectos [véase otra opinión en SAP Barcelona 15 11 octubre 2010, *JUR* 2011\183105].

¹¹⁰ *Vid.* M. Requejo Isidro, “La cooperación judicial en materia de insolvencia transfronteriza en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Regl. (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 217–244.

¹¹¹ Cuando el acreedor haya obtenido en un concurso en el extranjero un pago parcial de su crédito, puede participar en el concurso abierto en España, pero con respeto a la *par conditio creditorum*. Para ello, el acreedor presentará su crédito en el concurso español por el importe original y no recibirá ningún pago adicional en el concurso abierto en España hasta que los restantes acreedores de su misma clase y rango hayan obtenido una cantidad porcentualmente equivalente a la que se obtuvo en el extranjero [art. 23.2º Regl. (UE) n° 2015/848; arts. 218 y 229 LC].

¹¹² Si, tras la liquidación de activos en el concurso secundario, queda un excedente de activo, el administrador de este concurso lo remitirá al administrador del concurso principal [art. 49 Regl. (UE) n° 2015/848; art. 230 LC, en este caso, si existe reciprocidad]. Serán mínimos, no obstante, los casos en los que existe un excedente en el concurso secundario, dado que la masa activa es territorial y, sin embargo, la pasiva, universal.

¹¹³ Recuérdese que, tanto en el Reglamento europeo como en la LC, los administradores de los distintos concursos deben presentar en otros procedimientos los créditos de su propia lista de acreedores, en la medida en que ello sea útil y exonere a dichos acreedores de la carga de presentar su crédito en el extranjero. Esta situación hace que el administrador de un concurso esté habilitado para participar en otro procedimiento en las mismas condiciones que cualquier acreedor [art. 45 Regl. (UE) n° 2015/848; art. 228 LC, en este caso, sujeto a reciprocidad]. No obstante, estos pueden oponerse a la representación y retirar la presentación del crédito, si así lo contempla la ley aplicable. *Vid.* N. Cooper, “A Perspective from a UK Insolvency Practitioner”, *Int. Insolv. Rev.* (Colloquium on Cross-Border Insolvency. Vienna, 17–19 April 1994), vol. 4, 1995, pp. 30–35, p. 32.

nistrador principal presente propuestas de liquidación o de cualquier otra utilización de los activos de los concursos secundarios, así como propuestas de reestructuración, convenios o medidas similares si el procedimiento secundario puede terminar sin liquidación¹¹⁴.

B) Cooperación divergente

21. Sin embargo, el salto del Reglamento europeo de insolvencia a la LC va a ser más acusado en aquellos aspectos en los que existen divergencias. Para empezar, se agrava la anomalía de los concursos territoriales independientes, porque ya no existen las restricciones impuestas por el Reglamento europeo de insolvencia: imposibilidad de apertura de un concurso principal en el Estado del centro de los intereses principales¹¹⁵; o instancia del procedimiento únicamente por acreedores o autoridades locales¹¹⁶.

Además, en la LC la cooperación está sometida a reciprocidad, si bien, como ya se ha apuntado en otros pasajes, no cabe pensar en una negativa de las autoridades del RU a la colaboración internacional¹¹⁷. En cualquier caso, la cooperación es más reducida y no se amplía a los propios tribunales entre sí¹¹⁸ y a estos con los propios los administradores¹¹⁹. Por otra parte, el Brexit implica que se dejen de aplicar los principios europeos de coordinación entre procedimientos, basados en

¹¹⁴ Antes del Brexit: arts. 41 y 47 del Regl. (UE) n° 2015/848; después, Art. 227 de la LC, en este caso, supeditado a reciprocidad.

¹¹⁵ Art. 3, ap. 4, letra a) del Regl. (UE) n° 2015/848: dos serían los supuestos-tipo de conformidad con la jurisprudencia [STJUE (1ª) de 17 noviembre 2011, Asunto C-112/10, *Procureur Generaal v. Zaza Retail*]. Primero, cuando la legislación del Estado donde potencialmente se podría abrir el concurso principal impide tal apertura, porque el deudor no ostenta la condición de comerciante, a diferencia de lo previsto por la ley rectora del concurso territorial. Segundo, cuando la ley rectora del concurso principal no permite su apertura respecto de sujetos públicos, posibilidad que sí contempla la ley rectora del concurso territorial. *A sensu contrario*, no cabrá invocar la falta de concurrencia del presupuesto de insolvencia previsto por la ley del Estado donde se halla el centro de intereses principales.

¹¹⁶ Art. 3, ap. 4, letra b) del Regl. (UE) n° 2015/848: el procedimiento territorial también puede ser instado por los acreedores “locales”, cuyos créditos tienen su origen en, o vinculación con, un establecimiento del deudor radicado en el Estado del foro. Además, el nuevo Reglamento europeo de insolvencia habilita a las autoridades públicas legitimadas conforme a la ley del foro, alterando la jurisprudencia existente hasta la fecha [STJUE (1ª) de 17 noviembre 2011, *Procureur Generaal v. Zaza Retail*, *cit.*].

¹¹⁷ *Vid.* el documento del Gobierno del RU, “Providing a cross-border civil judicial cooperation framework. A future partnership paper”, *cit.*

¹¹⁸ Nuevo art. 42 Regl. (UE) n° 2015/848. *Vid.* I. Heredia Cervantes y A. Thery Martí, *loc. cit.*

¹¹⁹ Nuevo art. 43 Regl. (UE) n° 2015/848.

la congruencia¹²⁰, oportunidad¹²¹ y cooperación leal¹²². También se desactivan las cautelas que se habían establecido para evitar discriminaciones indirectas por razón de la nacionalidad¹²³, aunque también es cierto que no las habrá en el caso de la LC.

2. En el marco de los procedimientos principales UE–RU

A) Adiós a las cinco estrategias europeas de cooperación

22. Como ya se ha visto, cada sociedad de un grupo multinacional tiene su propio centro de intereses principales¹²⁴. Ello hace relativamente habitual la presencia de procedimientos principales de insolvencia sobre sociedades del mismo grupo abiertos en distintos Estados¹²⁵. Aunque se trate de procedimientos principales y, por ello, autónomos, la práctica ha demostrado la necesidad de coordinar dichos

¹²⁰ En primer lugar, cabe referirse a la congruencia entre el tipo de procedimiento principal y el secundario, además de protección para los acreedores locales [art. 38.4º Regl. (UE) nº 2015/848]. Del mismo modo, el administrador principal puede solicitar la suspensión de la realización de activos en el marco de un concurso secundario por un máximo de tres meses renovables, en función del interés del concurso principal y a salvo de la exigencia de garantías de cumplimiento a favor de los acreedores del concurso secundario [art. 46 Regl. (UE) nº 2015/848]. Igualmente, el administrador principal puede solicitar la conversión de un procedimiento de insolvencia territorial en otro tipo de procedimiento concursal, siempre que concurran los requisitos de la ley del foro para la apertura de este otro procedimiento, se protejan de la forma más adecuada posible los intereses de los acreedores locales y se garantice la congruencia de este concurso secundario con el procedimiento principal [art. 51 Regl. (UE) nº 2015/848].

¹²¹ En segundo lugar, y con los antecedentes jurisprudenciales [STJUE (1ª) de 4 septiembre 2014, *Burgo Group c. Illochroma y Theetten*, cit.], en la versión refundida del Regl. (UE) nº 2015/848 se unifican a nivel europeo los criterios de oportunidad de apertura de un concurso secundario. Así, se introduce la previsión de que el tribunal ante el que se solicita la apertura de un concurso secundario posponga o rechace su declaración, a petición del administrador en el concurso principal, si esta no es necesaria para la protección de los intereses de los acreedores locales (art. 38.2). Para garantizar esta protección, el administrador en el concurso principal proveerá un compromiso, y cumplirá con sus términos que son vinculantes y exigibles, de que, en dicho concurso principal, se respetarán los derechos preferenciales y de distribución de los acreedores previstos por la ley que hubiera regido el procedimiento secundario (art. 36). Este compromiso deberá ser aprobado por los acreedores locales conocidos, conforme a las mayorías previstas por la ley del concurso secundario.

¹²² En tercer lugar, la sustanciación del concurso secundario debe estar gobernado por el principio de cooperación leal (art. 4.3 del TUE), tomando en consideración los objetivos del concurso principal y el funcionamiento eficaz y efectivo de los procedimientos de insolvencia transfronterizos [STJUE (1ª) de 22 noviembre 2012, *Bank Handlowy c. Christianapol*, cit., apdos. 62 y 73].

¹²³ En supuestos europeos, no es compatible con los objetivos del Reglamento europeo de insolvencia una normativa nacional restringida a los acreedores locales [STJUE (1ª) de 4 septiembre 2014, *Burgo Group c. Illochroma y Theetten*, cit.]. Esta puede ocasionar una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, porque la mayoría de acreedores locales probablemente serán nacionales del Estado del foro.

¹²⁴ Vid. STJCE (Gran Sala) de 2 mayo 2006, *Eurofood IFSC*, cit.

¹²⁵ Sin que puedan utilizarse las normas sobre declaración conjunta o acumulación de concursos de la LC (arts. 25, 25.bis y 25.ter).

procedimientos entre sí porque las distintas sociedades se integran en una unidad económica y empresarial¹²⁶.

Proyectada esta realidad en el Brexit, el RU pierde la cooperación instaurada por el Regl. (UE) n° 2015/848¹²⁷, cuya efectividad, por cierto, no está testada todavía¹²⁸. Pierde, en particular, cinco posibles estrategias de cooperación, a saber: cooperación y comunicación entre los administradores concursales de las distintas sociedades¹²⁹; cooperación y comunicación directa entre los propios tribunales¹³⁰; cooperación mixta, entre administradores concursales y tribunales¹³¹; atribución de facultades a los administradores concursales¹³²; y creación de un coordinador independiente para el grupo multinacional¹³³.

¹²⁶ Vid. F. Esteban de la Rosa, “Repercusión de la insolvencia patrimonial de las sociedades dependientes en los grupos internacionales de sociedades”, *AEDIPr*, t. III, 2003, pp. 171–183; A. Espiniella Menéndez, *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2006, pp. 235 y ss.

¹²⁷ Vid. I. Heredia Cervantes y A. Thery Martí, *loc. cit.*

¹²⁸ El nuevo Capítulo V versa sobre la coordinación de los procedimientos abiertos a los miembros de un grupo de sociedades [tal y como se define en el nuevo art. 2.13 y 14]. En términos generales, la cooperación se prevé en la medida en que sea conveniente para facilitar la administración de los procedimientos, y en tanto que no genere ningún conflicto de intereses ni resulte incompatible con las leyes de los Estados de apertura de los concursos de las distintas sociedades del grupo. Vid. N. Nisi, “La refundición del Reglamento europeo de insolvencia y los grupos de empresas de terceros Estados”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 245–277; N. Vallar, “Los grupos de empresas insolventes en la Propuesta que modifica el Regl. (CE) n° 1346/2000”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 545–562.

¹²⁹ Art. 56 Regl. (UE) n° 2015/848: esta cooperación, que puede concretarse en acuerdos o protocolos procesales, incluye la comunicación inmediata de información relevante, siempre y cuando se respete la confidencialidad, así como la posibilidad de proponer y negociar un plan de reestructuración coordinado y global para todo el grupo multinacional. Es más, se pueden conceder facultades adicionales a los administradores concursales de otras sociedades del grupo.

¹³⁰ Art. 57 Regl. (UE) n° 2015/848: a estos efectos, los tribunales pueden incluso designar una persona u órgano que cumpla con sus instrucciones. Dicha colaboración puede incluir la comunicación de información apropiada por cualquier medio, sin coste alguno y con respeto a los derechos procesales de las partes y normas de confidencialidad.

¹³¹ Art. 58 Regl. (UE) n° 2015/848: se faculta al administrador concursal a requerir información o auxilio judicial de los tribunales que conocen de los concursos de otros miembros del grupo.

¹³² Art. 60 Regl. (UE) n° 2015/848: se incluye el derecho a ser oído en cualquiera de los procedimientos abiertos a otras sociedades del grupo. Asimismo, los administradores concursales pueden requerir la suspensión de la realización de activos de otros miembros del grupo hasta por seis meses, incluidas renovaciones. Para ello se debe haber propuesto un plan de reestructuración coordinado con posibilidades razonables de éxito y en el marco del cual se precisa la suspensión del procedimiento de realización de activos, redundando en beneficio de los acreedores de dicho procedimiento.

¹³³ El Regl. (UE) n° 2015/848 incluye un procedimiento de coordinación, abierto en cualquier Estado cuyas autoridades sean competentes para declarar un concurso sobre cualquier miembro del grupo (nuevo art. 61), sin perjuicio de que dos tercios de los administradores concursales pueden acordar con constancia escrita la competencia exclusiva de un tribunal para este procedimiento de coordinación (nuevo art. 66). En este procedimiento se nombrará un coordinador independiente, que hará recomendaciones procedimentales y sustantivas, será oído en los procedimientos y juntas de acreedores de las distintas sociedades, mediará en las controversias entre los administradores concursales de estas sociedades y cooperará con

B) El silencio de las legislaciones estatales

23. Por el contrario, la LC, aplicable después del Brexit, no tiene ninguna norma sobre coordinación de procedimientos de varias sociedades de un grupo¹³⁴. Tampoco las tiene la Ley modelo de la UNCITRAL que ha inspirado las *Cross-Borders Insolvency Regulations 2006*.

Todo podría fiarse a la firma por las distintas administraciones concursales de protocolos concursales o acuerdos de coordinación de procedimientos¹³⁵. El bagaje previo al Brexit en el ámbito de la cooperación jurídica es el mejor aval para profundizar en la firma de estos acuerdos de coordinación procedimental.

VI. Conclusiones

1ª. En materia concursal el Brexit implica un salto normativo desde el Reglamento europeo de insolvencia a los convenios internacionales y a las normas de Derecho internacional privado de los Estados. Así sucede cuando el centro de intereses principales del deudor se halle en el RU, la ley aplicable sea la británica o se solicite el reconocimiento de decisiones o la cooperación desde el RU.

2ª. La posible aplicación del Convenio de Lugano de 2007 como respuesta común a un escenario post-Brexit no resuelve los problemas en materia concursal al ser una cuestión excluida de su ámbito. Ni siquiera es pacífica su aplicación a los *schemes of agreement* basados en la legislación societaria (no concursal) británica. Por otra parte, la firma de convenios internacionales específicos se encuentra con las dificultades propias de una competencia compartida de los Estados miembros y la UE. Del mismo modo, la Ley modelo de la UNCITRAL tampoco resuelve todos los problemas de la insolvencia transfronteriza, además de precisar de su incorporación por los Estados implicados.

3ª. Entrando ya en cuestiones de competencia judicial internacional, el Brexit supone una reconsideración de la competencia de los tribunales británicos y de Estados miembros. Las presunciones a favor de los tribunales de la residencia habitual del particular, del centro de actividad del profesional o del domicilio social

estos (nuevos arts. 70 y ss.). Además, el coordinador podrá solicitar la posible suspensión, y su levantamiento, de los procedimientos de insolvencia abiertos a cualquier sociedad del grupo por un período máximo de seis meses. Pero, sobre todo, su cometido principal es presentar un plan de coordinación grupal para favorecer la solidez financiera y el rendimiento económico, el arreglo de disputas sobre operaciones intra-grupo y acciones revocatorias, y los acuerdos entre administradores concursales [nuevo art. 72.1.b)].

¹³⁴ Vid. H. Eidenmüller, "Coordinación de procedimientos en los concursos de grupos de empresas", *ADCo*, vol. 9, 2006, pp. 7–49.

¹³⁵ Vid. H. Rajak, "Cross-border Insolvency: UK Style", *Int. Bus. Law.*, vol. 24, 1996, pp. 246–248; A. Espiniella Menéndez, "Los protocolos concursales", *ADCo*, nº 10, 2007, pp. 165–199.

o *registered office* de las personas jurídicas, así como su desactivación en casos de turismo concursal, no deben impedir que los propios tribunales de Estados miembros valoren de oficio si el centro de intereses se halla en un Estado miembro o en el RU, pues está en juego la propia aplicación de las normas europeas.

4ª. La competencia de los tribunales de los Estados miembros de apertura del concurso, para toda cuestión que tenga su fundamento en la legislación concursal y guarde una inmediata relación con el procedimiento, parece exclusiva. Ello *stricto sensu* impediría el reconocimiento de una decisión británica en la materia, aunque la LC se muestra más flexible. Por otro lado, cuando el concurso se abra en el RU, sus tribunales deberán asumir un volumen mínimo de competencias sin aplicar la doctrina del *forum non conveniens*. Se evitan así conflictos negativos de competencia con los tribunales de Estados miembros, que pueden no considerarse competentes para cuestiones concursales de acuerdo con sus legislaciones estatales, incluso cuando el demandado esté domiciliado en su territorio.

5ª. Con relación a la ley aplicable a los concursos, el Brexit implica un giro en normas de conflicto rectoras. No en vano, el Reglamento europeo tiene una norma de conflicto *inter partes* sobre el efectos de la insolvencia en determinadas instituciones, que dejarán de ser aplicadas cuando remitan a la ley británica. Afortunadamente, las normas de conflicto de la LC que las sustituirán en las relaciones con el RU son bastante similares.

6ª. El RU también queda excluido del ámbito de aplicación de las normas materiales europeas en materia de insolvencia, con una especial incidencia en los derechos reales sobre bienes localizados en territorio británico y en la inutilización de formularios normalizados sobre información a los acreedores y presentación de sus créditos.

7ª. Por lo que respecta al reconocimiento de decisiones concursales, el Brexit conlleva el fin del reconocimiento mutuo y la pérdida de sus beneficios en cuanto al procedimiento (reconocimiento automático de la declaración de insolvencia), condiciones (mínimas, sin reciprocidad y sin legalización de documentos) y efectos del reconocimiento (interconexión europea de registros).

8ª. Además, el Brexit asume el riesgo de cierta “obsolescencia” de la LC. En efecto, habrá que ver el éxito de la futura refundición de la LC para adaptarla a la Ley de cooperación jurídica internacional, que tiene aplicación supletoria y que es mucho más moderna en la interpretación de la reciprocidad y de la admisión del reconocimiento sin procedimiento previo de homologación. En cualquier caso, es de prever que el bagaje previo de cooperación entre el RU y España asegure un reconocimiento de decisiones sin alegaciones de falta de reciprocidad.

9ª. En atención a la cooperación y coordinación de procedimientos principales y territoriales, el Brexit no va a ser determinante en aquellos aspectos en los que

algunas legislaciones estatales, como la española, han seguido al Reglamento europeo (*v.gr.*, imputación de cobros, transmisión del excedente, deber de información, terminación de los concursos territoriales...). Pero, también se reducirán las herramientas de cooperación y coordinación entre procedimientos, además de favorecer la anomalía de los concursos independientes (= abiertos a un establecimiento del deudor cuando este como tal no se halla en insolvencia en su centro de intereses principales).

10ª. Por lo que atañe a la cooperación entre procedimientos principales abiertos a sociedades de un mismo grupo multinacional, el RU pierde estrategias de cooperación ciertamente innovadoras, como, por ejemplo, la creación de un coordinador independiente de grupo. El silencio de la LC a este respecto hará recomendable recurrir a los protocolos concursales de actuación firmados por las administraciones concursales. Al fin y al cabo, y sirva esta frase como valoración final, la cooperación jurídica previa al Brexit es la mejor herencia para esta nueva etapa.

Bibliografía

- Aguilar Benítez de Lugo M. y Campuzano Díaz, B.: “La competencia judicial internacional en materia concursal”, en *Estudios sobre la LC. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. I, Madrid/Barcelona, Unicaja/ Marcial Pons/ CajaSur, 2005, pp. 599–628
- Arenas García, R.: “Brexit y Derecho internacional privado”, *La Ley*, nº 8797, 2016
- Bachner, T.: “Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection”, *EBOR*, 2004, pp. 293–319
- Beltrán Sánchez, E.: “El Reglamento de la UE sobre procedimientos de insolvencia”, *Tribunales de Justicia*, nº 4, 2001, pp. 31–41
- Bond, T.: “A Global Approach for Multi-Creditor Out-of-Court Restructurings—A New Initiative and the Wider Issues”, *Conn. J. Int’l. L.*, vol. 17, 2001, pp. 41–47
- Bureau, D.: “La fin d’un îlot de résistance. Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d’insolvabilité”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 91, 2002, pp. 613–679
- Calvo Caravaca, A., y Areal Ludeña, S. (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005
- Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J.: *Derecho concursal internacional*, Madrid, Colex, 2004
- Campbell, D. y Collins, A. E. (eds.), *Corporate Insolvency and Rescue: The International Dimension*, Deventer/Boston, Kluwer Law, 1993
- Campuzano Díaz, B.: *Aspectos internacionales del Derecho concursal*, Murcia, Laborum, 2004
- Candelario Macías, I.: “Los vínculos entre el Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia comunitaria, y la Ley 22/2003, de lo concursal española”, en *Estudios sobre la LC. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, t. I, Madrid/Barcelona, Unicaja/ Marcial Pons/ CajaSur, 2005, pp. 681–718

- Carballo Piñeiro, L.: *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Universidad de Santiago de Compostela (*De conflicto legum*: Estudios de Derecho internacional privado), 2005
- Comisión “Position paper on Judicial Cooperation in Civil and Commercial matters”, TF50 (2017) 9/2, 12 julio 2017, disponible en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/essential-principles-civil-commercial-matters_en_0.pdf.
- Cooper, N.: “A Perspective from a UK Insolvency Practitioner”, *Int. Insolv. Rev. (Colloquium on Cross-Border Insolvency. Vienna, 17–19 April 1994)*, vol. 4, 1995, pp. 30–35
- Cooper, N.: “The INSOL International Statement of Principles for a Global Approach to Multicreditor Workouts”, *Ann. Surv. Bankr. L.*, 2002, pp. 295–315
- Cuniberti, G.: “The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws”, *North-western Journal of International Law & Business*, vol. 34, 2014, pp. 455–517
- Daniele, L.: “Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alla procedure di insolvenza”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. XXXVIII, 2002, pp. 33–50
- Dawson, K.: “Foreign Companies and Extraterritorial Aspects of the Insolvency Act 1986”, *Int. Insolv. Rev.*, vol. 8, 1999, pp. 49–60
- Diago Diago, P.: “Los procedimientos territoriales en la nueva LC”, en A. L. Calvo Caravaca y S. Areal Ludeña (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp. 477–496
- Eidenmüller, H.: “Coordinación de procedimientos en los concursos de grupos de empresas”, *ADCo*, vol. 9, 2006, pp. 7–49
- Espiniella Menéndez, A.: *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Cizur Menor, Thomsom/Civitas, 2006
- Espiniella Menéndez, A.: “Los protocolos concursales”, *ADCo*, nº 10, 2007, pp. 165–199
- Esplugues Mota, C.: “La nueva LC y el Reglamento 1346/2000: ¿matrimonio, cohabitación o mera coexistencia pacífica”, *AEDIPr*, t. III, 2003, pp. 413–417
- Esteban de la Rosa, F.: “Repercusión de la insolvencia patrimonial de las sociedades dependientes en los grupos internacionales de sociedades”, *AEDIPr*, t. III, 2003, pp. 171–183
- Ezquerria Ubero, J. J.: “El Reglamento comunitario de insolvencia y la LC: ámbito de aplicación espacial de las nuevas normas de Derecho internacional privado”, en A. L. Calvo Caravaca y S. Areal Ludeña (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp. 505–517
- Fernández Rozas, J. C.: “Brexit 1: Activación del mecanismo de retirada voluntaria del Reino Unido de la Unión Europea y preparación de las negociaciones”, *La Ley UE*, nº 48, 2017, pp. 1–53
- FMI: “Procedimientos de insolvencia ordenados y efectivos. Cuestiones Claves” Washington, 1999
- Florian, M.: *Das englische internationale Insolvenzrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1989
- Fuentes Mañas, J. B.: “Las excepciones a la *lex fori concursus principalis*: ley aplicable a los derechos reales y las reservas de dominio en los procedimientos internacionales de insolvencia”, *AEDIPr*, t. III, 2003, pp. 209–221
- Furnish, D. B.: “La insolvencia internacional: coordinación de competencia y jurisdicción”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 563–585

- Gobierno del RU, "Providing a cross-border civil judicial cooperation framework. A future partnership paper", 22 agosto 2017, disponible en <https://www.gov.uk/government/publications/providing-a-cross-border-civil-judicial-cooperation-framework-a-future-partnership-paper>
- Gómez Jené, M.: "Concurso y arbitraje internacional", *CDT*, nº 2, 2010, pp. 92–103
- Habscheid, E. J.: *Grenzüberschreitendes (internationales) Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, Duncker&Humblot, 1998
- Heredia Cervantes, I.: *Arbitraje y concurso internacional*, Madrid, Thomson/Civitas, 2009
- Heredia Cervantes, I. y Thery Martí, A.: "Brexit e insolvencia internacional", *El Notario del siglo XXI*, nº 69, 2016, disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/6975-brexit-e-insolvencia-internacional>.
- Hoffmann, L.: "UK Evaluator", *Int. Insolv. Rev. (Colloquium on Cross-Border Insolvency. Vienna, 17–19 April 1994)*, vol. 4, 1995, pp. 97–102
- Iriarte Ángel, J. L.: "La tutela cautelar en los procedimientos de insolvencia de carácter transnacional", en A. Rojo Fernández-Río y E. Beltrán Sánchez (coords.), *Los acreedores concursales*, Cizur Menor, Civitas/ Thomson Reuters, 2010, pp. 143–156
- Kent, P.: "Corporate Workouts – A UK Perspective", *Int. Insolv. Rev.*, vol. 6, 1997, pp. 165–182
- Kreuzer, K.: "Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts", *RabelsZ*, vol. 70, 2006, pp. 1–88
- Leandro, A.: "La ley aplicable a la insolvencia en el Regl. (CE) nº 1346/2000", *CDT*, nº 1, 2009, pp. 102–111
- Miguel Asensio, P. (de): "Espacio europeo de justicia: evolución y perspectivas en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 441–466
- Miguel Asensio, P. (de): "La evolución del régimen europeo sobre procedimientos de insolvencia", *La Ley. Unión Europea*, nº 28, 2015, pp. 1–8
- Moss, G.: "Summary of decision of Lightman J. in Re Enron Directo Sociedad Limitada", en <http://www.iiiglobal.org>; y en *Restructuring and insolvency bulletin*, otoño de 2002
- Moss, G.: "The Impact of the EU Regulation on UK Insolvency Proceedings", *Int. Insolv. Rev.*, vol. 11, 2002, pp. 139–152
- Nisi, N.: "La refundición del Reglamento europeo de insolvencia y los grupos de empresas de terceros Estados", *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 245–277
- Penadés Fons, M.: "El arbitraje internacional en el Reglamento europeo de insolvencia: crítica a la propuesta de reforma", *ADCo*, nº 32, 2014, pp. 265–283
- Requejo Isidro, M.: "La cooperación judicial en materia de insolvencia transfronteriza en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Regl. (CE) nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia", *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 217–244
- Rajak, H.: "Cross-border Insolvency: UK Style", *Int. Bus. Law.*, vol. 24, 1996, pp. 246–248
- Rodríguez Pineau, E.: "La LC dentro del sistema español de Derecho concursal internacional", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 11, 2004, pp. 153–170
- Rojo Fernández-Río y E. Beltrán Sánchez (coords.), *Los acreedores concursales*, Cizur Menor, Civitas/ Thomson Reuters, 2010
- Rose, N.: "Saving A Company: Common Law Approaches", en D. Campbell y A. E. Collins (Ed.), *Corporate Insolvency and Rescue: The International Dimension*, Deventer/Boston, Kluwer Law, 1993, pp. 17–32

- Sánchez Lorenzo, S.: *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013
- Smart, P. S.: “Forum Non Conveniens in Bankruptcy Proceedings”, *J. Bus. L.*, 1989, pp. 126–135
- Tirado Martí I. y García Gutiérrez, L.: “La aplicación del Reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia por los Tribunales de los Estados miembros”, *ADCo*, vol. 4, 2005, pp. 245–264
- Torralba Mendiola, E.: “La actuación en España del administrador del concurso extranjero”, *ADCo*, vol. 6, 2005, pp. 171–203
- Trunk, A.: “Insolvencia transfronteriza en Alemania: comparación con la normativa comunitaria”, *AEDIPr*, t. III, 2003, pp. 281–290
- Vallar, N.: “Los grupos de empresas insolventes en la Propuesta que modifica el Regl. (CE) nº 1346/2000”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 545–562
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J.: *Derecho procesal civil europeo*, Madrid, McGraw–Hill, 1996
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J.: *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003
- Woloniecki, J.: “Co–operation between National Courts in International Insolvencies: Recent United Kingdom Legislation”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 35, 1986, pp. 644–663.

Recepción: 6 octubre 2017
Aceptación: 20 octubre 2017

BREXIT Y EL RÉGIMEN DE LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y NO CONTRACTUALES

Manuel PENADÉS FONS *

SUMARIO: I. Introducción. II. El punto de partida: La *European Union (Withdrawal) Bill*. III. Los beneficios producidos por la opción adoptada mediante la *European Union (Withdrawal) Bill*. IV. Las modificaciones necesarias en la versión “domesticada” de los Reglamentos Roma I y Roma II. V. Las incertidumbres derivadas de la opción adoptada mediante la *European Union (Withdrawal) Bill*. 1. La delimitación temporal de su entrada de aplicación. 2. La posibilidad de enviar cuestiones prejudiciales al TJUE tras el Brexit. 3. El peso post-Brexit de la jurisprudencia del TJUE. 4. El valor de las Exposiciones de motivos de los Reglamentos. 5. La posible modificación del régimen de ley aplicable por el Reino Unido o por la Unión Europea: ¿El comienzo de la divergencia? VI. La regulación del régimen de ley aplicable a través de un convenio internacional. 1. El estatus post-Brexit del Convenio de Roma de 1980. 2. La posibilidad de un Convenio internacional Reino Unido – Unión Europea que perpetúe el régimen de Roma I y Roma II. VII. Conclusión.

RESUMEN: La llegada del Brexit constituye una amenaza general para la estabilidad del sistema de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil que hasta la fecha ha existido en el territorio de la Unión. No obstante, en sede de ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales esta incertidumbre viene sustancialmente aminorada por la posibilidad de que los instrumentos que la regulan operen de forma unilateral y universal. Sobre esta base, este artículo analiza las implicaciones de la decisión del Reino Unido de nacionalizar los Reglamentos Roma I y Roma II a través de la *European Union (Withdrawal) Bill*. Aunque aparentemente sencilla, esta solución requiere la introducción de múltiples modificaciones en el articulado de ambos Reglamentos y plantea numerosas incertidumbres en cuanto a su operatividad. Por esta razón, también resulta apropiado explorar la posibilidad de que el Reino Unido y la Unión Europea concluyan un Acuerdo internacional en materia de cooperación jurídica internacional, incluidas las cuestiones de ley aplicable. Para ello, hay que evaluar primero el status que el Convenio de Roma de 1980 tiene en el escenario post-Brexit y, de forma fundamental, el rol que se otorgará al Tribunal de Justicia en el marco de ese Acuerdo.

PALABRAS CLAVE: BREXIT – LEY APLICABLE, REGLAMENTO ROMA I – REGLAMENTO ROMA II – OBLIGACIONES CONTRACTUALES – OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

* King’s College London.

ABSTRACT: *Brexit and the Law Applicable Regime to Contractual and Non-contractual Obligations*

The arrival of Brexit represents a general threat for the stability of the system of international judicial cooperation in civil and judicial matters that exists across the European Union. This uncertainty, however, is substantially limited in questions of applicable law to contractual and non-contractual obligations due to the possibility to create unilateral and universal instruments to regulate them. On this basis, this paper studies the implications of the United Kingdom's decision to nationalize the Rome I and Rome II Regulations through the European Union (Withdrawal) Bill. While apparently simple, this solution requires the introduction of multiple amendments to the text of both Regulations and raises numerous doubts concerning their operability. For this reason, it is also appropriate to explore the possibility that the United Kingdom and the European Union conclude an international agreement on international judicial cooperation, including matters of applicable law. To this end, it is first necessary to evaluate the status of the 1980 Rome Convention after Brexit and, fundamentally, the role that this agreement could grant to the Court of Justice of the European Union.

KEYWORDS: BREXIT – APPLICABLE LAW – ROME I REGULATION – ROME II REGULATION – CONTRACTUAL OBLIGATIONS – NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS.

I. Introducción

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

La importancia estratégica del Derecho internacional privado es igualmente conocida en el Reino Unido, principalmente por el papel protagonista que este Estado ha jugado históricamente en el desarrollo comercial internacional. Un protagonismo que, a su vez, se ha tornado en dependencia de esos intercambios transfronterizos para el crecimiento y bienestar del país. Deriva de ello que la expectativa de que el Brexit pueda producir el cese de aplicación de los instrumentos normativos desarrollados por la Unión para facilitar y fomentar tales relaciones jurídico-privadas internacionales esté siendo fuente de elevada preocupación por autoridades, empresas y ciudadanos británicos. Sobre todo, porque la irrupción

del Derecho internacional privado de origen europeo durante la última década ha producido de forma paralela el retroceso, y en ocasiones también obsolescencia, de las normas homólogas de origen interno y convencional, que han perdido una parte importante de la relevancia disfrutada otrora.

Una de las áreas sometidas a este proceso de europeización ha sido el régimen de ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, que actualmente se encuentra regulado de forma uniforme en todos los Estados miembros por los Reglamentos Roma I¹ y Roma II². Cada uno de estos instrumentos proporciona las reglas de conflicto necesarias para determinar qué Derecho nacional regula las relaciones contractuales o extracontractuales de naturaleza civil o mercantil sobre las que tenga que pronunciarse una autoridad de un Estado miembro. Son, por tanto, dos instrumentos fundamentales para la identificación del conjunto de derechos y obligaciones atribuibles a cualquier persona que actúe en el ámbito privado internacional y, por ello, son nucleares para calcular los riesgos que derivan de esa actividad transfronteriza. Tras la salida de la Unión por parte del Reino Unido, estos Reglamentos dejarán de ser aplicables en el territorio británico. Las implicaciones de este cambio y las soluciones que frente al mismo se pueden proponer son el objeto de este artículo.

II. El punto de partida: *La European Union (Withdrawal) Bill*

La mayoría de los instrumentos que conforman el Derecho internacional privado de la Unión están basados en un modelo de reciprocidad, en el que el beneficio generado por sus normas reposa sobre el requisito de que todos los Estados miembros se den un tratamiento homólogo en las decisiones internacional–privatistas que adopten sus autoridades. Un *do ut des* multilateral que demanda concesiones y confianza mutua entre todos los participantes, lo que generalmente resulta en el acotamiento de los supuestos de hecho que los Estados de la Unión han estado dispuestos a someter al régimen europeo³. Este es el modelo tradicionalmente empleado por las normas que regulan la atribución de competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.

¹ Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”), DO L 177 de 4.7.2008.

² Reglamento (CE) n° 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), DO L 199 de 31.7.2007.

³ Generalmente aquellos que tengan una conexión directa con el territorio de los Estados miembros. Por ejemplo, en el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (“Bruselas I bis”), DO L 351, 20 diciembre 2012, se limita su ámbito de aplicación general a los supuestos en los que el demandado está domiciliado en un Estado miembro (art. 6.1° Bruselas I bis).

Por el contrario, el régimen de ley aplicable establecido por los Reglamentos Roma I y Roma II responde a un modelo unilateral, en el que los beneficios producidos por sus soluciones no se miden por el nivel de ecuanimidad con el que se estructura la distribución de poderes competenciales entre las autoridades de los Estados parte o por la eficacia recíproca de sus resoluciones, sino que el objetivo es proporcionar homogeneidad normativa y previsibilidad de resultado en materia de determinación de ley aplicable. Tal falta de dependencia del comportamiento de las autoridades de otros Estados permite que las normas de conflicto de estos dos Reglamentos no estén sujetas a las limitaciones propias de otros instrumentos y gocen de aplicación universal; esto es, sus soluciones se aplican a todos los supuestos en los que una autoridad de un Estado miembro tenga que identificar el régimen aplicable a una relación privada internacional de naturaleza civil o mercantil, sin importar la procedencia de las partes involucradas en la misma o la ley que resulte aplicable.⁴

Esta unilateralidad constituye un elemento fundamental a la hora de afrontar los retos e incertidumbres que el Brexit presenta para el Reino Unido, pues proporciona un rango de alternativas viables más amplio que el disponible en relación con los instrumentos que siguen el modelo de reciprocidad. En concreto, las opciones posibles para responder al cese de aplicación de los Reglamentos Roma I y Roma II son principalmente tres. Primero, el Reino Unido podría optar por retornar al régimen de ley aplicable en vigor antes de la aparición de estos instrumentos. En materia de obligaciones contractuales, ello supondría la reactivación de la *Contract (Applicable law) Act 1990*, que traslada a Derecho interno las soluciones proporcionadas por el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y desplaza la doctrina *common law* sobre el *proper law of the contract*. En cuanto a las obligaciones extracontractuales, esta primera opción supondría la vuelta a la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, que constituyó la primera plasmación legislativa de la práctica que los tribunales ingleses había creado en materia extracontractual.

La segunda opción, mucho más ambiciosa, pasaría por concluir con la Unión Europea un acuerdo de cooperación civil internacional que persiguiera perpetuar el régimen actualmente vigente en materia de ley aplicable y, probablemente, también el previsto en otros instrumentos de la Unión. Sin perjuicio de los evidentes problemas que esta solución generaría en relación con el rol que debería jugar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el grado de vinculación que sus decisiones podrían producir sobre las autoridades británicas, no puede ignorarse que

⁴ Art. 2 Roma I y art. 3 Roma II. Obviamente, todo ello, sin perjuicio de las exclusiones materiales contenidas en los arts. 1 Roma I y Roma II.

este escenario supondría la alternativa óptima para eliminar la incertidumbre producida por el posible cambio de regímenes tras el Brexit.

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

En vez de especular acerca de la opción que pudiera parecer más apropiada, como por necesidad han tenido que hacer los estudios publicados en esta materia en los meses inmediatamente posteriores a la celebración del referéndum, el panorama actual ya permite saber con bastante certeza cuál será el modo de proceder británico en esta materia. El Reino Unido incorporará los Reglamentos Roma I y Roma II al Derecho interno, tal y como sugería la tercera opción. Así lo ha hecho saber en el Documento “*Providing a crossborder civil judicial cooperation framework – A Future Partnership Paper*” publicado por el Gobierno británico el 22 agosto 2017⁵ y así lo había concluido la *House of Commons* en el informe derivado de un largo proceso de consulta con expertos⁶. Esta adopción no se llevará a cabo a través de leyes separadas para cada uno de los instrumentos, sino que formará parte de un macro–proceso de nacionalización legislativa que convertirá en Derecho interno todo el acervo comunitario vigente en el día que se haga efectivo el Brexit. El proyecto de la ley que producirá tal voluminosa⁷ conversión fue aprobado en segunda lectura el 11 septiembre 2017 bajo el título de *European Union (Withdrawal) Bill*, más popularmente conocida como *Great Repeal Act*, aunque su efecto no sea tanto el de “*repeal*” (excepto la *European Communities Act 1972*⁸) como el de perpetuar el régimen jurídico vigente.

Esta solución requiere comentarios relativos a tres aspectos: los beneficios que produce comparado con la opción consistente en volver al régimen previo a la entrada en vigor de los Reglamentos Roma I y II; la necesidad de realizar algunas

⁵ HM Government, “*Providing a crossborder civil judicial cooperation framework – A Future Partnership Paper*” (22 agosto 2017), 6, p. 19.

⁶ House of Commons – Justice Committee, “*Implications of Brexit for the justice system*” (22 marzo 2017) 15, que califica a esta alternativa como la “*straightforward option*”.

⁷ Se estima que el Derecho europeo afectado por esta Ley comprende más de 12.000 Reglamentos de la UE y unos 7.900 instrumentos y 186 leyes aprobados por el Parlamento inglés para implementar legislación de la UE.

⁸ Ley por la cual se introdujo a Derecho interno la ratificación de los Tratados de Adhesión del Reino Unido a la Unión y, por tanto, se dio entrada al Derecho europeo en el ordenamiento jurídico británico.

modificaciones en el articulado de la versión nacionalizada de los dos instrumentos para evitar disfunciones en su operatividad; y las incertidumbres que derivan de esta opción a pesar de resultar la más apropiada dentro de las alternativas disponibles para el Reino Unido.

Antes de comenzar el análisis de estas tres materias conviene mencionar dos cuestiones adicionales de operativa legislativa. La primera es que la nacionalización de los Reglamentos Roma I y Roma II no requerirá la derogación de la *Contract (Applicable law) Act 1990* o de la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*. De acuerdo con la sec. 5 de la *European Union (Withdrawal) Bill*, el principio de primacía del Derecho de origen europeo sobre el nacional seguirá aplicándose una vez este Derecho de la Unión haya entrado a formar parte de ordenamiento jurídico interno. Por tanto, los preceptos que se contienen tanto en la *Act 1990*⁹ como en la *Act 1995*¹⁰ para excluir su aplicación en los supuestos (la mayoría) en los que sean de aplicación los Reglamentos Roma I y Roma II¹¹ tendrán que entenderse referidos a partir del Brexit a la versión nacionalizada de estos instrumentos.

La segunda es una cuestión de elevada importancia constitucional para el Reino Unido. De acuerdo con el tenor actual de la *European Union (Withdrawal) Bill*, todas las competencias legislativas que se recuperen de la Unión Europea serán atribuidas al Gobierno central (Westminster), sin perjuicio de que hagan referencia a materias cuya regulación corresponda a los territorios de Escocia, Irlanda del Norte o Gales en virtud de sus respectivas *Devolution Acts* (*Scotland Act 1998*, *Northern Ireland Act 1998* y *Government of Wales Act 2006 (as amended in 2017)*). No obstante, la *Clause 11* y el *Schedule 3* de la *European Union (Withdrawal) Bill* prevén que el Gobierno pueda dictar *Orders in Council* (normativa secundaria) para re-atribuir esas competencias legislativas a los territorios mencionados, de modo que sean ellos los que adapten su ordenamiento regional a los nuevos elementos de Derecho europeo que sean nacionalizados. Este es un régimen altamente polémico, como ha puesto de manifiesto el reciente *Third Report* elaborado por el Comité sobre *Delegated Powers and Regulatory Reform* de la *House of Lords* (Parlamento británico), en el que solicita una mayor participación

⁹ Secs. 4A y 4B de la *Act 1990* introducidas por la *Law Applicable to Contractual Obligations (England and Wales and Northern Ireland) Regulations* (SI 2009/3064), regla 2, y la *Law Applicable to Contractual Obligations (Scotland) Regulations* (SSI 2009/410), regla 2, con ocasión de la entrada en vigor del Reglamento Roma I.

¹⁰ Secs. 15ª y 15B de la *Act 1995* introducidas por la *Law Applicable to Non-Contractual Obligations (England and Wales and Northern Ireland) Regulations* (SI 2008/2986), regla 2, y la *Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Scotland) Regulations* (SSI 2008/404), regla 2, con ocasión de la entrada en vigor del Reglamento Roma II.

¹¹ Previsión que era absolutamente innecesaria desde el punto de vista del Derecho europeo, pero que responde a una tradición en la forma de legislar británica.

parlamentaria¹². Más allá de las implicaciones que pueda tener este debate, la consecuencia del régimen actual es que los efectos de la *European Union (Withdrawal) Bill* y de las actuaciones del Gobierno en materia de Derecho internacional privado afectarán a todo el Reino Unido, a pesar de que esta haya sido un área tradicionalmente atribuida a Belfast, Cardiff y Edinburgh. Deriva de ello que, al menos por el momento, la decisión de adoptar el Reglamento Roma I y Roma II surtirá efectos en todo el territorio británico y podrá producir la aplicación del Derecho inglés/galés, escocés o norirlandés. Por este motivo, es posible que algunas de las menciones que realiza este artículo a Reino Unido deban quedar restringidas en el futuro al territorio de Inglaterra y Gales. Además, por la habitualidad de su uso en las relaciones contractuales y extracontractuales internacionales, se emplea la expresión “Derecho inglés” aunque estos Reglamentos puedan producir también la aplicación de los otros Derechos del Reino Unido.

III. Los beneficios producidos por la opción adoptada mediante la *European Union (Withdrawal) Bill*

La decisión de continuar con un régimen basado en los instrumentos de ley aplicable vigentes en la Unión produce el innegable beneficio de perpetuar el *statu quo* y mantener la identidad de soluciones actualmente existente entre el Reino Unido y el resto de los Estados miembros. Además, supone una mejora cualitativa sustancial si se toma en consideración las soluciones conflictuales que hubieran resultado aplicables bajo la primera de las opciones anteriormente descritas.

En materia contractual, este juicio es predicable tanto en relación con la alternativa de volver a un régimen basado en el Convenio de Roma de 1980 como con respecto a la posibilidad de recurrir al *common law*. En cuanto al primero, el Reglamento de Roma introdujo una serie de mejoras importantes que serían perdidas si se volviera a la aplicación de la *Contract (Applicable law) Act 1990*. Para empezar, y de forma fundamental para el Reino Unido, el Reglamento incluye un régimen conflictual para los contratos de seguro que no existía en el texto del Convenio¹³ y a cuya inclusión contribuyó decididamente el fuerte ejercicio de lobby llevado a cabo por delegados británicos en Bruselas y miembros de la importante industria del seguro. Asimismo, el Reglamento elevó los requisitos de prueba para invocar la existencia de una elección tácita de ley, reestructuró el sistema de determinación de ley en defecto de elección pasando de meras presunciones a normas de conflicto estrictas y redujo los supuestos en los que se puede

¹² Informe publicado el 28 septiembre 2017, *Schedule 1*, párs. 50–60. Disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/lddelreg/22/2202.htm>.

¹³ Art. 7 Roma I. De acuerdo con el art. 1.3º Convenio de Roma, la mayoría de los contratos de seguro estaban excluidos de su ámbito objetivo de aplicación.

activar la cláusula de escape¹⁴, todo ello con el fin de aminorar el grado de incertidumbre que generaba el régimen general del Convenio de Roma. Con este mismo objetivo, el Reglamento también restringió la regulación del impacto de las normas de policía sobre los contratos. Para ello, introdujo una definición de leyes de policía y acotó su relevancia a las normas imperativas del foro y las del lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal.¹⁵ Una sustancial limitación que fue apoyada por el Reino Unido, que había realizado una reserva en el momento de su firma del Convenio de Roma para excluir de aplicación del régimen mucho más amplio de normas policía en él contenido. Finalmente, el Reglamento redefinió el ámbito de aplicación de la norma de conflicto aplicable a los contratos de consumo con el principal fin de dar respuesta a prácticas habituales en el mercado financiero, tan relevante en la capital británica¹⁶.

Son todas estas razones las que llevaron al Reino Unido a ejercer su privilegio de *opt in* para sumarse al texto del Reglamento una vez habían concluido las negociaciones.¹⁷ Por ello es razonable que ante las vicisitudes generadas por el Brexit el Gobierno británico haya continuado decantándose por el moderno régimen del Reglamento frente a las anteriores soluciones del Convenio de Roma.

Más clara es la superioridad del Reglamento de Roma I sobre la tradicional doctrina del *common law* acerca de la *proper law of the contract*, hasta el punto de que se ha llegado a decir que ningún jurista “cuerdo” podría defender la opción de retroceder al superado régimen de *common law*¹⁸. Las razones son muchas y fueron claramente expuestas por el Profesor Adrian Briggs en su comparecencia escrita ante el Sub-comité constituido por la *House of Lords* para evaluar el impacto del Brexit sobre el régimen actual de cooperación jurídica internacional en materia civil¹⁹. Entre ellas, reconoce el Profesor Briggs que en más de dos siglos de doctrina los jueces ingleses no llegaron a ponerse de acuerdo sobre si el método requerido para determinar la ley aplicable ha de tener dos fases (elección expresa y, en su defecto, ley de los vínculos más estrechos) o tres fases (elección expresa, elección tácita y, solo en su defecto, ley de los vínculos más estrechos). Una duda inexistente en la metodología tripartita del Reglamento Roma I. Igualmente crítico

¹⁴ Arts. 3 y 4 Roma I comparados con los arts. 3 y 4 Convenio de Roma.

¹⁵ Art. 9 Roma I comparado con el art. 7 Convenio de Roma.

¹⁶ Arts. 6.4.d) y e) Roma I.

¹⁷ Esa era la recomendación que realizó el Gobierno en 2008 a través de la consulta abierta el 2 abril 2008 por el Ministry of Justice, bajo el título “*Rome I – Should the UK opt in?*”, 5.

¹⁸ A. Briggs, “Written Evidence: Secession from the European Union and Private International Law”, presentado frente al *Select Committee on the European Union – Justice Sub-Committee on “Brexit: civil justice cooperation and the CJEU”*, pár. 14, que llega a calificar de “espantosas” a algunas de las normas de conflicto inglesas derivadas del *common law*.

¹⁹ *Idem*.

es el punto de que el *common law* nunca llegara a crear una norma de conflicto específica para los contratos en los que existe un desequilibrio en el poder de negociación de las partes (ej., consumidores o trabajadores), a diferencia del régimen mucho más sofisticado y tuitivo diseñado por la Unión. Un nivel de infradesarrollo que también lo demuestra la falta de una solución concreta para los problemas en los que se niega por una de las partes la existencia de un acuerdo de ley por entenderse que nunca llegó a concluirse un contrato válido que lo incluyera; cuestión resuelta desde los inicios del régimen europeo por los arts. 8 Convenio de Roma y 10 Roma I. En definitiva, un nivel de paradójica simpleza que también queda reflejado en la ausencia de líneas jurisprudenciales pacíficas sobre los efectos que se han de derivar de la ilegalidad del contrato en el lugar de su ejecución o acerca de calificación del cálculo de la indemnización por daños como una cuestión de fondo (y por tanto regulado por la ley del contrato) o una cuestión procesal (y por ende sujeta a la *lex fori*), ambos interrogantes resueltos respectivamente en los arts. 9 y 12 Roma I²⁰.

En materia extracontractual, la conclusión ha de ser más rotunda si cabe. A diferencia del Reglamento Roma II, el *common law* inglés y la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* solo contienen una norma de conflicto para todo tipo de responsabilidad extracontractual. Norma que, además, no permite la elección de ley aplicable por las partes y que toma como principal punto de conexión el lugar de producción del hecho dañoso, y no el lugar de producción del daño directo, tal y como prevé la regla general del art. 4 Reglamento Roma II. Un punto de conexión que presentaba difíciles problemas de concreción en los supuestos en los que los hechos generadores del daño se habían producido en varios Estados (aunque esta sea una dificultad igualmente trasladable a la determinación del Estado en el que se ha padecido el daño directo, en línea con la norma europea). No obstante, una dificultad de aplicación que en el caso del *common law* (pero no de la *Act* de 1995) se sumaba al importante requisito de la “doble accionabilidad” (*double actionability*), según el cual la admisibilidad de la reclamación estaba sometida a que el daño fuera resarcible tanto a la luz del Derecho extranjero considerado aplicable como el Derecho inglés. Una exigencia que, incluso si quedaba satisfecha, complicaba, alargaba y encarecía los litigios y que afortunadamente es ajena a la mecánica conflictual por la que ha optado el Reglamento Roma II²¹.

En definitiva, deriva de esta breve exposición que la elección de adoptar los Reglamentos Roma I y Roma II como nuevo régimen doméstico de determinación

²⁰ El documento que recoge la *Written evidence* del Profesor Briggs contiene más detalle sobre cada uno de estos puntos, párs. 18–19.

²¹ Todas estas consideraciones que con más detalle también expone el Profesor Briggs en su ya mencionada *Written evidence*, párs. 15–17.

de ley aplicable para obligaciones contractuales y extracontractuales constituye la opción más sensata y razonable para el Reino Unido, que podrá seguir beneficiándose del sistema moderno que contribuyó activamente a construir durante sus décadas como Estado miembro y que hasta la fecha ha gozado del favor de jueces, académicos, empresas y ciudadanos británicos.

IV. Las modificaciones necesarias en la versión “domesticada” de los Reglamentos Roma I y Roma II

Sin perjuicio de ser la opción más adecuada y aparentemente sencilla, la nacionalización de los Reglamentos Roma I y Roma II requiere varias adaptaciones que reflejen su nueva realidad: dos instrumentos de origen europeo que se insertan en el ordenamiento jurídico de un Estado no-miembro. En general, se entiende que para ello bastará con eliminar cualquier referencia a la Unión, a su Derecho o a sus Estados miembros; tarea que algún experto, quizá con demasiado optimismo, ha anticipado que será cuestión de “minutos en vez de horas”²². Desde el punto de vista competencial, esta labor podrá llevarse a cabo por el propio ejecutivo británico haciendo uso de la facultad que le otorga la *European Union (Withdrawal) Bill* para adaptar o corregir las normas nacionalizadas (cláusula “Henry VIII”). Sin embargo, como seguidamente se explica, un análisis más pausado demuestra que la “des-europeización” de ambos instrumentos también requerirá algunas alteraciones de mayor calado. Algunas de ellas afectan a los dos instrumentos por igual y otras hacen especial referencia a uno solo de los Reglamentos. A continuación se exponen brevemente todas ellas.

Primero, la definición de “Estado miembro” actualmente contenida en el art. 1.4 Roma I y Roma II para delimitar el ámbito de aplicación de los Reglamentos debería ser remplazada por una referencia a Reino Unido, como único territorio sujeto a la “nueva” normativa.

Segundo, el carácter universal de los Reglamentos en los arts. 2 Roma I y 3 Roma II, no podrá seguir definiéndose como la aplicación de la ley designada “aunque no sea la de un Estado miembro”, sino como la aplicación del Reglamento independientemente de la ley que resulte designada “aunque no sea la de un territorio del Reino Unido”.

Tercero, las reglas de los arts. 3.4 Roma I y 14.3 Roma II probablemente pierdan su razón de ser y deberían ser eliminadas²³, siendo suficiente las limitaciones

²² A. Briggs, “Written Evidence...”, *cit.*, pág. 14.

²³ Se dice “probablemente” porque no se puede excluir que el Reino Unido decida, o acuerde con la Unión, adoptar una posición más deferente hacia el Derecho de la Unión y sus políticas que el que derivaría de la mera exclusión que se describe en el párrafo que acompaña a esta nota.

impuestas por los art. 3.3º Roma I y 14.2º Roma II. Es decir, tras el Brexit las autoridades británicas no podrán impedir la eficacia de una elección de ley en favor de un Estado no-miembro (incluido el inglés) en relación con una situación en la que todos sus elementos se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros en el momento de realizar la elección o de producirse el hecho dañoso, incluso cuando ello produzca la inaplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión que no puedan excluirse mediante acuerdo. Todo esto sin perjuicio de que en supuestos contractuales alguna de estas disposiciones pueda constituir una norma de policía extranjera que pueda invocarse en virtud del art. 9 Roma I si se dan los requisitos allí exigidos²⁴.

Deriva de este cambio que los arts. 3.3º Roma I y 14.2º Roma II solo podrán accionarse cuando las partes hayan escogido una ley no británica en relación con una situación en la que todos los elementos estén localizados en Reino Unido en el momento de la elección o de producirse en hecho dañoso. Esto es, cuando hayan pretendido internacionalizar artificialmente su relación. Un supuesto que, si se mantiene la estricta interpretación dada por los tribunales ingleses a estos preceptos²⁵, deberá ocurrir en muy pocas ocasiones, aunque en un escenario post-Brexit tal interpretación pueda limitar la efectividad de las disposiciones de los Derechos del Reino Unido que no puedan excluirse mediante acuerdo.

Cuarto, y aunque no sea necesario realizarlo de forma inmediatamente posterior al Brexit, habrá que eliminar las referencias a la normativa de la Unión que aparecen en varios preceptos de los Reglamentos y sustituirlas por la norma equivalente que en su caso haya podido adoptarse en Derecho interno. A título de ejemplo, en el Reglamento Roma I ello incluye la referencia en el art. 1.2º.j) Roma I a la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 noviembre 2002, sobre el seguro de vida; en el art. 4.1.h) Roma I a la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros; en el art. 6.4.b) Roma I a la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 junio 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; en el art. 6.4.c) Roma I a la Directiva

²⁴ No se menciona el art. 16 Roma II por referirse exclusivamente a las leyes de policía del foro y no a las de un Estado tercero, como el del lugar de ejecución de las obligaciones. En cualquier caso, hay que recordar que las normas no disponibles de Derecho europeo no perderán su relevancia en el Reino Unido en el momento del Brexit, sino que por mor de la *European Union (Withdrawal) Bill*, y sin perjuicio de que puedan introducirse reformas legales o jurisprudenciales de forma posterior, tales normas devendrán automáticamente normas no disponibles de Derecho inglés. Del mismo modo, las partes del ordenamiento de la Unión que actualmente se consideran conformadoras del orden público de los Estados (Derecho de la Competencia, protección de consumidores, protección de los agentes comerciales) seguirán formando parte de las excepciones de orden público de la versión nacionalizada de los arts. 21 Roma I y 26 Roma II, sin perjuicio de que la *Supreme Court* británica pueda pronunciarse de forma distinta en el futuro.

²⁵ Vid. las recientes *Dexia Crediop SpA v Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428 y *Banco Santander Totta SA v Companhia de Carris de Ferro de Lisboa SA* [2016] EWHC 465 (Comm).

94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 octubre 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; en el art. 7.2º a la Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 julio 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio; y en el art. 7.6º Roma I a las Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 junio 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y la Directiva 2002/83/CE.

Quinto, los arts. 22.2º Roma I y 25.2º Roma II, que excluyen la obligación de los Estados miembros no unificados o con más de un sistema jurídico de aplicar los Reglamentos a los conflictos internos, tendrán que modificarse para confirmar que en el Reino Unido estos instrumentos sí se aplican para determinar la ley aplicable a obligaciones contractuales o extracontractuales cuando la situación no tiene alcance internacional pero sí afecta a varias unidades territoriales del país.

Sexto, la subordinación de los dos Reglamentos a las normas de “Derecho comunitario” que en materias concretas regulen los conflictos de leyes relativos a las obligaciones contractuales y extracontractuales, tal y como establecen los arts. 23 Roma I y 27 Roma II, tendrá que ser modificada para referirse a los instrumentos de Derecho interno que provengan del Derecho de la UE y que contengan normas de conflicto especiales.

Séptimo, los arts. 25 Roma I y 28 Roma II, que regulan las relaciones entre los Reglamentos y los Convenios internacionales, deberán entenderse referidos exclusivamente a los convenios en los que el Reino Unido sea parte. De este modo, si se quiere mantener un listado de convenios como el que se prevé en los arts. 26 Roma I y 29 Roma II, serán solo esos convenios los que tendrán que constar en él. En este contexto, también conviene hacer una mención a la regla contenida en el segundo apartado de los mencionados los arts. 25 Roma I y 28 Roma II, según la cual los Reglamentos primarán frente a los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros cuando la relación contractual o extracontractual solo afecte a Estados miembros y siempre y cuando dichos convenios versen sobre las materias reguladas por los Reglamentos mismos. Aunque el Reino Unido pueda optar por respetar esta regla de primacía sobre los convenios internacionales cuando las relaciones afecten únicamente a Reino Unido y Estados de la Unión, como también hace de forma general el art. 351 TFUE, no dejará de resultar paradójico que tras el Brexit tal regla de prelación estará prescrita por una norma de Derecho interno. Es cierto que en la práctica probablemente no vayan a existir desencuentros en este punto entre los Estados parte de estos convenios (pues todos ellos contarán

con la misma norma de prelación en los Reglamentos o en su Derecho interno), pero no puede negarse que desde el punto de vista del sistema de fuentes en el Derecho internacional público será una situación hartó *sui generis*.

Por último, la cláusula de revisión prevista en los arts. 27 Roma I y 30 Roma II dejará de tener aplicación en el Reino Unido, sin perjuicio de que la posible divergencia producida por la reforma de las normas de los Reglamentos tanto por la Unión Europea como por el Reino Unido es una de las mayores incertidumbres (y riesgos) que esconde la opción de “nacionalización” del Derecho de la Unión por la que ha optado el Reino Unido.

Junto con este largo listado de adaptaciones aplicables a ambos Reglamentos, también existen sendas reformas para cada uno de estos instrumentos. En cuanto al Reglamento Roma I, el Reino Unido tendrá que definir el ámbito de aplicación de la norma de conflicto prevista en el art. 7 para los contratos de seguro. Con respecto a algunos tipos de contratos de seguro, la norma solo se aplica si los riesgos cubiertos por el seguro están “localizados en el territorio de los Estados miembros” (art. 7.1º). Esta limitación también afecta al ejercicio de la autonomía conflictual, que en relación con esos contratos se ciñe, salvo excepciones, a la ley de determinados Estados miembros, pero no a Estados terceros (art. 7.3º). Igualmente, cuando el riesgo cubierto tenga que ser objeto de un contrato de seguro obligatorio según la legislación de un Estado miembro, los requisitos establecidos por esa ley prevalecerán sobre la ley aplicable según los puntos de conexión generales establecidos por el precepto (art. 7.4º). Por último, en caso de riesgos situados en varios Estados, el Reglamento solo contempla la opción de que se encuentren en Estados miembros, sin proporcionar una regla equivalente para situaciones que alcancen a Estados terceros (art. 7.5º).

No cabe duda de que estas restricciones suponen una dentada importante al carácter universal que proclama el art. 2 Roma I. Su limitación responde a varias razones de política legislativa y a la existencia de una legislación sobre contratos de seguro que ha armonizado parte de esta área en los Estados de la Unión. Por esta razón, es probable que la solución más aconsejable de forma inmediata sea la de mantener el actual alcance geográfico, que incluiría Reino Unido y Unión Europea. No obstante, ello no debería ser mantenido por el Reino Unido durante más tiempo del estrictamente necesario, pues su salida de la Unión implicará que la aplicación del art. 7 Roma I por las autoridades de los restantes Estados miembros no podrá resultar en la designación de los Derechos británicos. Como consecuencia de esta disparidad (y quizá movido por otros intereses que pueda tener la potente industria del seguro británica una vez efectuado el Brexit), es muy probable que el Reino Unido acometa una revisión del art. 7 en el corto plazo. Una posible modificación que, a diferencia de las adaptaciones que se han listado hasta el mo-

mento, va más allá de la mera corrección técnica y terminológica del texto “britanizado” del Reglamento y que, por tanto, no podrá corresponder al poder ejecutivo del Reino Unido en virtud de la controvertida cláusula “*Henry VIII*”, sino que requerirá de una plena tramitación parlamentaria²⁶.

Por último, en el Reglamento Roma II también habrá que reformular la norma de conflicto del art. 6.3º.b) Roma II relativa a competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia. Según este precepto, el demandante de la acción extracontractual tiene la facultad de optar por la ley del foro siempre y cuando la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda haya afectado de manera directa y sustancial al mercado de ese Estado miembro. Dado que el único foro relevante tras el Brexit será el conformado por los tribunales del Reino Unido, la norma solo debería incluir una referencia a este Estado y a los Derechos de sus territorios.

V. Las incertidumbres derivadas de la opción adoptada mediante la *European Union (Withdrawal) Bill*

Sin perjuicio de los beneficios claros que supone la nacionalización de los Reglamentos Roma I y Roma II comparada con otras opciones, e incluso si se introducen las modificaciones planteadas en el apartado anterior, la solución introducida por la *European Union (Withdrawal) Bill* plantea varios interrogantes.

1. La delimitación temporal de su entrada de aplicación

El primero de los interrogantes afecta a la determinación del momento exacto en el que el ejercicio de determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales deba comenzar a llevarse a cabo no al amparo de los Reglamentos de la Unión sino en virtud de sus versiones nacionalizadas. En principio, la entrada en vigor de estas versiones se producirá en el día en que se haga efectivo el Brexit (sec. 3.1 *European Union (Withdrawal) Bill*), fecha que bien podrá producirse en el año 2020 o 2021 si se acaba acordando una prórroga de varios años en el periodo de la negociación del Brexit en línea con la propuesta realizada por Theresa May en su discurso de 22 septiembre 2017 en Florencia.

Sin embargo, una peculiaridad de estos dos instrumentos en que su entrada en vigor no coincide con el momento temporal en el que sus reglas empiezan a ser

²⁶ Con respecto a la polémica generada por estas cláusulas, vid. J.C. Fernández Rozas, “Brexit 2: Comienzo de las negociaciones e inicio de los debates conducente a la Gran Ley Derogatoria británica (*Great Repeal Bill*)” (29 septiembre 2017), *La Ley – Unión Europea*, nº 51, pár. 12, y R. Purves, “Brexit takes shape: the UK Government’s White Paper on ‘The Great Repeal Bill’” (2017) Mayo, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 263–264, 264.

aplicables²⁷. Así, el Reglamento Roma I entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea el 4 julio 2008, pero sus normas solo fueron de aplicación a partir del 17 diciembre 2009 (art. 29 Roma I). Una distinción similar puede encontrarse en el Reglamento Roma II, que regula en preceptos separados la entrada en vigor (art. 32 Roma II) y la aplicabilidad (art. 31 Roma II). Por tanto, a pesar de que el art. 50.3 TFUE establezca que el Derecho de la Unión dejará de aplicarse en el Estado de que se trate desde el momento de su salida efectiva²⁸, este cese no debería impedir que autoridades británicas continúen aplicando los Reglamentos Roma I y Roma II a relaciones contractuales y extracontractuales que estén sujeta al régimen de esos Reglamentos en el momento del Brexit.

La incertidumbre que podría derivar de esta situación explica que tanto la Unión Europea como el Reino Unido se hayan pronunciado sobre la cuestión²⁹. En cuanto a las obligaciones contractuales, ambas partes parecen estar de acuerdo en que el Reglamento Roma I se aplique a todos los contratos que hayan sido celebrados antes de hacerse efectivo el Brexit, independientemente de cuando comience el procedimiento judicial en el que se requiera la determinación de la ley aplicable. En relación con las obligaciones extracontractuales, también existe acuerdo en que el Reglamento Roma II extienda su aplicación a las reclamaciones relacionadas con hechos generadores de daño que se produzcan con anterioridad al Brexit, sin perjuicio del momento de su tramitación judicial.

La relevancia práctica de esta cuestión hace muy aconsejable que esta concurrencia de posiciones quede plasmada en el Acuerdo de Salida que, en su caso, alcancen el Reino Unido y la Unión Europea.

2. La posibilidad de enviar cuestiones prejudiciales al TJUE tras el Brexit

Muy relacionada con el tema anterior es la cuestión acerca de la posibilidad de que tribunales británicos remitan cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una vez producido el Brexit. De acuerdo con la sec. 6(1)(b) *European Union (Withdrawal) Bill*, “a court or tribunal [...] cannot refer any matter to the European Court on or after exit day”. La contundencia de esta de-

²⁷ Así lo apunta con acierto A. Dykinson, “Back to the future: the UK’s EU exit and the conflict of laws”, (2016) 12(2) *J. Priv. Int’l L.*, 195–210, 209.

²⁸ Sobre el juego de este precepto en materia de Derecho internacional privado, *vid.* J. Basedow, “Brexit and Business Law” (2017) *China-EU Law Journal* 101, 107 y COMBAR (Commercial Bar Association), “Brexit Report on Conflict-of-Laws” (2017), 8–9.

²⁹ Comisión Europea, “Position paper transmitted to EU27 on Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters” (28 junio de 2007), 2, y HM Government, “Providing a crossborder civil judicial cooperation framework – A Future Partnership Paper” (22 agosto 2017), Anexo I, 10, pár. 7.

claración podría hacer pensar que la vía de la cuestión prejudicial queda completamente cerrada desde la salida del Reino Unido. Sin embargo, quizá sea necesario distinguir entre tres escenarios distintos antes de poder concluir con certeza que esa es la interpretación adecuada que ha de recibir el citado precepto.

El primero, y menos controvertido, es el relacionado con procedimientos judiciales que se planteen después del Brexit y en el que el Derecho aplicable sea el resultante de la nacionalización ordenada por la *European Union (Withdrawal) Bill*. A pesar de que el instrumento en cuestión esté inspirado en un instrumento de la Unión (o, incluso, sea idéntico a él), no parece que el planteamiento de una cuestión prejudicial en relación con ese Derecho sea una opción viable. Ese Derecho se habrá convertido en doméstico y, por tanto, no será interpretable por el Tribunal de Justicia. Además, salvo acuerdo en contrario, las autoridades británicas habrán perdido el acceso a las autoridades de la Unión.

El segundo escenario hace referencia a procedimientos judiciales comenzados tras la salida del Reino Unido pero en los que se aplique directamente el Derecho de la Unión en virtud de situaciones como las descritas en el apartado anterior (contratos concluidos antes del Brexit o hechos dañosos ocurridos antes del Brexit). En esos casos, el objeto de la cuestión sí estaría fundado sobre un Derecho de naturaleza europea y, por tanto, interpretable por el Tribunal de Justicia. Sin embargo, es dudoso que el Reino Unido quiera permitir la prórroga de la autoridad del Tribunal de Justicia sobre la aplicación del Derecho en el territorio británico. De hecho, el Gobierno de Teresa May ya ha declarado que su intención es impedir que este tipo de cuestiones puedan producirse, pues no hacerlo minaría la independencia del Derecho del Reino Unido en relación con la Unión y produciría un ambiente de incertidumbre acerca de la extensión temporal de la jurisdicción del Tribunal de Justicia sobre el Reino Unido³⁰.

El tercero está relacionado con los procedimientos judiciales que se encuentren en curso ante tribunales del Reino Unido en el momento de producirse el Brexit y en los que el Derecho de la Unión esté siendo directamente aplicado. La posición declarada por el ejecutivo británico en la mencionada sec. 6(1)(b) *European Union (Withdrawal) Bill* permiten intuir la reticencia a que en estos supuestos puedan plantearse cuestiones prejudiciales post-Brexit. No obstante, tampoco puede ignorarse que en este escenario el evento del Brexit se produce una vez el tribunal británico ha comenzado a conocer del litigio y, por tanto, después de que ese tribunal haya sido facultado *in concreto* para poder remitir una cuestión prejudicial. Una facultad que se une al derecho de que las partes intervinientes puedan solicitar a dicho tribunal que recurra al Tribunal de Justicia. Deriva de ello que

³⁰ HM Government, “*Ongoing Union judicial and administrative proceedings – Position Paper*” (13 julio 2017) 3–4, párs. 13–14.

impedir la remisión de la cuestión prejudicial en estos supuestos podría constituir un supuesto de privación de derechos procesales de origen europeo adquiridos pre-Brexit y que, por tanto, no podría acordarse de forma unilateral por parte del Reino Unido³¹.

La ausencia de respuesta clara acerca de los escenarios descritos, sobre todo el segundo y el tercero, hacen necesario que la Unión Europea y el Reino Unido alcancen un acuerdo al respecto.

3. El peso post-Brexit de la jurisprudencia del TJUE

Otra fuente de incertidumbre es el peso que deberá reconocerse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia una vez se produzca la salida de la Unión. Al igual que en el apartado anterior, la *European Union (Withdrawal) Bill* contiene una norma al respecto. De acuerdo con la sec. 6(7), la jurisprudencia que haya sido dictada en la fecha del Brexit formará parte del Derecho nacionalizado y tendrá fuerza vinculante sobre las autoridades británicas como si de una sentencia de la *Supreme Court* se tratase. Deriva de ello que en cualquier decisión en la que haya que pronunciarse acerca de la interpretación, validez o efecto de una norma, habrá que respetar los principios y reglas que emanen de esa jurisprudencia pre-Brexit (sec. 6(3)(a) *European Union (Withdrawal) Bill*). No obstante, dada la equiparación de estas sentencias con las de la *Supreme Court*, la posibilidad de alterar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia corresponderá a la propia *Supreme Court*, que no estará vinculada por la misma (sec. 6(4)(a) *European Union (Withdrawal) Bill*) y deberá aplicar los mismos criterios de juicio que los empleados para los cambios de su doctrina jurisprudencial (sec. 6(5) *European Union (Withdrawal) Bill*)³².

Por el contrario, cuando la sentencia del Tribunal de Justicia haya sido dictada post-Brexit, la solución proporcionada por la *European Union (Withdrawal) Bill* se traslada al polo opuesto. En esos casos, no solo se establece que las autoridades británicas no están vinculadas por la decisiones y principios que emanen de esas sentencias (sec. 6(1)(a) *European Union (Withdrawal) Bill*), sino que se exige a los tribunales del Reino Unido del deber de tomar en consideración esa jurisprudencia (sec. 6(2) *European Union (Withdrawal) Bill*). Es decir, a pesar de que el

³¹ De hecho, la sec. 4(1) *European Union (Withdrawal) Bill* establece en materia de derecho adquiridos que “Any rights, powers, liabilities, obligations, restrictions, remedies and procedures which, immediately before exit day—

(a) are recognised and available in domestic law by virtue of section 2(1) of the European Communities Act 1972, and

(b) are enforced, allowed and followed accordingly, continue on and after exit day to be recognised and available in domestic law (and to be enforced, allowed and followed accordingly).”

³² Criterios que se encuentran en la *United Kingdom Supreme Court Practice Direction 3*.

punto de partida inmediatamente después del Brexit sea la muy probable identidad entre el Derecho de la Unión y las normas equivalentes resultantes del proceso de nacionalización, la jurisprudencia europea que se pueda dictar post-Brexit en relación con ese Derecho ni siquiera tendrá que formar del argumentario empleado por un tribunal británico para resolver una disputa. La ausencia de este deber, no obstante, no impide que el tribunal pueda recurrir a esa jurisprudencia cuando lo considere apropiado haciendo uso de su discrecionalidad jurisdiccional (sec. 6(2) *European Union (Withdrawal) Bill*)³³.

Aunque radical, no parece que esta posición pueda ser objeto de objeción cuando el procedimiento judicial europeo que haya dado lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia se incoe una vez se haya producido el Brexit. Más controvertida, sin embargo, podría ser la aplicación de esta lectura cuando la sentencia en cuestión derive de procedimientos que se encuentren en tramitación ante el Tribunal de Justicia en el momento de efectuarse la salida del Reino Unido. Es cierto que, dado que los derechos y obligaciones generales que derivan de la jurisprudencia de la Unión (esto es, aquellos que van más allá de las partes involucradas en el procedimiento en cuestión) solo nacen desde el momento de la emisión de la sentencia, la disposición de un régimen que niegue el valor normativo de la jurisprudencia post-Brexit parece jurídicamente acertado *stricto sensu*. Sin embargo, podría entenderse que es una solución que demuestra poca voluntad de cooperación en relación con la “*new, deep and special partnership*” que el Reino Unido pretende construir con la Unión³⁴. Es por ello que algún documento del ejecutivo británico ha abierto la puerta a que este sea un escenario susceptible de reevaluación en el marco de la negociación con la Unión.³⁵

Además, es una solución que va más allá de las propuestas que habían realizado en los meses anteriores autorizadas voces del movimiento a favor del Brexit. A

³³ Práctica que iría en la línea con la frecuente referencia por parte de los tribunales británicos a jurisprudencia extranjera cuando la de cuño propio es inexistente o insuficiente. Así lo reconocen, entre otros, R. Aikens y A. Dinsmore, “Jurisdiction, Enforcement and the Conflict of Laws in Cross-Border Commercial Disputes: What Are the Legal Consequences of Brexit?” (2016) *European Business Law Review* 903–920, 917.

³⁴ Y así consta en su documento “*Enforcement and dispute resolution – A Future Partnership Paper*” de 23 agosto 2017, 1.

³⁵ En concreto, HM Government, en “*Ongoing Union judicial and administrative proceedings – Position Paper*” (13 julio 2017) 3, pár. 11, se reconoce que:

“*Discussion of the treatment of pending cases should take into account the interests of those who have taken cases. The UK recognises that beyond a certain point in proceedings, where considerable time and resources have been invested in CJEU proceedings, it may well be right that such cases continue to a CJEU decision. Detailed technical issues would need to be resolved, and the UK will seek to agree with the EU: – the types of case that would be in scope of any agreement in this area; – the point at which a case can be considered to be pending; – the status of any decision reached by the CJEU; – the status of any interventions which the UK has notified; and – the role of UK-appointed judges and Advocate General in the Court and the role of UK lawyers appearing before the Court.*”

título de ejemplo, el prestigioso juez mercantil de la Court of Appeal Sir Richard Aikens abogó con ocasión de una ponencia en King's College London en 26 enero 2017 por la inclusión en la normativa británica de un deber general de “*have ‘due regard’ to existing and future decisions of the CJEU on the interpretation of Rome I*”³⁶. Por tanto, la lectura que parece derivarse de la actual redacción de la *European Union (Withdrawal) Bill* abona el riesgo de divergencia en la interpretación de normas comunes o muy similares entre el Reino Unido y la Unión Europea³⁷ y amenaza el objetivo de mantener el deseado “*coherent legal framework for UK and EU businesses to trade and invest with confidence across borders and support the protection of individuals’ and family rights in cross-border situations*”³⁸.

4. El valor de las Exposiciones de motivos de los Reglamentos

En el apartado anterior se ha mencionado la conveniencia de que las remisiones a normativa de la Unión que puedan encontrarse en el articulado del Reglamento Roma I sean reemplazadas por referencias a los instrumentos análogos británicos. Esta situación no surge con respecto al Reglamento Roma II, que carece de este tipo de remisiones en el texto de sus preceptos. Sin embargo, tal y como ocurre también con el Reglamento Roma I, sí que pueden encontrarse en sus Considerandos varias referencias a instrumentos de la Unión, tanto Directivas como Reglamentos³⁹. Esta circunstancia trae a colación la cuestión más general acerca del valor que tendrán los Considerandos en el escenario post-Brexit. Como punto de partida, parece que los Preámbulos de los Reglamentos sí forman parte del proceso de nacionalización *in totum* que va a llevar a cabo la *European Union (Withdrawal) Bill*, pues su extensión a “*any EU regulation, EU decision or EU tertiary legislation, as it has effect in EU law immediately before exit day*” no distingue entre distintas partes de los instrumentos⁴⁰.

Si esta interpretación lleva a entender que el texto de los Considerandos también quedará incorporado al Derecho interno, parece razonable defender que les siga siendo aplicable la consolidada jurisprudencia del TJUE en relación con su

³⁶ Conferencia coorganizada por el autor de este artículo, junto con los Profesores Jonathan Harris QC y Alexander Layton QC. Para más detalle, *vid.* R. Aikens y A. Dinsmore, “Jurisdiction...”, *cit.*, 918.

³⁷ Riesgo que, entre otros, señalan G. Ruhl, “Brexit Negotiations Series: ‘The Effect of Brexit on the Resolution of International Disputes – Choice of Law and Jurisdiction in Civil and Commercial Matters’” (13 abril 2017) *Oxford Business Law Blog*.

³⁸ HM Government, *Providing a crossborder civil judicial cooperation framework – A Future Partnership Paper* (22 agosto 2017), 6, pág. 19.

³⁹ Por ejemplo, a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, en el Considerando 35 Roma II.

⁴⁰ Sec. 3(2)(a) *European Union (Withdrawal) Bill*.

valor normativo. Según esta, “la exposición de motivos de un acto comunitario no tiene un valor jurídico vinculante y no puede ser invocada ni para establecer excepciones a las propias disposiciones del acto de que se trata ni para interpretarlas en un sentido manifiestamente contrario a su tenor literal”⁴¹. Una doctrina que va en línea con el Principio 10 del Acuerdo Interinstitucional “Legislar mejor”, aprobado por la Unión el 22 diciembre de 1998, que establecía que “la finalidad de los considerandos es motivar de modo conciso las disposiciones esenciales de la parte dispositiva, sin reproducir ni parafrasear su texto. No deben incluir disposiciones de carácter normativo o declaraciones de intención política”⁴².

A pesar de ello, no puede ignorarse que el legislador de la Unión recurre habitualmente a los considerandos para proclamar importantes objetivos de política legislativa o introducir prescripciones con valor normativo que no han gozado de suficiente consenso durante el proceso legislativo para su inclusión en el articulado del Reglamento⁴³. Esta dicotomía de enfoques presente en la Unión puede ser fuente de incertidumbre en la aplicación por los tribunales británicos de la normativa europea “domesticada” por la *European Union (Withdrawal) Bill*. Ante esta situación, resulta razonable predecir que, en caso de duda, los tribunales británicos emplearán el margen de maniobra producido por la descrita disparidad para optar por la solución que en cada caso mejor contribuya a alcanzar un resultado justo para la disputa concreta (“*conflicts justice approach*”⁴⁴) o beneficie el interés nacional⁴⁵.

⁴¹ Asunto C-136/04 *Deutsches Milch c/ Kontor GmbH* [2005] ECR I-10097, pár. 32, aunque esta doctrina ha sido repetida en varios otros Asuntos como C-162/97 *Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren y Solweig Arrborn*, [1998] ECR I-07477, pár. 54, y C-308/97, *Giuseppe Manfredi c/ Regione Puglia* [1998] ECR I-7685, pár. 30.

⁴² Acuerdo Interinstitucional relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria (“Legislar mejor”), aprobado por la Unión el 22 diciembre de 1998. No obstante, este es un principio que no se encuentra en la última versión del Acuerdo Interinstitucional, aprobado el 9 marzo 2016, que no hace referencia al valor normativo de las exposiciones de motivos.

⁴³ Ejemplos paradigmáticos de esta práctica son el Considerando 12 del Reglamento Bruselas I bis en relación con el arbitraje, el Considerando 12 del Reglamento Roma I en relación con la elección tácita o el Considerando 73 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 mayo 2015, sobre procedimientos de insolvencia (*DO L 141*, de 5 junio 2015), en relación con al arbitraje.

⁴⁴ Con respecto a este tradicional approach, vide K. J. Barnes, “The role of the European Union in the harmonisation of international private law: a theoretical perspective” (2009) 5 *Cambridge Student Law Review*, 124–144, 129; R. Fentiman, “Choice of Law in Europe: Uniformity and Integration” (2008) 82 *Tulane Law Review*, 2021–2051, 2036; T. Hartley, “The European Union and the systematic dismantling of the common law of conflict of laws” (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly*, 813–828, 815.

⁴⁵ Respecto a esta práctica en materia de determinación de la ley aplicable, vide M. Penadés Fons, “Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome” (2015) 78(2) *Modern Law Review*, 241–295.

5. *La posible modificación del régimen de ley aplicable por el Reino Unido o por la Unión Europea: ¿El comienzo de la divergencia?*

Una incertidumbre no tanto jurídica como pragmática es la relativa al riesgo de divergencia producido por la reforma de los regímenes de ley aplicable que puedan llevar a cabo por separado el Reino Unido y la Unión Europea. Una circunstancia que, en el caso de la Unión, está marcada por las cláusulas de revisión que imponen los arts. 27 Roma I y 30 Roma II. Si bien es cierto que podría predicarse que la voluntad de mantener un marco legal coordinado y uniforme llevará al Reino Unido a seguir las modificaciones que puedan introducirse por la Unión, la realidad es que el Reino Unido tiene una forma de legislar muy distinta a la que muy probablemente vaya a existir en la Unión tras el Brexit. Además, los intereses nacionales que puedan verse afectados por el régimen de ley aplicable son probablemente distintos a los que puedan inspirar la política legislativa de la Unión, a lo que ha de sumarse el grado dispar de influencia que el lobby de las industrias británicas estratégicas (seguro, finanzas, transporte, etc) puede tener en el Reino Unido y en la Unión Europea post-Brexit. Deriva de todo ello que la aparición de divergencias no debería ser una causa de sorpresa, aunque sí fuente de posible frustración para algunos sectores.

Quizá, uno de los factores que puedan incentivar al Reino Unido a sumarse de forma unilateral a las reformas introducidas por la Unión sea la posible existencia de un régimen paralelo de competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución. Dos razones explican esta simbiosis. En primer lugar, muchos de los conceptos autónomos empleados por los Reglamentos Roma I y Roma II también se encuentran en instrumentos como el Reglamento Bruselas I bis, lo que recomienda su avance unísono para evitar disfunciones⁴⁶. Tomando como base la naturaleza recíproca de este último régimen y la necesidad de que, en caso de adoptarse, se haga a través de un convenio internacional, no es descabellado pensar que cualquier modificación que vaya introduciéndose en ese régimen a nivel convencional obligue *de facto* al Reino Unido a reformar su normativa interna de ley aplicable para mantener la cohesión de los varios instrumentos. En segundo lugar, dado que uno de los rasgos del régimen europeo de reconocimiento y ejecución es la imposibilidad de evaluar la determinación de la ley aplicable realizada por

⁴⁶ Así lo advirtió también la Dr Eva Lein (en su condición de [ex-]Senior Fellow del *British Institute of International and Comparative Law* (BIICL) en su comparecencia ante la *House of Commons – Justice Committee* el 20 diciembre 2016, como parte de las entrevistas realizadas para la elaboración del informe “*Implications of Brexit for the justice system*” (22 marzo 2017), pregunta 23. Disponible en <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/justice-committee/implications-of-brexit-for-the-justice-system/oral/44765.html>.

el tribunal de origen⁴⁷, es posible que, si la Unión accede a aplicar ese régimen al Reino Unido a través de un convenio internacional, tal acuerdo venga anudado al compromiso de mantener un sistema uniforme de ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales.

VI. La regulación del régimen de ley aplicable a través de un convenio internacional

Sin perjuicio de la opción unilateral por la que ha optado la *European Union (Withdrawal) Bill* como solución inmediata, el Gobierno británico también ha declarado recientemente su voluntad de concluir con la Unión Europea un acuerdo internacional que permita perpetuar el intenso grado de cooperación jurídica internacional que se ha alcanzado en el seno de la Unión. Es decir, un tratado internacional que incluya todos o varios de los instrumentos de Derecho internacional privado producidos por la Unión hasta la fecha⁴⁸. Aunque por el momento la Unión no se haya pronunciado al respecto, esta declaración de intenciones por parte del Reino Unido permite considerar la posibilidad de que en un futuro el régimen actualmente recogido en los Reglamentos Roma I y Roma II pueda formar parte de un tratado internacional entre la Unión Europea y el Reino Unido. Esta opción eliminaría varias de las incertidumbres que se han descrito en el apartado anterior, pero simultáneamente sería fuente de otros interrogantes.

Antes de abordarlos, sin embargo, quizá sea necesario detenerse en otra cuestión relacionada. Igual que ahora puede plantearse la vía convencional como una opción potencialmente beneficiosa, no hay que olvidar que esta no es una estrategia nueva en la historia del proyecto europeo. Todo lo contrario, fue la opción primigenia en el desarrollo trasfronterizo y coordinado del Derecho internacional privado entre los Estados hoy miembros de la Unión Europea. Muestra de ello es que, en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales, pero no en sede de obligaciones extracontractuales⁴⁹, el Reglamento Roma I estuvo precedido por el Convenio de Roma de 1980. Procede, por tanto, esclarecer cuál es el estatus de este Convenio en el escenario post-Brexit antes de poder considerar la opción de negociar uno nuevo.

⁴⁷ Art. 52 Reglamento Bruselas I bis.

⁴⁸ Junto con los ya mencionados Reglamentos Roma I y II, el listado es largo. Puede encontrarse en el “*Position paper transmitted to EU27 on Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters*” publicado por la Comisión Europea el 28 junio de 2017, que por razones de espacio aquí se omite.

⁴⁹ Aunque sí existió un proyecto que nunca prosperó. Vide O. Lando, “The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations” (1974) 38 *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 6–55.

1. El estatus post-Brexit del Convenio de Roma de 1980

La reactivación o no del Convenio de Roma de 1980 tras la salida de la Unión Europea por parte del Reino Unido ha sido un tema tratado en extenso por las publicaciones que evaluaban cuáles serían las consecuencias de Brexit por defecto y qué distintas opciones estaban a disposición del Reino Unido. Si una de esas opciones consistía en permitir pasivamente el fin de la aplicación del Derecho de la Unión y retornar al régimen aplicable en su ausencia, devenía necesario evaluar si tal hueco normativo se podía rellenar mediante el retorno al régimen del Convenio. Desde un punto de vista interno, este examen parecía bastante sencillo. Si la secs. 4A y 4B *Contract (Applicable law) Act 1990* establecen que la aplicación de su articulado, y por tanto del Convenio de Roma, quedan excluidas en todo el Reino Unido para cualquier supuesto cubierto por el Reglamento Roma I, el cese de ese Reglamento no podrá sino suponer la reactivación del contenido de la *Act 1990*⁵⁰.

El hecho de que el Reino Unido haya optado por una alternativa “activa” mediante la adopción interna del Reglamento Roma I podría hacer pensar que la supervivencia o no del Convenio de Roma es una cuestión redundante, pues, como quedó expuesto en un apartado anterior, las remisiones de las secs. 4A y 4B tendrán que entenderse realizadas a la versión “británica” de los Reglamentos y, por tanto, seguirán dejando sin aplicación el texto de la *Act 1990*. Desde el punto de vista del Derecho internacional público, sin embargo, esta conclusión no es tan sencilla. Tal y como advirtió la Profesora Eva Lein en su comparecencia ante la *House of Commons – Justice Committee* para la elaboración del informe “*Implications of Brexit for the justice system*”⁵¹, la adopción de una solución interna como la descrita no puede eliminar de forma unilateral la obligación internacional asumida por el Reino Unido mediante la ratificación del Convenio de Roma. Salvo que pueda probarse que el Convenio ha dejado de tener vigencia, desde la perspectiva internacional su régimen debería prevalecer sobre el interno y, por tanto, sus soluciones conflictuales (aunque no las más avanzadas) serán las de aplicación prioritaria.

Existen dos razones que permiten descartar esta preocupación. La primera, y más radical, es que el Convenio de Roma, a pesar de permanecer vigente, ya no es fuente de las mencionadas obligaciones internacionales para el Reino Unido en los supuestos cubiertos por el Reglamento. El art. 24.1º Roma I establece que

⁵⁰ Este es el argumento que puede leerse en muchas publicaciones, como R. Aikens y A. Dinsmore, “Jurisdiction...”, *cit.*, 916.

⁵¹ Dr Eva Lein ([ex-]Senior Fellow del *British Institute of International and Comparative Law* (BIICL)), comparecencia ante la *House of Commons – Justice Committee* el 20 diciembre 2016 para la elaboración del informe “*Implications of Brexit for the justice system*”, pregunta 23.

“el presente Reglamento sustituirá al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y a los que no se aplica el presente Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado”. Es cierto que esta sustitución no equivale a la derogación total del Convenio⁵², pues el propio precepto reconoce su supervivencia residual para territorios concretos, principalmente territorios de ultramar del Reino Unido, Francia y Holanda⁵³. Además, el Convenio continúa siendo de aplicación en Dinamarca, que está excluido del Reglamento *ex art.* 1.4 Roma I. Incluso, las autoridades del resto de Estados miembros todavía permanecen obligadas a aplicar el Convenio a todos los contratos que fueron concluidos entre su entrada en vigor (1 de abril 1991) y el comienzo del Reglamento Roma I (17 diciembre 2009). Sin embargo, todos estos vestigios de aplicación no deberían impedir apreciar que el Convenio dejó de ser aplicable a todos aquellos supuestos que geográfica y temporalmente pasaron a estar cubiertos por el Reglamento. Es decir, si bien la llegada del Reglamento no supuso un caso de terminación parcial del Convenio (pues esta solo es aceptada por en el Derecho internacional público en supuestos excepcionales que no coinciden con el estudiado⁵⁴), sí puede entenderse como un supuesto de modificación o redefinición del ámbito de aplicación del Convenio realizado al amparo de los arts. 29 y 41 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. En opinión del autor, los efectos de esta modificación no deberían poder deshacerse por el hecho de que el Reglamento Roma I deje de aplicarse al Reino Unido con ocasión de Brexit, pues tal modificación fue realizada válidamente por los Estados firmantes afectados y, por tanto, ha de operar en el tiempo sin perjuicio del cambio posterior de las circunstancias de uno de ellos.

De hecho, si el cambio de circunstancias ha de invocarse por algún motivo, ha de serlo para alegar que la pérdida de la condición de Estado miembro por parte del Reino Unido ha de ser una razón para su exclusión del Convenio. Prueba de

⁵² Cuestión en la que parece haber amplio acuerdo doctrinal. Por todos, M. Lehmann y D. Zetzsche, “Brexit and the Consequences for Commercial and Financial Relations between the EU and the UK” (2016) *European Business Law Review* 999–1027, 1004; A. Dykinson, “Back to the future...”, *cit.*, 203–204; R. Aikens y A. Dinsmore, “Jurisdiction...”, *cit.*, 903; J. Harris, “Brexit & cross-border dispute resolution” (2 December 2016) *New Law Journal*, 10–11, 11; COMBAR, “Brexit Report...”, *cit.*, 14–17.

⁵³ Se encuentran listados en el Anexo II del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Groenlandia, Nueva Caledonia y sus dependencias, Polinesia francesa, tierras australes y antárticas francesas, Islas Wallis y Futuna, San Pedro y Miquelón, San Bartolomé, Aruba, Antillas neerlandesas, Anguila, Islas Caimán, Islas Malvinas (Falkland), Georgia del Sur e Islas Sandwich del Sur, Montserrat, Pitcairn, Santa Elena y sus dependencias, territorio antártico británico, territorios británicos del Océano Índico, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes británicas y Bermudas.

⁵⁴ *Vid.* arts. 44.2º y 60 Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969.

ello es que el Preámbulo del Convenio empieza identificando a los Estados firmantes como “Las Altas Partes Contratantes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea”, una condición con la que ya no contaría el Reino Unido tras el Brexit⁵⁵. Incluso si se alega que no existe en el Convenio ninguna indicación expresa que condicione la participación en el Convenio a la participación continuada en el proyecto europeo⁵⁶, sí parece razonable que el Brexit constituya un cambio fundamental de circunstancias que faculta al Estado firmante a “dar por terminado el tratado o retirarse de él” (art. 62 Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados)⁵⁷.

Independientemente de la vía argumental por la que pueda decantarse el lector, la suma de todas ellas ha llevado a una de las voces más autorizadas del Derecho internacional privado del Reino Unido a afirmar que si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuviera que pronunciarse sobre la reactivación del Convenio de Roma post-Brexit para poder aplicarlo al Reino Unido⁵⁸, sería “irrealista” esperar que declarara la vigencia y eficacia del mismo.⁵⁹

La segunda razón para descartar la preocupación apuntada por la Profesora Lein es de naturaleza más práctica. Ello se debe al régimen dualista de adopción de tratados internacionales que rige en el Reino Unido. Según ese modelo, para que un tratado produzca sus plenos efectos en el ordenamiento británico es necesario que el acto de ratificación y firma llevada a cabo por la Corona venga seguido de un instrumento legislativo aprobado por el Parlamento que proporcione una base

⁵⁵ De forma análoga, así lo argumenta J. Basedow, “Brexit...”, *cit.*, 115 en relación con el Convenio de Bruselas de 1968.

⁵⁶ Como así argumentan M. Lehmann y D. Zetsche, “Brexit and...”, *cit.*, 1004.

⁵⁷ Es cierto que una de las condiciones para poder invocar este cambio fundamental de circunstancias es que “el cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado” (art. 62.1.b CVDT), pero ello no debería ser un obstáculo para activar este mecanismo. El cese de los deberes de confianza mutua, de cooperación leal, de garantizar el principio de efectividad de la Unión o la pérdida de derecho a recurrir al Tribunal de Justicia (que también se aplica al Convenio en virtud de su Protocolo de Bruselas de 1988) suponen modificaciones de suficiente calado para satisfacer los requisitos del art. 62 CVDT. Así lo han entendido también, aunque con escueta justificación, A. Dykinson, “Back to the future...”, *cit.*, 203–204, y la Profesora Tania Domej en su ponencia “*Cross-border circulation of titles: revival of former instruments or application of national regimes?*” ofrecida en el marco del Seminario “*Post Brexit: The Fate of Commercial Dispute Resolution in London and on the Continent*” celebrado en el *British Institute of International and Comparative Law* el 26 mayo 2016.

⁵⁸ La base competencial para este pronunciamiento podría ser varia: la atribución general de competencia realizada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; el Protocolo de Bruselas de 1988 que abre la vía al Tribunal de Justicia a los Estados firmantes del Convenio de Roma y lo convierte en máximo intérprete del mismo; o incluso un hipotético Acuerdo de Salida entre Reino Unido y Unión Europea que pudiera reconocer cierto rol al Tribunal de Justicia en materias de cooperación judicial en materia civil y mercantil.

⁵⁹ A. Briggs, “Written Evidence...”, *loc. cit.*, pár. 6.

legal interna al acto de Derecho internacional público realizado por la monarquía.⁶⁰ Sin esta segunda fase, el convenio no será aplicable invocable a nivel interno, sin perjuicio de que ello pueda generar discrepancias entre la obligación convencional internacional y la realidad jurídica interna⁶¹.

La consecuencia directa de este modelo es que, incluso si se asume que el Convenio de Roma quedara reactivado tras el Brexit, la norma prevista en la sec. 5(2) *European Union (Withdrawal) Bill* según la cual continúa respetándose el principio de primacía de la normativa de origen europeo sobre el resto del Derecho interno, impedirá que las autoridades británicas den efecto a normativa interna que contradiga a la proveniente de la Unión. Es decir, en el plano interno la versión “domesticada” del Reglamento Roma I prevalecerá sobre la *Contract (Applicable law) Act 1990* y, por tanto, impedirá su aplicación. Las repercusiones de este resultado serán probablemente inocuas para el Reino Unido porque los Estados firmantes hipotéticamente perjudicados serán los miembros de la Unión Europea⁶², que cuentan en su propio Derecho con un instrumento (art. 24 Roma I) que declara la misma subordinación del Convenio de Roma al régimen del Reglamento. Simultáneamente, los Estados ajenos al Convenio no verán ningún derecho internacional vulnerado.

Estas son las razones que producen que el debate acerca de la posible vigencia y reactivación del Convenio de Roma, aun siendo una materia controvertida, devenga una cuestión secundaria desde un punto de vista práctico⁶³.

2. La posibilidad de un Convenio internacional Reino Unido – Unión Europea que perpetúe el régimen de Roma I y Roma II

Como se mencionaba al principio de este apartado el Reino Unido ha declarado abiertamente el deseo de concluir un “*agreement with the EU that allows for close and comprehensive cross-border civil judicial cooperation on a reciprocal basis, which reflects closely the substantive principles of cooperation under the current EU framework*”, con el resultado de que “*litigating a cross-border case involving*

⁶⁰ *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418. La relevancia de esta dualidad fundamental quedó puesta de manifiesto en relación con el Tratado de la Comunidad Económica Europea en el asunto *Blackburn v Attorney General* [1971] 1 WLR 1037.

⁶¹ Para una explicación más detallada, A. Dykinson, “Back to the future...”, *cit.*, 201.

⁶² Con excepción de Dinamarca.

⁶³ A. Dykinson, “Back to the future...”, *cit.*, 203. Quiero agradecer a mi compañero Alexander Layton QC su asistencia en la redacción de esta sección.

*UK and EU parties under civil law, wherever it might take place, will be easier, cheaper and more efficient for all involved*⁶⁴.

Como indican estas manifestaciones, el objeto principal de este posible convenio serán los instrumentos que se asientan sobre un modelo de reciprocidad (competencia judicial internacional y, sobre todo, reconocimiento y ejecución). Sin embargo, no puede negarse que un convenio que también incluyera las cuestiones de ley aplicable reguladas por los Reglamentos Roma I y Roma II podría ser altamente beneficioso desde un punto de vista sistemático. Principalmente, facilitaría el mantenimiento de la coherencia entre instrumentos que hasta la fecha ha inspirado la labor de legislador de la Unión y del Tribunal de Justicia y evitaría la necesidad de realizar la mayoría de las adaptaciones que se han mencionado en el apartado IV de este artículo.

Sin embargo, estos beneficios vendrían anudados a la incertidumbre relacionada con el controvertido rol que el Tribunal de Justicia tendría que jugar en la interpretación de este sistema. En este punto, los intereses del Reino Unido y la Unión Europea parecen ser antagónicos. El primero ha declarado en numerosas ocasiones su voluntad de “liberarse” de la autoridad que el Tribunal de Justicia ejerce actualmente sobre territorio británico. La segunda, por su parte, es muy probable que sea reticente a suscribir un convenio que otorgue al Reino Unido los beneficios que derivan de un régimen de Derecho internacional privado uniforme si no obtiene a cambio la garantía de que la aplicación e interpretación de esas reglas en todo el territorio del Convenio serán acorde con los parámetros que se apliquen para normas idénticas o muy similares en el marco de la Unión.

Consciente de este reto, el informe “*Implications of Brexit for the justice system*” elaborado por la *House of Commons – Justice Committee* tras un largo proceso de consulta con expertos y *stakeholders* ha llegado a reconocer que conceder “*a role for the CJEU in respect of essentially procedural legislation concerning jurisdiction, applicable law, and the recognition and enforcement of judgments, is a price worth paying to maintain the effective cross-border tools of justice*”.⁶⁵ No parece que el ejecutivo británico quiera mostrarse tan abierto a ceder espacio a la Unión Europea con antelación a las negociaciones, por mucho que la mencionada recomendación venga de la *House of Commons*. Por ello, hasta la fecha su única concesión, tras insistir en el final de la competencia directa del Tribunal de Justicia sobre el Reino Unido, ha sido que “*where appropriate, the UK and the*

⁶⁴ Ambos fragmentos del documento publicado por el ejecutivo británico “*Providing a crossborder civil judicial cooperation framework – A Future Partnership Paper*” (22 agosto 2017), 6, párs. 19 y 18 respectivamente.

⁶⁵ House of Commons – Justice Committee, “*Implications of Brexit for the justice system*” (22 marzo 2017), 17.

*EU will need to ensure future civil judicial cooperation takes into account regional legal arrangements, including the fact that the CJEU will remain the ultimate arbiter of EU law within the EU*⁶⁶.

Una de las opciones frecuentemente planteada en este sentido es el modelo que ofrece el Convenio de Lugano 2007. De acuerdo con el art. 1.1 del Protocolo No 2 del Convenio, relativo a la interpretación judicial uniforme del Convenio y al Comité permanente, los tribunales de los Estados parte que no sean miembros de la Unión Europea tendrán la obligación de “tener debidamente en cuenta los principios establecidos en las sentencias relevantes” dictadas por el Tribunal de Justicia. Esta no es una figura ajena al Reino Unido, pues la sec. 2(1) *Human Rights Act 1998* prevé que los tribunales británicos deberán tomar en debida consideración (“*due regard*”) las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en relación con la Convención Europea de Derechos Humanos.

Sin embargo, esta no es la única opción posible y así lo demuestra el largo listado de alternativas que de forma ilustrativa ofrece otro reciente documento publicado por el Gobierno de Theresa May. Bajo el título “*Enforcement and dispute resolution – A Future Partnership Paper*”, el ejecutivo plantea hasta siete modelos distintos de mecanismos que puedan emplearse de forma alternativa o combinada para la resolución de disputas que pueda surgir en cuanto a la aplicación y la interpretación de un eventual Convenio internacional concluido entre el Reino Unido y la Unión Europea⁶⁷. Estos son el establecimiento de un Comité permanente que evalúe y elimine mediante el diálogo las discrepancias de interpretación entre las partes; la disponibilidad de acudir a un tribunal arbitral *ad hoc* para la resolución de este tipo de desavenencias; la definición de un sistema de intercambio de información entre las partes del Convenio que contribuya a la transparencia en el cumplimiento de sus obligaciones; el respeto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada con antelación al Convenio en relación con instrumentos de la Unión que sean idénticos o esencialmente similares al contenido del Convenio; la toma en consideración de las decisiones del Tribunal de Justicia dictadas tras la conclusión del Convenio cuando el contenido del mismo coincida de forma idéntica con el instrumento relevante de Derecho de la Unión; la creación de una Autoridad conjunta de supervisión y monitorización para evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones que deriven del Convenio; y, por último, la autorización para que las autoridades judiciales británicas puedan remitir cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia en relación con cuestiones del Convenio que empleen conceptos de Derecho de la Unión.

⁶⁶ HM Government, “*Providing a crossborder civil judicial cooperation framework – A Future Partnership Paper*” (22 agosto 2017), 6, pár. 20.

⁶⁷ HM Government, “*Enforcement and dispute resolution – A Future Partnership Paper*” (23 agosto 2017), 7–10, párs. 30–58.

En definitiva, un amplio menú de opciones que, si bien se proponen de forma general para cualquier Acuerdo que pueda alcanzarse entre el Reino Unido y la Unión Europea, sirve como óptimo punto de partida para la negociación de un posible convenio internacional en materia de Derecho internacional privado. Al menos en relación con ley aplicable, la Unión Europea tendrá que aceptar que cualquier rol que se pueda atribuir al Tribunal de Justicia en el marco de ese Convenio tendrá que considerarse como un logro, por pequeño que fuera. Dada la posibilidad de que los Reglamentos Roma I y Roma II puedan ser convertidos en Derecho interno de forma unilateral por el Reino Unido, el punto de partida no es otro que el ya anunciado en la *European Union (Withdrawal) Bill*: la ausencia de valor vinculante alguno de la jurisprudencia post-Brexit del Tribunal de Justicia y la exención a los tribunales británicos de todo deber de tomarla en consideración en el razonamiento de sus decisiones. Una situación que solo puede mejorar.

VII. Conclusión

La llegada del Brexit constituye una amenaza general para la estabilidad del sistema de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil que hasta la fecha ha existido en el territorio de la Unión. En sede de ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales esta incertidumbre viene sustancialmente aminorada debido a la posibilidad de que los instrumentos que la regulan operen de forma unilateral y universal. Sobre esta base, este artículo ha analizado las implicaciones de la decisión de nacionalizar los Reglamentos Roma I y II a través de la *European Union (Withdrawal) Bill*. Aunque aparentemente sencilla, el estudio detenido de esta solución ha demostrado que su viabilidad requiere la introducción de múltiples modificaciones en el articulado de ambos Reglamentos y plantea numerosas incertidumbres en cuanto a su operatividad. Todos ellos son superables, pero no pueden pasar desapercibidos.

Precisamente por estas cautelas, esta contribución también ha entendido apropiado explorar la posibilidad de que el Reino Unido y la Unión concluyan un Acuerdo internacional en materia de cooperación jurídica internacional, incluidas las cuestiones de ley aplicable. Para ello, no obstante, hay que evaluar primero el estatus que preserva el Convenio de Roma de 1980 en el escenario post-Brexit. Por último, y de forma fundamental, el análisis se ha detenido en los distintos roles que puede otorgarse al Tribunal de Justicia en el marco de ese Acuerdo, pues sin duda esa será una de las claves para el deseado éxito en la negociación.

Bibliografía

- Aikens, R. y Dinsmore, A.: "Jurisdiction, Enforcement and the Conflict of Laws in Cross-Border Commercial Disputes: What Are the Legal Consequences of Brexit?" (2016) *European Business Law Review*, pp. 903–920.
- Barnes, K.J.: "The role of the European Union in the harmonisation of international private law: a theoretical perspective" (2009) 5 *Cambridge Student Law Review*, pp. 124–144.
- Basedow, J.: "Brexit and Business Law" (2017) *China-EU Law Journal* 101, 107 y COMBAR (Commercial Bar Association), "Brexit Report on Conflict-of-Laws" (2017), pp. 8–9.
- Dykinson, A.: "Back to the future: the UK's EU exit and the conflict of laws", (2016) 12(2) *J. Priv. Int'l L.*, pp. 195–210.
- Fentiman, R.: "Choice of Law in Europe: Uniformity and Integration" (2008) 82 *Tulane Law Review*, pp. 2021–2051.
- Fernández Rozas, J.C.: "Brexit 2: Comienzo de las negociaciones e inicio de los debates conducente a la Gran Ley Derogatoria británica (*Great Repeal Bill*)" (29 septiembre 2017), *La Ley – Unión Europea*, nº 51.
- Harris, J.: "Brexit & cross-border dispute resolution" (2 December 2016) *New Law Journal*, pp. 10–11.
- Hartley, T.: "The European Union and the systematic dismantling of the common law of conflict of laws" (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 813–828.
- Lando, O.: "The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations" (1974) 38 *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, pp. 6–55.
- Lehmann, M. y Zetzsche, D.: "Brexit and the Consequences for Commercial and Financial Relations between the EU and the UK" (2016) *European Business Law Review*, pp. 999–1027.
- Penadés Fons, M.: "Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome" (2015) 78(2) *Modern Law Review*, pp. 241–295.
- Purves, R.: "Brexit takes shape: the UK Government's White Paper on 'The Great Repeal Bill'" (2017) Mayo, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, pp. 263–264.
- Ruhl, G.: "Brexit Negotiations Series: 'The Effect of Brexit on the Resolution of International Disputes – Choice of Law and Jurisdiction in Civil and Commercial Matters'" (13 abril 2017) *Oxford Business Law Blog*.

Recepción: 15 septiembre 2017

Aceptación: 4 octubre 2017

BREXIT Y DERECHO DE SOCIEDADES

Rafael ARENAS GARCÍA *

SUMARIO: I. Libertad de establecimiento y competencia entre ordenamientos en materia societaria. II. Inaplicación del Derecho de la UE y Derecho de sociedades: 1. Derecho originario: A) Reconocimiento societario; B) Transformación societaria. 2. Derecho derivado. III. El acuerdo de salida y las estrategias de salida: 1. Contenidos posibles del acuerdo. 2. Estrategias de los operadores económicos. IV. La relación futura entre la UE y el RU. V. Conclusión.

RESUMEN: El RU se ha convertido en un Estado clave para la comprensión del Derecho europeo de sociedades. La posibilidad de constituir sociedades en cualquier Estado de Europa en función de la calidad de su Derecho de sociedades para operar en cualquier país europeo, incluso en supuestos en los que no se realiza ninguna actividad en el Estado de constitución, ha servido para que el Derecho británico de sociedades sea utilizado por operadores económicos europeos para la creación de sociedades que tienen su sede real en otros Estados miembros de la UE.

El Brexit obligará a la transformación de estas sociedades, evitando las dificultades que se derivarían de la falta de reconocimiento de tales sociedades en los Estados una vez que ya no sea obligado tener en consideración las exigencias de la libertad de establecimiento. Plantean problemas específicos las formas societarias europeas. Sería conveniente que el acuerdo para la salida del RU se ocupara del régimen de estas sociedades que estuvieran domiciliadas en el RU. Este acuerdo debería regular las operaciones de transformación societaria en que intervinieran sociedades constituidas en el RU, iniciadas antes de la fecha efectiva de la salida del RU de la UE, pero que no hubieran concluido en ese momento.

Finalmente, en estos momentos no parece posible prever cuál será el régimen futuro de relaciones entre la UE y el RU en materia de sociedades. Los mecanismos existentes para la proyección sobre las sociedades británicas de la libertad de establecimiento exigen un favorecimiento de la libre circulación de personas que parece chocar con las pretensiones británicas en el momento actual de las negociaciones.

PALABRAS CLAVE: BREXIT – DERECHO DE SOCIEDADES – LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

ABSTRACT: *Brexit and Company Law*

The UK has become a key state for understanding European company law. The possibility of incorporating a company in a European State, taking into account the quality of its company law, even in cases in which the company will have no economic activity in the incorporation State; has

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universitat Autònoma de Barcelona.

been used by European economic actors in order to create companies in the UK, but with their real seat in other EU Member States.

Brexit will impose the transformation of these companies. This transformation will be necessary to avoid the difficulties that would arise from the lack of recognition of such companies in the States following the “real seat” theory, once it will be no longer necessary to take into account the requirements derived from the freedom of establishment. There are specific problems related to the European corporate forms (SE, SCE and EEIG). It would be desirable that the agreement for the withdrawal of the EU from the EU should deal with the regime of these entities in those cases in which the entity’s registered office is located in the UK. This agreement should also regulate corporate transformation operations involving companies incorporated in the UK, which were initiated before the effective date of the exit from the EU but were not concluded at that time.

Finally, it does not seem possible at this moment to predict how the future partnership agreement between the EU and the UK will affect company law. The legal tools that now are in force and that are useful to project the freedom of establishment over British companies require also an agreement on free movement of persons that seemingly clash with the British negotiation goals.

KEY WORDS: BREXIT - COMPANY LAW - FREEDOM OF ESTABLISHMENT.

I. Libertad de establecimiento y competencia entre ordenamientos en materia societaria

1. La evolución del DIPr de sociedades en la UE no puede ser entendida sin considerar el Derecho de sociedades británico. La participación en la Unión de un país que, por una parte, cuenta con un sistema societario que en algunos aspectos esenciales se diferencia claramente del de muchos de los países continentales (por ejemplo, en la exigencia del desembolso de un capital social en el momento de la constitución de una sociedad de capital) y, por otra parte, está fuertemente internacionalizado, con un idioma que es conocido por cualquier operador económico o jurídico medio y, por tanto, más accesible que otros ordenamientos en los que es preciso manejarse en lenguas minoritarias desde una perspectiva global; es un factor que ha de ser considerado si se quiere entender la evolución de las relaciones entre Derecho de sociedades y Derecho de establecimiento en la UE desde finales del siglo XX hasta la actualidad.

Resumidamente, la libertad de establecimiento de sociedades en la UE estuvo limitada hasta el año 1999 por la asunción generalizada de que cada Estado miembro podía proyectar sobre las sociedades constituidas en otro Estado miembro su sistema de origen interno en materia de DIPr de sociedades. De acuerdo con este planteamiento, pocas diferencias había en la UE entre la regulación de la actividad internacional de las sociedades creadas en Estados miembros y en Estados terceros. En concreto, aquellos países que seguían la denominada teoría de la sede dejarían de reconocer la personalidad jurídica de las sociedades creadas en un Estado diferente de aquél en el que se encontraba la sede real de la sociedad; y esto tanto si estas sociedades tenían su sede en un Estado miembro

como en un Estado tercero y con independencia de que la sociedad hubiera sido creada en un Estado integrado en la UE o en un Estado no miembro de la Unión.

2. Como es sabido, todo esto cambió de manera sustancial a partir de la Sentencia *Centros* de 9 marzo 1999¹. Como resultado de esta sentencia y de las que la siguieron² dejó de resultar posible no reconocer la personalidad jurídica de una sociedad constituida según el Derecho de un Estado miembro de la UE. La libertad de establecimiento regulada en el TFUE para las personas físicas, y extendida a las sociedades según lo previsto en el art. 54 del TFUE, impedía que los Estados miembros no consideraran como existentes las sociedades creadas en otros Estados de la Unión. Además, ciertas regulaciones societarias del Estado de constitución deberían ser siempre aplicadas, incluso en otros Estados miembros donde la sociedad operara³. Finalmente, las exigencias de la libertad de establecimiento tenían consecuencias fiscales⁴.

A partir de aquí los operadores económicos se veían liberados de constituir las sociedades que utilizarían en sus operaciones allí donde se encontraba el centro efectivo de la sociedad, su administración central o su establecimiento principal. Antes del año 1999 quienes optaban por constituir una sociedad en un Estado distinto de aquel en el que se encontraba la sede real de la sociedad se arriesgaban a que en Estados en los que se siguiera la teoría de la sede no fuera reconocida la personalidad jurídica de la sociedad. De acuerdo con la jurisprudencia iniciada con la Sentencia *Centros*, tal denegación del reconocimiento cuando la constitución se había realizado según lo previsto en el Derecho de un Estado miembro ya no era admisible, por lo que se abría la posibilidad de optar por constituir la sociedad en un Estado diferente de aquel en el que se desarrollaría principalmente la actividad económica de la sociedad. De esta forma, los fundadores de la sociedad podían elegir el Derecho societario que se aplicaría a la constitución de la sociedad y, tal como acabamos de ver, a algunos aspectos de su funcionamiento.

Desde el año 1999, por tanto, los operadores económicos y jurídicos en la UE podían elegir el Derecho rector de la sociedad mediante la que deseaban operar en el mercado y realizar dicha opción a partir del contenido de dicho Derecho, sin

¹ STJ 9 marzo 1999, *Centros Ltd. y Erhvevs-og Selskabsstyrelsen*, As. C-212/97, EU:C:1999:126.

² Para un análisis de esa jurisprudencia me remito a R. Arenas García, “Sombras y luces en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de DIPr de sociedades”, en C. Esplugues Mota/G. Palao Moreno, (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhíques*, València, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 739-759.

³ Sobre esto vid. M. Gardeñes Santiago, “Observaciones acerca del establecimiento transfronterizo de sociedades en la Unión Europea”, en C. Górriz López/R. Arenas García (coords.), *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 45-71, pp. 65-68.

⁴ Muy clara en este sentido la Sentencia en el caso *National Grid* (STJ (Gran Sala) 29 noviembre 2011, *National Grid Indus BV c. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, As. C-371/10, EU:C:2011:785) en un caso de transferencia internacional de sede social.

que el Estado de constitución tuviera que presentar ningún vínculo significativo con la empresa que gestionaría la sociedad. El Tribunal de Justicia de la UE hizo esto explícito en su Sentencia *Centros*⁵. La competencia entre ordenamientos societarios en la UE fue formalmente declarada, lo que, a su vez, abría la posibilidad de que en Europa se acabara produciendo un equivalente al “efecto Delaware” en Estados Unidos⁶. Los diferentes Derechos europeos competirían entre sí para atraer la creación de compañías y los operadores jurídicos irían seleccionando aquellos ordenamientos que tuvieran Derechos mejor adaptados a las necesidades de los fundadores de la sociedad⁷.

3. La competencia solamente operaría entre los Estados que permitieran la constitución de sociedades que no tuvieran su centro económico o su administración central en el país donde la sociedad es creada. Si el Derecho de un Estado no permite que se creen en dicho país sociedades que no tengan también su sede real en el mencionado país dicho país no participará en esta “competencia”. En cambio, si un Estado facilita que se creen de acuerdo con su Derecho sociedades que no tienen su centro económico en dicho Estado, o incluso que no desarrollan actividades económicas en su Estado, será más factible que tal Derecho sea elegido para crear sociedades que van a desarrollar sus actividades en otros Estados de la UE.

La regulación de los Estados sobre creación de sociedades no se ve afectada en este punto por la libertad de establecimiento que recoge el TFUE. Esto es, un Derecho nacional que limite la creación de sociedades a aquellos casos en los que la sociedad tenga su centro de actividad principal, su administración central o algún

⁵ Vid. párr. 27 de la Sentencia *Centros*: “En estas circunstancias, el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del Derecho de establecimiento.”

⁶ Se conoce como “efecto Delaware” la circunstancia de que aproximadamente la mitad de las sociedades de Estados Unidos están constituidas en el pequeño Estado de Delaware, que se ha especializado en atraer la constitución de sociedades que operan por todo Estados Unidos. Vid. el documento del propio Estado de Delaware donde explica las ventajas de constituir una sociedad en Delaware y aporta datos sobre el éxito del Estado como hogar de sociedades, L.S. Black Jr., *Why Corporations Choose Delaware*. Delaware Department of State. Division of Corporations, https://corp.delaware.gov/pdfs/whycorporations_english.pdf, consultado el 29 agosto 2017. Vid. también E.B. Rock, “Saints and Sinners: How does Delaware Corporate Law Work?”, *UCLA Law Review*, 1997, vol. 44, nº 4, pp. 1009-1107. En ocasiones el acceso a Delaware se consigue mediante la transferencia a este Estado de una sociedad ya creada en otro. Para una comparación entre la liberalización de la “reincorporación” de sociedades en Estados Unidos y en Europa vid. F.M. Mucciarelli, “Freedom of Reincorporation and the Scope of Corporate Law in the U.S. and the E.U.”, *New York University Law and Economic Working Papers*, paper 257, http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/257, consultado el 29 agosto 2017.

⁷ Sobre las “sociedades fantasma” en la UE, vid. J. Carrascosa González, “Sociedades fantasma y Derecho internacional privado”, *REEI*, 2014, nº 27, pp. 18-20.

vínculo económico con el Estado de constitución es compatible con las exigencias de la libertad de establecimiento; pero también lo es una legislación que establezca la posibilidad de que sean creadas sociedades de acuerdo con este Derecho aunque la sociedad resultante no tenga ningún vínculo sustancial con el Estado de constitución. De esta forma, es posible que unos Estados sean más favorables a la constitución de sociedades que no tengan vínculos sustanciales con el Estado de creación y otros dificulten la creación de este tipo de sociedades.

En el caso de España no hay ningún límite en la regulación societaria en lo que se refiere a la creación de sociedades españolas que carezcan de vínculos sustanciales con España. Es cierto que el art. 9.1º LSC prevé que las sociedades de capital han de fijar su domicilio dentro del territorio español “en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación”; pero en caso de que esto no suceda lo que prevé el art. 10 de la misma Ley es simplemente que los terceros podrán considerar como domicilio tanto el registral como el del lugar en el que se encuentre, dentro del territorio español, la efectiva administración y dirección de la sociedad o donde se ubique su principal establecimiento o explotación; por lo que no parece derivarse de la regulación la imposibilidad de que se constituya en España una sociedad que no tiene en España su principal establecimiento o explotación o su efectiva administración o dirección⁸.

Ahora bien, existen otros elementos en nuestro Derecho que no favorecen la creación de sociedades en España que no desarrollen en nuestro país al menos una parte significativa de su actividad económica. En concreto, hemos de tener en cuenta que la Ley del Impuesto de Sociedades convierte en sujeto pasivo del impuesto a todas las sociedades constituidas según el Derecho español⁹.

De esta forma, toda sociedad constituida en España, incluso aunque no realice actividades económicas en nuestro país, deberá realizar la declaración del Im-

⁸ También hay que tener en cuenta que no será posible que en el momento de la creación de la sociedad el Registrador Mercantil deniegue ésta por entender que no se ubica en nuestro país ninguno de los elementos que recoge el art. 9.1º LSC ya que la calificación del Registrador deberá limitarse a los documentos presentados y al contenido del Registro, *vid.* R. Arenas García, *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 197 y 226-227.

⁹ *Vid.* art. 8.1º Ley del Impuesto de Sociedades (Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, BOE 28.11.2014): “Se considerarán residentes en el territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos: a) Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas.// b) Que tengan su domicilio en territorio español.// c) Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español”. El art. 7.1º de la Ley establece la lista de sujetos que serán contribuyentes del impuesto “cuando tengan su residencia en territorio español”.

puesto de Sociedades, por lo que, seguramente, pocos incentivos habrá para constituir la sociedad en España si no se va a realizar en este país ninguna actividad económica.

4. El Derecho de sociedades británico permite la constitución de sociedades sin necesidad de que tales sociedades deban desarrollar actividad alguna en el Reino Unido y, además, no por el hecho de haberse constituido según el Derecho británico tales sociedades serán considerados como sujetos pasivos del impuesto de sociedades. Tan solo sucederá esto si la sede de dirección de la sociedad se encuentra en el Reino Unido¹⁰. Estas aparentes ventajas, unidas a ciertas características del Derecho de sociedades británico que mencionaremos enseguida hicieron que una vez “liberalizado” el establecimiento de sociedades en la UE, el RU se convirtiera en cuna de sociedades que estaban destinadas a operar en toda Europa. Es cierto, como veremos, que tras un inicial aumento de sociedades creadas en el RU con el fin de desarrollar actividades fuera de ese país, el entusiasmo por el Derecho de sociedades británico descendió un tanto; pero aún así se estima que varias decenas de miles de sociedades británicas desarrollan fundamentalmente su actividad en otros países de la UE¹¹.

El RU se ha convertido, pues, en un país clave en el Derecho societario europeo. Probablemente no es casual que la Sentencia que abrió la libre circulación de sociedades en la UE, la ya mencionada Sentencia *Centros*, tuviera como protagonista a una sociedad creada en el RU. En ese caso, se trataba de una sociedad que desarrollaría toda su actividad en otro Estado miembro de la UE (Dinamarca) y que había sido creada en Inglaterra para eludir el desembolso del capital social mínimo de una sociedad equivalente en Dinamarca. El caso ejemplifica una de las razones que explican esa atracción que sufren los operadores económicos europeos hacia Derecho británico de sociedades: la ausencia de necesidad de desembolsar un capital mínimo para crear una sociedad de capital en el RU supone un incentivo para pequeños operadores que en el momento de inicio de su actividad pueden carecer de recursos suficientes para el pago de dicho capital social.

5. Es cierto que, tal como se ha estudiado, los costes que supone el mantenimiento de una sociedad en el RU (elaboración anual de las cuentas de la sociedad

¹⁰ Recuérdese el caso en el que se inserta la Sentencia *Daily Mail* del año 1988 (STJ de 27 septiembre 1988, *The Queen c. HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, as. C-81/87, EU:C:1988:456). Una sociedad constituida en el Reino Unido deseaba trasladar su sede de dirección a los Países Bajos a fin de dejar de ser contribuyente por razón personal en el Reino Unido, ya que aún conservando la condición de sociedad británica, una vez fijada la sede de dirección en los Países Bajos no debería declarar en el Reino Unido por los beneficios obtenidos.

¹¹ *Vid.* J. Armour/H. Fleischer/V. Knapp/M. Winner, “Brexit and Corporate Citizenship”, *ECGI, Law Working Paper*, n° 340/2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2897419, consultado el 29 agosto 2017, p. 12.

de acuerdo con los criterios del Derecho británico) pueden conducir al cabo de unos años a que el ahorro inicial en el desembolso del capital social no sea tal¹²; pero aún así no puede negarse que la ausencia de la exigencia de un capital social mínimo ha tenido algo que ver con algunas reformas planteadas en varios países europeos han pretendido limitar la fuga de sociedades hacia el RU¹³.

Además de estas razones vinculadas a las exigencias de capital social, también algunas otras características del Derecho de sociedades británico han influido en la atracción de sociedades destinadas a operar en otros países de la Unión. Así, las exigencias del Derecho alemán sobre la necesidad de que las sociedades incluyeran órganos de participación puede explicar el intento de operadores económicos alemanes de evitar la inclusión de estas estructuras de participación mediante, entre otras vías, elegir el Derecho británico para la constitución de la sociedad¹⁴. El resultado ha sido, como ya se ha adelantado, que ahora mismo son varias decenas de miles las sociedades constituidas en el Reino Unido que operan en el resto de la UE¹⁵. Todas estas sociedades se verán afectadas por el Brexit, tal como veremos en el siguiente epígrafe.

6. Antes de pasar a él debe hacerse, sin embargo, una aclaración. Las varias decenas de miles de sociedades británicas que tienen su sede real en otros Estados miembros de la UE no es más que una parte mínima del conjunto de sociedades en Europa. En el caso de España, solamente en el mes junio 2017 se crearon 8334 sociedades¹⁶; casi seis veces más que el conjunto de sociedades que se estima han sido constituidas en el RU y tienen su sede real en España. La aclaración pretende colocar en perspectiva las consecuencias prácticas del Brexit en materia de sociedades y servirá seguramente también para entender por qué este tema no ha sido objeto de una atención especial en los documentos relativos a la negociación del Brexit producidos hasta ahora.

En el caso de España, sin embargo, presentará un interés especial el análisis del Brexit sobre las sociedades creadas en Gibraltar. Como es sabido, este territorio es sede de varios miles de sociedades (se ha señalado hay más sociedades que

¹² *Ibid.*, p. 11.

¹³ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴ Vid. M-Ph. Weller, "Unternehmensmitbestimmung für Auslandsgesellschaften", en B. Erle/W. Goethe/D. Kleindiek (eds.), *Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag*, Colonia, Schmidt, 2012, pp. 1275-1297, p. 1279.

¹⁵ Vid. J. Armour/H. Fleischer/V. Knapp/M. Winner, *loc. cit.*, p. 12 donde se estima que el número de estas sociedades británicas que presumiblemente tienen su centro real en otros Estados de la UE es de 61485 para Alemania, 13988 para los Países Bajos, 12100 para Francia, 6032 para Italia, 3948 para Dinamarca, 3392 para Austria, 1607 para España y 753 para la República Checa.

¹⁶ http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177026&menu=ultiDatos&idp=1254735576550, consultado el 30 agosto 2017.

ciudadanos¹⁷) que actualmente se benefician de la libertad de establecimiento de la UE; pero que tras el Brexit se verán sometidas en España a las previsiones de la LSC, que, como es sabido, exige que las sociedades que tengan en España su principal establecimiento o explotación se constituyan de acuerdo con lo previsto en el Derecho español. De esta forma, si una sociedad gibraltareña tiene su sede económica efectiva en España, su personalidad jurídica no debería ser reconocida tras el Brexit.

7. Evidentemente, las exigencias sobre reconocimiento de las sociedades constituidas en un Estado miembro de la UE se proyectan también sobre el RU respecto a sociedades constituidas en otros Estados miembros. Esto implica que las autoridades británicas han de admitir las sociedades creadas en otros Estados miembros, incluso aunque su sede real no se encuentre en el Estado de constitución, y específicamente aquellas que tuvieran su sede en el RU pero se hubieran constituido según lo previsto en un Derecho extranjero. En el siguiente epígrafe consideraremos también este supuesto.

II. Inaplicación del Derecho de la UE y Derecho de sociedades

1. *Derecho originario*

A) Reconocimiento societario

8. De acuerdo con lo que hemos visto en el epígrafe anterior, el Brexit se proyectará sobre una situación en la que las sociedades constituidas en el RU han de ser reconocidas en el resto de Estados miembros de la UE, reconocimiento que acarreará la aplicación de ciertas normas del Estado de constitución. Además, las exigencias de la libre circulación implicarán también limitaciones en las posibilidades de actuación de Estados diferentes del de constitución en ciertas materias, específicamente, en el ámbito fiscal.

Tras el Brexit las exigencias sobre libertad de establecimiento contenidas en el Derecho originario de la UE no se proyectarán sobre el RU, por lo que las sociedades británicas recibirán en cada Estado miembro el mismo trato que las constituidas en Estados terceros. Evidentemente, esto implicará que la exigencia europea de que en el RU se reconozcan las sociedades constituidas en otros Estados miembros de la UE también dejará de operar; pero no es previsible que el cese de la aplicación de la libertad de establecimiento en el RU respecto a sociedades de otros Estados miembros tenga consecuencias dramáticas, y ello porque en el RU,

¹⁷ Vid. el artículo en *El País* de J.A. Rodríguez, “El misterio de las empresas de Gibraltar”, publicado el 16-VIII-2013 https://politica.elpais.com/politica/2013/08/16/actualidad/1376681836_768780.html.

incluso respecto a sociedades constituidas en terceros Estados, rige el modelo de constitución en materia societaria, y por tanto la regla que establece el reconocimiento de todas aquellas sociedades que hayan sido válidamente constituidas con independencia de que su creación se haya producido en el Estado en el que se encuentra la sede real de la sociedad o no. Ciertamente, es posible que las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento añadan algún tipo de matiz a la regulación autónoma británica, tal como veremos enseguida al tratar de la forma en que el Brexit afectará a las sociedades británicas establecidas en otros Estados miembros de la UE; pero en lo esencial –la necesidad de reconocer la personalidad jurídica de las sociedades constituidas en otros Estados europeos con independencia de dónde se encuentre su sede real– el DIPr autónomo británico sería suficiente para que la situación actual se mantuviera.

9. Yendo más allá podría plantearse incluso la posibilidad de que el RU, de manera unilateral continuara aplicando las exigencias de la libertad de establecimiento previsto en el Derecho europeo. El hecho de que a partir de la fecha de la salida del RU (en principio, el 30 marzo 2019 si no se acuerda una salida efectiva anterior o se recurre a la posibilidad de retrasarla mediante el acuerdo unánime de todos los Estados miembros de la UE¹⁸) ya no exista obligación para el RU de aplicar los Tratados no impide que estos sigan aplicándose como Derecho interno británico. De hecho, el RU ha manifestado que desea que el Derecho de la UE pase a ser Derecho interno británico desde el momento en el que se produzca la salida del RU de la UE, lo que se conseguirá mediante una Ley que procederá a la transformación de este conjunto normativo en Derecho interno británico¹⁹. Esta norma pretende evitar las lagunas e incertezas que puedan derivarse de la pérdida de vigencia en el Reino Unido de las normas europeas por el mecanismo de transformarlas en Derecho interno británico. Esto no precisará la copia de esta legislación, sino que la “Ley de la Gran Revocación” la incorporará por referencia. Esta incorporación incluirá también el Derecho europeo originario²⁰, aunque resulta

¹⁸ Vid. la Directiva nº 8 para la negociación del Bréxit (Nota de la Secretaría General del Consejo de 22 mayo 2017, http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/gac/2017/05/Directives-for-the-negotiation-xt21016-ad01re02_en17_pdf/, consultado el 30 agosto 2017: “The Agreement should set a withdrawal date which is at latest 30 March 2019 at 00:00 (Brussels time), unless the European Council, in agreement with the United Kingdom, unanimously decides to extend this period in accordance with Article 50 of the Treaty on European Union. The United Kingdom will become a third country from the withdrawal date”.

¹⁹ Se trata del “Great Repeal Bill” (Ley de la Gran Abrogación), o “Legislation for the United Kingdom’s withdrawal from the European Union”, cuyo Libro Blanco puede obtenerse aquí: <https://www.gov.uk/government/publications/the-repeal-bill-white-paper>, consultado el 30 agosto 2017.

²⁰ Vid. *Legislation for the United Kingdom’s withdrawal from the European Union*, Parlamento del RU, marzo de 2017 (vid. n. anterior), p. 15, apartado 2.11: “Equally, there are rights in the EU treaties that can be relied on directly in court by an individual, and the Great Repeal Bill will incorporate those rights into UK law.”

dudoso que tal incorporación incluya el art. 54 del TFUE con el efecto de que las sociedades constituidas en otros Estados miembros de la UE seguirían gozando de la libertad de establecimiento. De acuerdo con lo que se especifica en el mencionado Libro Blanco, hay disposiciones del Derecho originario que carecerán de sentido –desde la perspectiva británica- una vez producida la salida de la Unión; mientras que otras, según el mismo Libro Blanco, podrían seguir aplicándose o sirviendo de parámetro de interpretación para la aplicación de la normativa existente. El ejemplo que se pone para ello es el de la incidencia de dicho Derecho originario en materia laboral²¹. Quizás hubiera sido conveniente aclarar la situación de aquellas normas del Derecho originario referidas a los otros Estados miembros; pero seguramente esa aclaración se producirá durante el trámite de elaboración de la Ley y lo lógico es que en relación a tales normas la proyección de las mismas sobre personas o sociedades vinculadas a otros Estados miembros se produzca tan solo en caso de que exista reciprocidad respecto a los ciudadanos y sociedades británicos. De hecho, el acceso del RU al Mercado Europeo es uno de los elementos clave en la negociación para la salida de la UE, y no es lógico que las libertades previstas en el TFUE sean conservadas respecto a otros Estados miembros si no se da un tratamiento equivalente respecto al RU. Es por ello que, previsiblemente, tras la efectiva salida del RU de la UE las sociedades constituidas en otros Estados miembros de la Unión recibirán el mismo trato que las creadas en cualquier otro Estado del mundo con el que no exista ningún acuerdo de establecimiento (a salvo de los acuerdos a los que pudieran llegarse y de los que nos ocuparemos en un epígrafe posterior).

10. El impacto de la salida será mayor respecto a aquellos países de la UE en los que rija la teoría de la sede, ya que en estos países las sociedades creadas en el RU sin que este país sea el de su sede real podrían dejar de ser reconocidas. En aquellos países en los que rija la teoría de la constitución esta situación no se daría, aunque esto no implica que la no aplicación de la regulación sobre libertad de establecimiento deje de tener consecuencias. Así, hemos de considerar que dos de las sentencias capitales en materia de libertad de establecimiento en la UE, las Sentencias *Centros*, ya mencionada, y la Sentencia *Inspire Art*²² se refieren a casos en los que una sociedad británica se había establecido (o pretendía establecerse) en un Estado en el que se aplicaba la teoría de la constitución. En el caso de la Sentencia *Centros* las autoridades danesas negaban la inscripción de la sucursal

²¹ *Ibid.*, p. 2.9 (p. 15): “A substantial proportion of the treaties sets of rules for functioning of the EU, its institutions and its areas of competence. While much of the content of the treaties will become irrelevant once the UK leaves the EU, the treaties (as they exist at the moment we leave the EU) may assist in the interpretation of the EU laws we preserve in UK law”.

²² STJ de 30 septiembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam y Inspire Art Ltd.*, As. C-167/01, EU:C:2003:512.

en Dinamarca de la sociedad británica no porque aplicasen la teoría de la sede, sino porque consideraban que se encontraban ante un supuesto de fraude²³. En el caso *Inspire Art* una sociedad británica establecida en los Países Bajos pretendía que no se le aplicaran las normas específicas del Derecho holandés previstas para las sociedades extranjeras que desarrollaran la práctica totalidad de su actividad en los Países Bajos. El ordenamiento holandés sigue la teoría de la constitución; pero el reconocimiento de la sociedad extranjera que tiene su sede real en los Países Bajos va acompañado de la aplicación de unas reglas específicas, aplicación que el Tribunal de Justicia entendió que no era compatible con las exigencias de la libertad de establecimiento. Tras la salida del RU de la UE las autoridades danesas podrán aplicar respecto a las sociedades británicas su doctrina del fraude y las autoridades holandesas proyectar sobre las sociedades británicas sus reglas especiales sobre “sociedades formalmente extranjeras”.

11. En aquellos Estados en los que rija la teoría de la sede la salida del Reino Unido implicará que las sociedades británicas con sede real en dichos países dejarán de ser reconocidas. En Alemania ya se ha afirmado que tras el Brexit las sociedades británicas con sede real en este país pasarán a regirse por el Derecho alemán (el de su sede real), lo que conducirá a la consideración de tales sociedades británicas como sociedades alemanas de personas, con lo que los socios asumirán personalmente las deudas de la sociedad²⁴. Esta situación puede generar, como es obvio, algunos problemas para los que se han comenzado a apuntar soluciones “imaginativas”. Así, por ejemplo, mantener la capacidad de las sociedades británicas sobre la base de la regla de acuerdo con la cual el cambio de ley personal no implicará la pérdida de una capacidad que se hubiera obtenido de acuerdo con la ley personal anterior. La propuesta se ha hecho para Alemania²⁵, pero la regla que se pretende utilizar también existe en otros Derechos²⁶.

No parece que pueda ser acogida esta propuesta: este tipo de reglas se dirigen a las personas físicas y la proyección de las mismas sobre las personas jurídicas precisaría de una identidad de razón que en este caso no parece darse, pues los problemas de reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades no son equivalentes a la determinación de la capacidad de las personas físicas. Por otra parte, en este caso no se produce un cambio de ley personal, sino una modificación

²³ Vid. S. Sánchez Lorenzo, “El Derecho europeo de sociedades y la Sentencia “Centros”: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario”, *AEDIPr*, 2000, t. 0, pp. 115-157, pp. 123-124.

²⁴ Vid. J. Armour/H. Fleischer/V. Knapp/M. Winner, *loc. cit.*, p. 21; G. Mäsch/B. Gausing/M. Peters, “Deutsche Ltd. PLC und LLP: Gesellschaften mit beschränkter Lebensdauer? – Folgen eines Brexit für pseudo-englische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland”, *IPRax*, 2017, año 37, nº 1, pp. 49-55, p. 52.

²⁵ Art. 7.2º EGBGB. Para esta propuesta vid. G. Mäsch/B. Gausing/M. Peters, *loc. cit.*, pp. 54-55.

²⁶ En España, vid. el art. 9.1º, segundo párrafo del Cc: “El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior”

de la norma de conflicto reguladora de la capacidad. Finalmente, una solución de este tipo choca con la solución generalmente aceptada y aplicada en materia societaria, según la cual el momento relevante para determinar la reconocibilidad de la sociedad es aquel en el que ha de aplicarse la *lex societatis*; de tal forma que la circunstancia de que en un momento anterior la sociedad fuera reconocible no impide que no sea reconocida si no concurren las circunstancias que permiten tal reconocimiento cuando éste ha de ser apreciado²⁷. Este principio, además, también opera al revés; esto es, una sociedad que inicialmente no fuera reconocible verá reconocida su personalidad jurídica si en el momento en el que se plantea el reconocimiento concurren las circunstancias que permiten éste. Así, por ejemplo, en el caso de la incorporación de un nuevo Estado a la UE, las sociedades creadas en dicho Estado antes de la incorporación, y que no eran reconocidas en los Estados miembros de la UE que siguieran la teoría de la sede, desde el mismo momento en el que se produzca la efectiva entrada del Estado de constitución en la Unión sus sociedades pasarán a ser titulares de la libertad de establecimiento y deberán ser reconocidas, incluso si se crearon antes de dicha incorporación.

De la misma forma, en el caso de la salida de la UE por parte de un Estado miembro desde la fecha en la que se produzca la salida dejarán de ser reconocibles las sociedades creadas en dicho país, lo que afectará también a los negocios que se hayan concluido con anterioridad a dicha salida. En el epígrafe correspondiente examinaremos algunas posibilidades de mitigar este resultado por medio de los acuerdos de salida del RU que ahora se están negociando; pero fuera de dichos acuerdos parece difícil que pueda llegarse a un resultado diferente mediante la consideración del DIPr de sociedades autónomo de los Estados miembros²⁸.

12. El resultado de lo anterior es que incluso ya en este momento los efectos del Brexit se desplegarán sobre los negocios en que intervengan estas sociedades británicas que carezcan de vínculos efectivos con el RU o que tengan su sede real en otros Estados miembros, pues tras la fecha efectiva de la salida del RU el no reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad implicará que respecto

²⁷ Vid. R. Arenas García, *op. cit.*, pp. 245-246, n. nº 654. Esto es claro en los supuestos de transferencia internacional de la sede social (vid. Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 5 noviembre 2002, *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, As. C-208/00, EU:C:2002:632; en la que se planteaba el no reconocimiento en Alemania de la personalidad jurídica de una sociedad constituida en los Países Bajos a partir del momento en el que la sociedad había trasferido su sede real a Alemania).

²⁸ En Alemania se ha planteado la posibilidad de recurrir a la doctrina de los derechos adquiridos para justificar una limitación de la responsabilidad personal de los socios por las deudas de la sociedad tras la salida del RU de la UE y el consiguiente no reconocimiento en Alemania de las sociedades británicas que tuvieran su sede real en este país (vid. J. Armour/H. Fleischer/V. Knapp/M. Winner, *loc. cit.*, p. 22 y referencias en notas párrs. 54 a 56). No entraremos en el análisis del Derecho alemán en la materia, pero parece difícil que en España pudiera darse una solución semejante (que también es discutida en Alemania).

a estos negocios podría nacer una responsabilidad personal de los socios. En el epígrafe III.2 avanzaremos algunas de las estrategias posibles en relación a esta cuestión.

B) Transformación societaria

13. El Derecho originario de la UE no solamente resulta relevante en lo que se refiere al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, sino también para las operaciones internacionales de transformación societaria internacional, tanto las fusiones internacionales como las operaciones de transferencia internacional del domicilio social. En lo que se refiere a las fusiones, y pese a que, tal como ha establecido el Tribunal de Luxemburgo, las exigencias de la libertad de establecimiento resultan relevantes para la operación²⁹, dado que existe Derecho derivado que la regula³⁰, aquí nos ocuparemos tan solo de las operaciones de transferencia internacional de sede social y trataremos las fusiones en el siguiente epígrafe.

14. Tal como es sabido, el Tribunal de Luxemburgo ha concluido que las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento no son compatibles con Derechos estatales que impidan que una sociedad constituida en un Estado miembro pueda transformarse en una sociedad regida por el Derecho de otro Estado miembro³¹. Según estas decisiones es compatible con la libertad de establecimiento que el Derecho de un Estado miembro prohíba que una sociedad regida por su Derecho traslade su domicilio estatutario a otro Estado miembro y mantenga su vinculación con el Estado de origen; pero no puede prohibir la transformación de la sociedad del Estado de origen en una sociedad del Estado de destino. En la actualidad esto se proyecta tanto sobre las sociedades británicas que quieran convertirse en sociedades regidas por el Derecho de otro Estado miembro como sobre las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho de otro Estado miembro que deseen transformarse en sociedades británicas.

15. Desde el momento en el que se produzca la salida efectiva del RU de la UE ya no será posible invocar la libertad de establecimiento para facilitar la operación de transferencia internacional del domicilio social. Obviamente, si ésta es posible de acuerdo con lo previsto en el DIPr de los Estados participantes respecto a sociedades de terceros Estados la operación debería poder realizarse o concluirse en

²⁹ Vid. STJ (Gran Sala) de 13 diciembre 2005, As. C-411/03, *SEVIC Systems AG*, EU:C:2005:762

³⁰ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 octubre 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, DO L 310 de 25 noviembre 2005.

³¹ Vid. SSTJ (Gran Sala) 16 diciembre 2008, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt*, As. C-210/06, EU:C:2008:723 y (Sala Tercera) 12 julio 2012, *VALE Építési Kft*, As. C-378/10, EU:C:2012:440.

caso de que ya estuviera iniciada. Ahora bien, si antes de la perfección de la operación se produce el Brexit lo más probable es que no pueda llegar a completarse. El penúltimo trámite de una operación como ésta es la inscripción en el Estado de destino de la sociedad³², y si cuando se va a producir la calificación de esta inscripción el DIPr de origen interno no lo permite y ya no puede alegarse la libertad de establecimiento la calificación será negativa, incluso aunque la operación se hubiera iniciado antes del Brexit.

Podría plantearse un problema si la inscripción en el Estado de destino se produce, pero la cancelación definitiva de la inscripción en el Estado de origen se ha de realizar después de la efectividad de la salida del RU. En este caso, y si el DIPr autónomo del Estado de origen, no permite la operación bien podría suceder que se negara esta cancelación. Aunque esta situación es, evidentemente, posible; lo más adecuado sería que en un supuesto como éste se produjera igualmente la cancelación de la inscripción. En principio una vez producidos todos los trámites necesarios en el Estado de origen para que se acuerde la transferencia del domicilio, la cancelación definitiva de la inscripción de la sociedad debería depender únicamente de la efectiva inscripción de la operación en el Estado de destino, por lo que si ésta se produce debería de todas formas procederse a la cancelación en el de origen, evitando así, además, los evidentes inconvenientes que se derivarían de que la misma sociedad constase como inscrita en dos Estados diferentes. Ahora bien, de no incluir una solución específica para este problema en el acuerdo entre la UE y el RU sobre el Brexit será el Derecho de cada uno de los Estados miembros el que deba resolver este problema.

2. Derecho derivado

16. La salida efectiva del RU de la UE supondrá también el fin de la aplicación del Derecho derivado europeo en el RU y en el resto de territorios afectados por el Brexit³³. Esto no solamente implica que las autoridades británicas dejarán de estar vinculadas por dicho Derecho derivado, sino también que cuando las autoridades de otros Estados miembros apliquen estas normas –al igual que cuando apliquen Derecho originario- considerarán al RU como un Estado tercero, y no como un Estado miembro. Examinaremos a continuación ambas perspectivas.

³² Sobre la dinámica de la transferencia internacional de la sede social *vid.* R. Arenas García, *op. cit.*, pp. 241 y ss.

³³ *Vid.* la directriz negociadora nº 4 (*European Council Guidelines for Brexit negotiations*, Bruselas, 29 abril 2017, EUCO XT 20004/17, http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2017/04/29-euco-guidelines_pdf, consultado el 31 agosto 2017: “En la fecha en que surta efecto la retirada, los Tratados dejarán de ser de aplicación al Reino Unido, a sus países y territorios de ultramar actualmente asociados a la Unión y a los territorios cuyas relaciones exteriores asume el Reino Unido”.

17. Desde el punto de vista del RU, el Derecho europeo derivado dejará de aplicarse en este país desde el momento de su salida efectiva de la Unión; pero, tal como ya se ha adelantado, la previsión británica es que dicho Derecho se siga aplicando, en tanto que Derecho británico. Esto implicará que la regulación sobre Derecho de sociedades incluida en las diferentes Directivas europeas continuará aplicándose en el RU como Derecho local y en tanto en cuanto el legislador británico no las modifique.

La respuesta en relación a las regulaciones contenidas en el Derecho europeo referidas a operaciones transnacionales debería ser objeto de una respuesta más matizada. Así, tanto la contenida en las regulaciones sobre formas societarias europeas³⁴ como en la Directiva sobre fusiones transfronterizas no podrá ser aplicado más que si tales normativas son también aplicadas por los Estados diferentes del Reino Unido que están conectados con la operación (el Estado del domicilio de origen o de destino de la sociedad o el de las sociedades que participen en una operación de fusión en la que intervengan también sociedades del Reino Unido). Es por esto que estas normas del Derecho derivado solamente podrán ser aplicadas si existe acuerdo sobre ello con la UE. Volveremos sobre ello en el epígrafe III.1.

18. Desde la perspectiva de la UE, el Brexit implicará que desde que se produzca, el RU será considerado como un Estado tercero, lo que implicará que las entidades que hayan adoptado alguna forma europea y que tengan su domicilio en el RU pasarán a ser consideradas como domiciliadas fuera de la UE, lo que resultará incompatible con las previsiones de la regulación europea³⁵. La consecuencia de la ubicación fuera de la UE del domicilio de la SE, de la SCE o de la AEIE debería implicar la inmediata falta de reconocimiento de la persona jurídica.

³⁴ La Sociedad Anónima Europea (SE), regulada por el Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 octubre 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), DO L 294 de 10 noviembre 2001; y por la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 octubre 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (*ibídem*); la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), regida por el Reglamento (CEE) n° 2137/85 del Consejo, de 25 julio 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE), DO L 199 de 31 julio 1985; la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) regida por el Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 julio 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), DO L 207 de 18 agosto 2003, y por la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 julio 2003 (*ibídem*).

³⁵ *Vid* el art. 7 Reglamento sobre el Estatuto de la SE: “El domicilio social de la SE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además, los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar”. En el mismo sentido *vid.* el art. 6 del Reglamento de la Sociedad Cooperativa Europea. El Reglamento de la AEIE, por su parte, limita la participación en las AEIE a sociedades y demás entes jurídicos constituidos de conformidad con la legislación de un Estado miembro y, además, exige que la agrupación se registre en el Estado en el que se encuentre su sede (art. 6). No parece posible que pueda registrarse fuera de la Comunidad (actualmente la UE).

Podría plantearse aplicar por analogía en este supuesto las previsiones de los Reglamentos sobre la SE y la SCE para los casos en los que se produzca una disociación entre el Estado del domicilio de la SE (o SCE) y el Estado en el que se encuentra la administración central de la sociedad³⁶, lo que implicaría que tras el Brexit aún se daría un plazo a las SE y SCE domiciliadas en el RU para trasladar su sede a un Estado miembro de la UE; pero esta posibilidad ha de ser rechazada: una vez fuera el RU de la UE ya no sería posible utilizar los mecanismos de coordinación entre Estados miembros previstos en la regulación europea con el fin de conseguir que la operación se lleve a cabo. Además, incluso aunque pudieran resolverse los problemas técnicos que pudieran derivarse de la necesaria coordinación entre las autoridades competentes de los distintos Estados implicados, aún deberíamos considerar que las exigencias, por una parte, de que el domicilio de la SE o de la SCE se encuentren en la UE y, por otra parte, de que exista coincidencia entre el Estado del domicilio de la sociedad y el del lugar en el que se encuentra su administración central tienen diferente naturaleza. El segundo responde a la lógica de que la SE y la SCE se ubiquen formalmente en el Estado con el que presenta el vínculo más significativo, teniendo en cuenta, además, que el Derecho del Estado del domicilio de la sociedad está llamado a completar las previsiones del Derecho derivado para la regulación de la entidad³⁷. De acuerdo con esto, y teniendo en cuenta la posibilidad del cambio de domicilio social tanto de la SE como de la SCE, resultaría excesivo que cualquier discrepancia puntual entre el domicilio social y la administración central no pudiera ser reparado mediante una operación que volviera a hacer coincidir ambos en el mismo Estado.

La exigencia de que el domicilio de la SE o de la SCE se ubique dentro de la UE se corresponde con la necesidad de que la sociedad esté vinculada al Derecho de un Estado miembro y la posibilidad de que dicho domicilio se encuentre fuera de la UE resulta incompatible con la necesidad de que sea el Derecho de un Estado miembro el que complete el régimen societario. Es por ello que esa situación, la de que el domicilio estatutario se ubique fuera de la UE, ha de implicar que la SE o la SCE no podrán, desde el momento en el que se produzca esa circunstancia, ser consideradas como tales. La determinación del régimen de tales SE o SCE tras el Brexit debería ser abordado bien durante la fase de negociación entre el RU y la UE o bien en regulación específica europea que trate de forma unilateral las dificultades que se plantearán durante el período que seguirá a la separación y en tanto no se resuelvan las situaciones creadas con anterioridad al Brexit y que, como ésta, se verán afectadas por el paso del RU a la condición de Estado no

³⁶ Vid. art. 64.1º Reglamento sobre la SE y el art. 73.2º del Reglamento de la SCE.

³⁷ Vid. art. 9.1º.c) Reglamento de la SE y art. 8º.1.c) del Reglamento de la SCE.

miembro de la UE. A falta también de esta regulación unilateral será preciso recurrir a las previsiones del sistema de DIPr autónomo de cada uno de los Estados miembros.

19. Aún se plantea el problema de la forma que el Brexit afectará a operaciones de fusión internacional, de acuerdo con las regulaciones contenidas en el Derecho resultante de la Directiva europea sobre fusiones o de la normativa aplicable a las SE o SCE, que no hubieran concluido completamente en la fecha de salida efectiva del RU de la UE. De la misma forma que planteábamos en relación a las operaciones de transferencia internacional de la sede social, lo más adecuado es tomar como fecha relevante la de la inscripción de la operación en el Estado de la sociedad que resulte de la fusión³⁸. Si esta inscripción se realiza antes de la fecha efectiva de salida del RU la fusión será eficaz y deberá hacerse constar en los registros de las sociedades que participan, incluso aunque la comunicación de esa eficacia se produzca una vez que ya se haya producido el Brexit. Si en el momento en el que debe producirse la inscripción de la fusión en el Estado de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad resultado de la fusión se ha producido ya la salida del RU no debería completarse la operación³⁹. Si podría, en cambio, realizarse o completarse la fusión de acuerdo con lo previsto en el DIPr de origen interno del Estado donde ha de inscribirse la fusión. En este supuesto resultará relevante comprobar si dicho Derecho permite dotar de relevancia a las fases de la fusión realizadas de acuerdo con lo previsto en la normativa europea sobre fusiones entre sociedades de Estados miembros.

La misma solución deberá aplicarse a las operaciones de fusión y cambio de domicilio de formas societarias europeas⁴⁰. En este caso, sin embargo, y de acuerdo con lo que ya hemos visto, tan solo serán posibles aquellas operaciones de traslado de domicilio a un Estado miembro de la UE o de fusión en el que la sociedad resultante tenga su domicilio en un Estado miembro de la UE. Como hemos indicado, no es posible que tras el Brexit una SE o una SCE tengan su domicilio en el RU.

³⁸ Vid. art. 11 de la Directiva sobre fusiones transfronterizas

³⁹ Para una solución diferente, que tiene en cuenta la transposición de la Directiva a los diferentes Derechos de los Estados miembros, vid. J. Armour/H. Fleischer/V. Knapp/M. Winner, *loc. cit.*, pp. 28-29.

⁴⁰ Vid. art. 8 del Reglamento de la SE para el cambio de domicilio de una SE, el art. 7 del Reglamento de la SCE para el cambio de domicilio de una SCE y art. 14 del Reglamento sobre la AEIE. Para la creación de una SE por fusión vid. los arts. 17 a 31 del Reglamento de la SE y para la creación de una SCE por medio de una fusión vid. los arts. 19 a 34 del Reglamento sobre la SCE.

III. El acuerdo de salida y las estrategias de salida

1. Contenidos posibles del acuerdo

20. Tal como es sabido, la salida del RU de la UE podrá ser regulada en un acuerdo entre el RU y la UE que en estos momentos está siendo negociado. En caso de que no se llegue a ningún acuerdo simplemente el Derecho de la UE dejará de aplicarse respecto al RU el día 30 marzo 2019 con las consecuencias para el Derecho de sociedades que hemos señalado en las páginas anteriores; dejando, como se ha visto, muchas cuestiones abiertas. El objetivo del acuerdo debería ser resolver estas cuestiones abiertas para ofrecer así seguridad jurídica a los operadores jurídicos y económicos.

Además de negociar la forma y consecuencias de la salida también se ha puesto sobre la mesa la conveniencia de llegar a un acuerdo sobre las relaciones futuras entre el RU y la UE. Las relaciones entre este acuerdo y futuro y las condiciones de la salida del RU no son del todo claras y, en cualquier caso, las posiciones del RU y de la UE divergen claramente sobre este punto⁴¹. Aquí distinguiremos entre estos dos acuerdos, el de salida y el que marque las relaciones futuras entre la UE y el RU en materia societaria, centrándonos ahora en el primero de ellos y ocupándonos de qué posibilidades hay de resolver en dicho acuerdo los problemas que se plantean como consecuencia de que el RU pase a ser un Estado no miembro de la UE. En el siguiente epígrafe abordaremos de manera muy tentativa la forma en que podrían articularse en el futuro las relaciones entre la UE y el RU en aquellos aspectos que resultan relevantes para el Derecho de sociedades.

21. De los que hemos visto hasta ahora, resulta que el Brexit planteará interrogantes en relación a las situaciones creadas antes de la salida del RU, pero que

⁴¹ Tal como ya se ha indicado, la pretensión del RU era negociar a la vez la salida y el nuevo marco de relaciones entre la UE y el RU (*vid.* en este sentido la carta dirigida por Theresa May al Presidente del Consejo Europeo con motivo de la activación del mecanismo de salida previsto en el art. 50 del TUE (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604079/Prime_Ministers_letter_to_European_Council_President_Donald_Tusk.pdf, consultado el 3 septiembre 2017): “The United Kingdom wants to agree with the European Union a deep and special partnership that takes in both economic and security cooperation. To achieve this, we believe it is necessary to agree the terms of our future partnership alongside those of our withdrawal from the EU” (p. 3). La posición de la UE, en cambio, era la de no negociar esa relación futura hasta que no se concluyera la negociación de la salida del RU. En estos momentos las Directrices de Negociación establecidas por el Consejo Europeo el 29 abril 2017 (*vid. supra* n° 33), en concreto la Directiva n° 5 prevé que si bien un acuerdo sobre las relaciones futuras entre la UE y el RU solamente podrá formalizarse una vez que el RU haya pasado a ser un tercer Estado, será necesario, durante la negociación de la salida, tener en cuenta cuál debería ser el marco general de esas relaciones futuras entre la UE y el RU, lo que debería realizarse en la segunda fase de las negociaciones entre el RU y la UE que ahora se están llevando a cabo.

pueden desplegar efectos tras la efectiva transformación de este país en un Estado no miembro de la UE. De estos, los que probablemente necesitan más una solución específica en el acuerdo de salida son los relativos a la situación de las formas societarias europeas con domicilio en el RU. Tal como ya se ha indicado, no es posible que una forma societaria europea se encuentre domiciliada en un Estado no miembro y la brusca inaplicación de la regulación europea a aquellas que estén registradas en el RU (y resto de territorios afectados por el Brexit) debería tener una solución específica. Quizás lo más razonable sería establecer que tales sociedades serían consideradas, desde el momento del Brexit, como formas societarias británicas. Esto es, asumir una transformación automática en una sociedad del Reino Unido. Esta presunción implicaría que la actividad de tales sociedades en otros Estados miembros debería pasar por su reconocimiento en tanto que sociedad británica. Para que no hubiera problemas, sería necesario que el Derecho británico incluyera mecanismos de adecuación de tales formas societarias a la normativa del RU, lo que debería ser abordado en la “Gran Ley de Revocación” que ya ha sido citada.

22. Junto con el tratamiento de las formas societarias europeas con sede en el RU, deberían abordarse también los problemas de transformación societaria que afecten tanto a dichas formas societarias como a sociedades de Derecho nacional. Habíamos visto cómo el régimen de las fusiones internacionales de sociedades y transferencia internacional del domicilio social no da respuestas explícitas a aquellos casos en los que la operación se inicia antes del Brexit pero no ha concluido en el momento en el que se produce éste. En epígrafes anteriores se ha defendido que en tales casos sería conveniente, a falta de regulación, que el momento determinante fuera el de la inscripción de la transferencia de domicilio o de la fusión; pero si en el acuerdo de salida se ofrece una solución a este tema lo más adecuado sería prever una extensión de la aplicación de la regulación europea a las operaciones de fusión o de transferencia del domicilio ya iniciadas para que pudieran ser concluidas en un plazo determinado que debería fijar el propio acuerdo.

Más complejo es el tratamiento del establecimiento futuro de sociedades británicas en la UE y de sociedades constituidas en otros Estados miembros en el RU. Como se ha dicho, tras el Brexit el reconocimiento de las sociedades británicas en los Estados Miembros de la UE dependerá del sistema de DIPr de cada uno de los Estados miembros. Ciertamente el acuerdo de salida del RU podría incluir una regulación sobre esta materia; pero probablemente en este caso sería más adecuado que la regulación de esta cuestión, en su caso, se dejara al acuerdo que estructure las relaciones futuras entre la UE y el RU del que nos ocuparemos en un epígrafe posterior. La posibilidad de una extensión temporal del régimen de libertad de establecimiento de las sociedades más allá del 30 marzo 2019 con el

fin de facilitar la seguridad jurídica es posible, aunque esta posibilidad de extensión en la aplicación del Derecho de la UE se vincula a la concreción del marco futuro de relaciones entre la UE y el RU o que resulte del interés de la UE⁴²

23. Así pues, existen algunas cuestiones relacionadas con la fase transitoria entre la pertenencia del RU a la UE y su conversión en un Estado tercero que deberían ser abordadas en el acuerdo de salida que prevé el art. 50 TUE. Ahora bien, quizás estas materias no lleguen a ser tratadas. Como hemos dicho, la importancia cuantitativa de los temas que aquí se han planteado es grande en términos absolutos (estamos hablando de miles de sociedades); pero comparadas con la enorme transcendencia del Brexit no se encuentran entre las cuestiones que más llaman la atención. De hecho, el examen de los documentos negociadores que conocemos hasta ahora nos descubre que no hay ningún tratamiento específico previsto de estas cuestiones ni por parte británica ni Europea.

Es cierto que en la pretensión británica de establecer una relación sólida con la UE que implique el acceso a su mercado se acabarán abordando las cuestiones relativas al establecimiento de sociedades; pero esto, responde más a un futuro tratado de asociación entre el RU y la UE que propiamente al acuerdo de salida⁴³. En las directivas de negociación de la UE⁴⁴ tan solo se localiza una referencia bastante genérica que podría ser relevante para estos temas. La Directiva núm. 9 hace una llamada a prevenir los vacíos legales y evitar las incertezas del proceso en relación a los operadores económicos, lo que puede aplicarse a esta materia que estamos analizando; como a cualquier otra.

24. Es por eso que ante la posible falta de debida atención a estas cuestiones en el acuerdo de salida no estaría de más que los operadores jurídicos y económicos

⁴² Vid. Directivas de negociación del Consejo de la Unión Europea de 22 mayo 2017, http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/gac/2017/05/Directives-for-the-negotiation-xt21016-ad01re02_en17.pdf, consultada el 4 septiembre 2017, en concreto la Directiva nº 19: “*In this context, to the extent necessary and legally possible, matters that should be subject to transitional arrangements (i.e. bridges towards the foreseeable framework for the future relationship) and which are in the interest of the Union, will be included in those future sets of negotiating directives in the light of the progress made*”.

⁴³ Vid. el Libro Blanco sobre la salida del RU de y el nuevo acuerdo de asociación con la UE (*The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union White Paper*, <https://www.gov.uk/government/publications/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union-white-paper>, consultado el 4 septiembre 2017, punto 8.1: “Our new relationship should aim for the freest possible trade in goods and services between the UK and the EU. It should give UK companies the maximum freedom to trade with and operate within European markets and let European businesses do the same in the UK”. Es, probablemente, la referencia más explícita que existe en los documentos de negociación en relación a la materia de Derecho de sociedades.

⁴⁴ Vid. *supra* nota 42.

adoptaran antes de la salida efectiva del RU medidas que eviten incertezas o consecuencias no deseadas en relación al régimen de las sociedades en los momentos posteriores al Brexit. Nos ocuparemos de esto en el siguiente epígrafe.

2. Estrategias de los operadores económicos

25. Como hemos visto, el Brexit puede provocar situaciones conflictivas en aquellos casos en los que nos encontremos con sociedades constituidas en el RU y que tengan su sede real en otro Estado miembro de la UE, especialmente si dicha sede se ubica en un país que siga la teoría de la sede respecto a las sociedades de Estados terceros. En estos casos lo más prudente sería resolver la situación antes del 30 marzo 2019, ya que a partir de esa fecha las incertezas, en función del contenido del acuerdo de salida –si se concluye–, comenzarían a hacerse evidentes.

La solución en estos supuestos pasa por o bien trasladar la sede de la sociedad al Estado en el que se encuentra la sede real de la sociedad o bien realizar otra transformación societaria que evite que siga existiendo una disociación entre el Estado del domicilio de la sociedad y el Estado en el que se encuentra su sede real. Así, por ejemplo, una fusión societaria en la que la sociedad absorbente sea una con domicilio en el Estado donde se encuentra la sede real. Si la sociedad no ajusta su situación al régimen que se le aplicará tras el Brexit podría enfrentarse a las consecuencias de la falta de reconocimiento en los Estados europeos que siguen la teoría de la sede.

Como ya se ha indicado, la desaparición para las sociedades británicas del “paraguas” que le ofrecen las exigencias sobre libertad de establecimiento tiene consecuencias también en aquellos países en los que se reconocería la personalidad jurídica de la sociedad pese a que su sede real no se encuentre en el RU, pero se le aplicarían normas específicas, tal como veíamos que se desprendía de las Sentencias del Tribunal de Luxemburgo en los casos *Centros* e *Inspire Art*. La necesidad de ajustarse a esta proyección de tales exigencias una vez sea efectivo el Brexit no deberá demorarse a salvo de asumir las sanciones o consecuencias que estos ordenamientos proyectan sobre casos que hasta ahora se encontraban beneficiados por las exigencias de la libertad de establecimiento⁴⁵.

⁴⁵ Así, por ejemplo, la sociedad *Centros*, creada en el Reino Unido, pero sin desarrollar allí ninguna actividad económica podría sufrir las consecuencias que el Derecho danés reserve para aquellas sociedades creadas mediante un fraude, ya que, a la luz de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo esa era la situación que apreciaban las autoridades danesas de acuerdo con lo previsto en su Derecho de origen interno. En el caso de la Sentencia *Inspire Art* sería exigible que a partir del momento en el que el Brexit fuera efectivo la sociedad británica que operaba en los Países Bajos a través de una sucursal ajustara su publicidad a las exigencias de la normativa holandesa sobre sociedades formalmente extranjeras. De otra forma podrían aplicársele las sanciones que prevé el Derecho de los Países Bajos para este supuesto.

26. Las consecuencias no solamente afectan a las sociedades británicas y a sus gestores, sino también a quienes operan con ellas. A partir del momento en el que se produzca el Brexit estas sociedades podrían no ser reconocidas o verse sometidas a un régimen específico. Quienes contraten con ellas y prevean que su relación se proyectará más allá de la fecha del Brexit tienen que estar en condiciones de exigir sus responsabilidades o demandar a sociedades extranjeras no reconocidas, lo que podría suponer determinadas particularidades procesales. Sería aconsejable, por tanto, que desde este mismo momento quienes contraten con sociedades británicas que tengan su sede real en otros Estados miembros de la UE tuvieran en cuenta esta perspectiva e incluyeran en sus contratos u operaciones garantías adicionales en previsión del cambio de régimen que se podría producir a partir del 30 marzo 2019.

El desarrollo de estrategias específicas para el Brexit será especialmente necesario respecto a las entidades que hayan adoptado formas societarias europeas. El régimen de estas sociedades es especialmente oscuro tras el Brexit, por lo que, al margen de lo que pueda preverse en el acuerdo de salida, sería conveniente proceder ya, si es posible, a la transformación de las SE o SCE con domicilio en el RU en sociedades de Derecho británico de acuerdo con lo establecido en el art. 66 del Reglamento de la SE y 76 del Reglamento sobre la SCE.

Alternativamente, también puede procederse al traslado del domicilio de la SE o SCE a un Estado miembro de la UE, donde además, como hemos visto, deberá fijarse su administración central. El procedimiento debería estar concluido antes del 30 marzo 2019, por lo que sería necesario no demorar la decisión sobre este extremo.

IV. La relación futura entre la UE y el RU

27. Dejamos para el final la consideración de cuál debería ser el régimen futuro de relaciones entre el RU y la UE en materia societaria. Evidentemente, aquí no podemos más que especular, pues no es posible prever cómo se desarrollará una negociación que, además, estará condicionada por los avances en otros ámbitos. Tal como se ha indicado, el régimen de las sociedades no es uno de los puntos nucleares del hipotético futuro acuerdo entre la UE y el RU, por lo que su configuración final dependerá, seguramente, de factores que son ajenos al Derecho de sociedades.

28. Comenzando por la situación más cercana a la que ahora se tiene, resulta que sería posible que las sociedades británicas siguieran gozando de la libertad de

establecimiento que ahora tienen si el RU se incorpora al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁴⁶; pero, claro, eso implicaría que las libertades de circulación también de personas se aplicarían respecto al Reino Unido, lo que chocaría con uno de los motivos básicos que condujeron a los británicos a votar a favor del Brexit; por lo que podría ser difícil que esa incorporación del RU al Acuerdo sobre el EEE se convirtiera en realidad. Además, no podemos desconocer que los tres Estados no miembros de la UE parte del Acuerdo EEE participan también en el espacio Schengen. Pese a que no existe un vínculo estricto entre la participación en el EEE y la integración en Schengen podría resultar extraño que el RU se incorporara a este Acuerdo y se mantuviera al margen del régimen común de fronteras, de forma que no sería extraño que esa incorporación al régimen de Schengen fuera una condición para el acceso al EEE, lo que convertiría en aún más difícil la inclusión en el futuro del RU en este espacio de integración.

Un paso por debajo del Acuerdo EEE se encuentran los acuerdos entre la UE y Suiza⁴⁷. Ahora bien, estos acuerdos no establecen, a diferencia del Acuerdo EEE, la libertad de establecimiento de las sociedades suizas en la UE, sino tan solo la libre prestación de servicios de las sociedades constituidas en algún Estado miembro de la UE en Suiza, y de las sociedades constituidas en Suiza en la UE. Además, el acceso al Mercado Interior por parte de Suiza se hace tomando en consideración que entre la UE y Suiza existe también un acuerdo que facilita la libre circulación de personas⁴⁸ y Suiza participa en el Espacio Schengen⁴⁹. Es decir, si el RU pretende permanecer al margen del espacio Schengen y de la libre circulación de personas no parece razonable que se establezcan mecanismos equivalentes a la libertad de establecimiento de sociedades que facilite la actividad de las sociedades británicas en la UE.

Como última posibilidad podría concluirse simplemente un acuerdo de establecimiento entre el RU y la UE que garantizara el reconocimiento de las sociedades británicas, aunque, previsiblemente, sin ir más allá, en el sentido de que no se garantizaría ni la aplicación de las normas del Estado de constitución en lo que se

⁴⁶ DO L 001 de 3 enero 1994 para la consulta del Acta Final del Acuerdo sobre el EEE y demás documentos relacionados con el mismo.

⁴⁷ El acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra (DO L 114 de 30 abril 2002) extiende a las sociedades constituidas en Suiza el derecho a la libre prestación de servicios (art. 18 del Anexo I del Acuerdo).

⁴⁸ Vid. https://eeas.europa.eu/delegations/switzerland/7700/switzerland-and-eu_en, consultado el 4 septiembre 2017: “The free movement of people is a centrepiece of EU-Swiss relations. The deal cannot be separated from other agreements that give Switzerland access to the EU's internal market”.

⁴⁹ Vid. Acuerdo entre la UE, la CE y la Confederación Suiza sobre la participación de Suiza en la implementación, aplicación y desarrollo del acervo Schengen, acuerdo concluido en Luxemburgo el 26 octubre 2004 y en vigor desde el 1 marzo 2008 (<http://ec.europa.eu/world/agreements/prepare>CreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=7022>, consultado el 4 septiembre 2017).

refiere a capacidad de la sociedad⁵⁰ o de responsabilidad de administradores⁵¹, y sin que operen las limitaciones derivadas de la libertad de establecimiento en lo que se refiere al fraude⁵² u obligaciones tributarias⁵³

29. El futuro, por tanto, parece que nos conducirá a un escenario en el que las sociedades británicas serán consideradas como sociedades de Estados terceros, al igual que el resto de sociedades de los territorios afectados por el Brexit. Los sistemas de DIPr de los Estados europeos deberán decidir en qué forma abordan el régimen de estas sociedades recuperando así respecto a ellas las competencias que de forma tan drástica se habían reducido tras la Sentencia *Centros* y las que la siguieron. Podría ser que entonces percibiéramos lo inoportuno que pudiera ser que el régimen de tales sociedades británicas, hasta ahora común en función de la proyección de las normas europeas sobre libertad de establecimiento, divergiera de unos a otros Estados.

Esto podría, quizás, hacernos reflexionar sobre si no es el momento en el que el legislador europeo asuma la tarea de establecer normas comunes en materia de DIPr. Pudiera ser que el Brexit, de manera inopinada, nos hiciera caer en la cuenta de la necesidad de armonizar las normas sobre conflictos de leyes en materia societaria. Lo veremos en los próximos meses y años.

V. Conclusión

30. El Brexit supondrá un cambio de enorme transcendencia tanto para el RU como para la UE. Entre los múltiples problemas que planteará la separación, la eliminación del derecho a la libertad de establecimiento de las sociedades británicas en la UE y las sociedades constituidas en otros Estados miembros de la UE en el RU no tendrá la importancia práctica de otras cuestiones y esto puede implicar que en el complejo proceso de negociación de la salida no recibirá una atención preferente; pero esto no evitará que los operadores económicos que se han aprovechado en los últimos lustros de esta libertad de establecimiento se vean afectados por la pérdida de la condición de Estado Miembro que sufrirá el RU a partir del 30 marzo 2019.

31. Las sociedades constituidas en el RU y cuya sede real se encuentra en otro Estado miembro de la UE ya no serán reconocidas en aquellos países que sigan la

⁵⁰ STJ 5 noviembre 2002, *Überseering BV y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, As. C-208/00, EU:C:2002:63.

⁵¹ *Vid.* la ya mencionada Sentencia *Inspire Art*.

⁵² Sentencia *Centros*.

⁵³ *Vid.* la ya citada Sentencia *National Grid*.

teoría de la sede. La manera de evitar las consecuencias de este no reconocimiento es o bien transformar la sociedad británica en una regida por el Derecho del Estado en el que se encuentra su sede real. También es posible regularizar la situación mediante una fusión por absorción de la sociedad británica en la que la sociedad absorbente es una con domicilio en el Estado en el que se encuentre la sede real de la sociedad.

32. Plantean problemas específicos aquellas entidades que han sido constituidas como formas societarias europeas (SE, SCE o AEIE) y tienen su domicilio en el RU. Una vez producido el Brexit ya no será posible que una entidad creada por el Derecho de la UE tenga su domicilio en el RU, al tratarse de un Estado no miembro. Para evitar las negativas consecuencias que se derivarían de la irregularidad de la forma societaria europea sería necesario proceder a su transformación con anterioridad a la fecha efectiva de la salida del RU de la UE. Sin una regulación específica en el acuerdo al que pudieran llegar la UE y el RU para la salida de éste último a la Unión será difícil que no se produzcan situaciones de falta de seguridad jurídica.

33. Este acuerdo de salida, en caso de concluirse, debería servir también para precisar el régimen de las operaciones de transformación societaria de carácter transnacional que se hubieran iniciado antes de la salida del RU de la UE, pero que no estuvieran concluidas en ese momento.

34. Finalmente, resulta difícil adelantar cuál puede ser el marco futuro de relaciones entre la UE y el RU. Los modelos actualmente existentes (EEE o Suiza) no parecen responder a las demandas británicas en cuanto al control de la entrada y establecimiento de las personas físicas en su territorio, y parece difícil que se avance en la libertad de establecimiento de las sociedades sin que se produzcan avances equivalentes en la libre circulación de personas.

Bibliografía

- Arenas García, R.: “Sombras y luces en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de DIPr de sociedades”, en C. Esplugues Mota/G. Palao Moreno, (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhíques*, València, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 739-759.
- Arenas García, R.: *Registro Mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000.
- Armour, J., Fleischer, H., Knapp, V. y Winner, M.: “Brexit and Corporate Citizenship”, *ECGI*, Law Working Paper, nº 340/2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2897419, consultado el 29 agosto 2017, p. 12.

- Carrascosa González, J.: “Sociedades fantasma y Derecho internacional privado”, *REEI*, 2014, nº 27, pp. 18-20.
- Gardeñes Santiago, M.: “Observaciones acerca del establecimiento transfronterizo de sociedades en la Unión Europea”, en C. Górriz López/R. Arenas García (coords.), *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 45-71, pp. 65-68.
- Mäsch, G., Gausing, B. y Peters, M.: “Deutsche Ltd. PLC und LLP: Gesellschaften mit beschränkter Lebensdauer? – Folgen eines Brexit für pseudo-englische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland”, *IPRax*, 2017, año 37, nº 1, pp. 49-55.
- Mucciarelli, F.M.: “Freedom of Reincorporation and the Scope of Corporate Law in the U.S. and the E.U.”, *New York University Law and Economic Working Papers*, paper 257, http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/257, consultado el 29 agosto 2017.
- Rock, E.B.: “Saints and Sinners: How does Delaware Corporate Law Work?”, *UCLA Law Review*, 1997, vol. 44, nº 4, pp. 1009-1107.
- Sánchez Lorenzo, S.A.: “El Derecho europeo de sociedades y la Sentencia “Centros”: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario”, *AEDIPr*, 2000, t. 0, pp. 115-157, pp. 123-124.
- Weller, M.Ph.: “Unternehmensmitbestimmung für Auslandsgesellschaften”, en B. Erle/W. Goethe/D. Kleindiek (eds.), *Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag*, Colonia, Schmidt, 2012, pp. 1275-1297.

Recepción: 15 septiembre 2017
Aceptación: 4 octubre 2017

CONSECUENCIAS DEL BREXIT PARA LA COOPERACIÓN EN MATERIA CIVIL: DERECHO DE LA PERSONA, DE FAMILIA Y DE SUCESIONES *

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ **

SUMARIO: I. Introducción. II. Las preocupaciones y posibles situaciones futuras que se manejan desde el Reino Unido. 1. Lo que dicen los documentos generales sobre el Brexit, sobre los aspectos legislativos y sobre la cooperación judicial civil. 2. Las preocupaciones del documento “*Brexit: justice for families, individuals and businesses*”. 3. Los escenarios normativos verosímiles tras el Brexit. III. Marco jurídico actual y ejemplos de afectación sustancial. 1. Introducción al marco jurídico en materia de persona, familia y sucesiones. 2. Algunos ejemplos de afectación sustancial. Lo ya experimentado: el nombre de las personas físicas. 3. Algunos ejemplos de afectación sustancial: el estado civil en general. 4. Algunos ejemplos de afectación sustancial: la preocupación por el Reglamento 2201/2003. 5. Algunos ejemplos de afectación sustancial: la menor preocupación por el Reglamento 4/2009, en materia de alimentos. 6. Algunos ejemplos de no afectación: el Reglamento 650/2012, de sucesiones y otros. IV. Conclusiones.

RESUMEN: La salida del Reino Unido de la Unión Europea conllevará importantes cambios en la vida de las personas y las familias vinculadas a situaciones internacionales. A pesar del comprensible énfasis que la doctrina y las autoridades británicas ponen sobre los reglamentos que actualmente les obligan (como Bruselas II bis o el Reglamento sobre alimentos) el impacto del Brexit será más profundo, pues no se trata de dejar de lado un puñado de reglas jurídicas sino de abandonar un completo ordenamiento jurídico.

El hecho de que el Reino Unido no haya participado en un buen número de reglamentos europeos en el espacio de libertad, seguridad y justicia es una cuestión menor. Realmente, tras el Brexit el Reino Unido será un tercer Estado (para la UE) a todos los efectos. Sus nacionales ya no serán ciudadanos de la Unión y no podrán disfrutar de las libertades fundamentales. Y los ciudadanos de la Unión tampoco podrán ejercerlas cuando se encuentre en el Reino Unido. El escenario futuro es muy incierto, con diferentes opciones posibles, más ninguna tan satisfactoria como la actual situación. E incluso si el Reino Unido y la UE fuesen capaces de alcanzar, como dicen pretender, un resultado satisfactorio para ambas partes, sospecho que particulares y familias estarán en una peor situación.

* El presente trabajo es la versión escrita de la ponencia que con el mismo título impartí el 27 abril 2017 en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, en el marco de la Conferencia Internacional 2017 “Civilian Lawyers look at the Brexit/ Juristas del ‘civil law’ miran al Brexit”. Obviamente he tenido que añadir numerosos datos que la actualidad exigían, pero manteniendo la estructura y el tono ejemplificativo y abierto.

** Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Santiago de Compostela.

PALABRAS CLAVE: BREXIT – COOPERACIÓN CIVIL – PERSONA, FAMILIA Y SUCESIONES.

ABSTRACT: *Consequences of the Brexit for cooperation in civil matters: right of the person, family and successions*

The withdrawal of the United Kingdom from the EU brings significant changes in the daily life of individuals and families involved in cross-border situations. Despite the natural interest of scholars and British authorities on the current regulations, such as the Brussels II bis Regulation or the Maintenance Regulation, the impact of Brexit will be deeper on this area. It is not only a question of letting go of a handful of rules, but of giving up a complete legal system.

The fact that the United Kingdom does not take part in several regulations linked to the area of freedom, security and justice is only a minor factor. Actually, after Brexit the United Kingdom will be a third State at all effects. British people won't be no longer European citizens and they won't enjoy any more the EU fundamental freedoms. European citizens will be citizens from a third country when they are in the United Kingdom and, consequently, they won't enjoy there the EU fundamental freedoms. The future scenario is really blurry with different options at hand, but none as good as the current situation. And even if the UK and EU are able "to reach a satisfactory agreement for both parts" (as negotiators say), I guess that individuals and families will be in a worse position than the current one.

KEYWORDS: BREXIT – COOPERATION IN CIVIL MATTERS – PERSONS – FAMILY AND SUCCESSIONS.

I. Introducción

1. Desde el 23 junio 2016, fecha en la que los británicos optaron por abandonar la UE, la única certeza sobre el Brexit es la falta de certidumbre. Tanto por parte de la Unión Europea como, sobre todo, por parte del Reino Unido se está poniendo de manifiesto el estrés que provoca enfrentarse por vez primera a una empresa de una envergadura colosal a la que antes nadie se había enfrentado. Declaraciones por ambas partes, que más parecen “globos sonda” o invitaciones a respuestas que vayan aclarando un terreno ignoto, ponen a las claras las dificultades para emitir un juicio verosímil sobre cuál será el resultado de un proceso que apenas había comenzado cuando comencé a escribir estas líneas y que apenas ha variado cuando las termino.

2. Los resultados de las elecciones al Parlamento del 8 junio 2017 no cambiaron el anterior panorama sino, tal vez, lo complican aún más. Los titulares de la prensa británica del día siguiente no fueron clarificadores sobre el futuro de quién habría de conducir la negociación del Brexit y cómo lo haría: “*May has “no intention of resigning” despite hung parliament*” (The Guardian); “*May’s snap election gamble backfires*” (The Financial Times); “*Theresa May refuses to quit as Prime Minister despite hung Parliament*” (The Daily Telegraph); “*Catastrophic result leaves Brexit negotiation at risk, but May insists she can deliver stability for Britain*” (The Daily Telegraph). Ese mismo día por la tarde, se anunciaba un acuerdo de gobierno entre los conservadores y el *Democratic Unionist Party* (DUP), partido

norirlandés y euroescéptico (entre otros calificativos posibles), que, hasta ahora, no parece tener demasiado protagonismo en la negociación. Y los días siguientes, las cábalas sobre la actitud del nuevo gobierno británico ante la negociación eran extremas: desde la existencia de un núcleo importante de ministros que estarían presionando en la dirección de un Brexit blando, hasta las declaraciones del secretario para el Brexit (*Secretary of State for Exiting the European Union*) en el sentido de no descartar que el Reino Unido abandone la UE sin acuerdo alguno. Las llamadas tercera y cuarta ronda de negociaciones sobre el Brexit tras el verano parecen abundar en la misma línea de incertidumbre.

3. Efectivamente, puede decirse que el adelanto de los comicios electorales con el confesado objetivo de conformar una mayoría parlamentaria sólida que fortaleciese la posición negociadora del Reino Unido frente a la Unión Europea ha conducido a una situación de mayor inseguridad en lo que se refiere a la idea de Brexit duro, de “*extreme Brexit*” o, al menos, de “*a good Brexit deal*” para el Reino Unido, que destilaban los primeros movimientos de las autoridades británicas.

En este contexto, cualquier análisis con pronóstico de futuro sobre cualquier aspecto relacionado con la situación del Reino Unido y del resto del mundo tras la salida de aquél de la Unión Europea es un mero ejercicio de especulación condenado a verse desmentido por la implacable y cambiante realidad. Y esto vale también para el Derecho internacional privado (DIPr, en adelante).

4. No obstante, sí se puede trabajar sobre hipótesis posibles. De hecho, desde el día siguiente al referéndum, han comenzado a tomar conciencia particulares e instituciones de cuáles pueden ser o van a ser los escenarios tras la salida del Reino Unido de la UE. Es un hecho indiscutible, al menos para los compañeros de aquel país con los que he podido intercambiar opiniones, que con anterioridad al referéndum no solo no había habido ningún interés por parte de las instituciones públicas británicas por plantearse un escenario futuro de salida, sino que en otros ámbitos, el de las empresas, el de los particulares, el mismo académico, tampoco se había visto la conformación de esos escenarios como prioritaria. Ratifica esta visión una de las conclusiones de la Cámara de los Lores en relación con distintos aspectos que tocan de lleno el objeto de las presentes reflexiones:

“Estamos convencidos de que el Gobierno no ha tenido en cuenta todas las implicaciones del impacto del Brexit en las áreas del Derecho de la UE a que se refiere el presente documento [en concreto los Reglamentos Bruselas I bis, Bruselas II bis y el Reglamento sobre obligaciones alimenticias]. En el área del Derecho de familia, estamos profundamente preocupados porque abandonar la UE sin un

sistema alternativo tendrá un profundo y perjudicial impacto sobre el sistema de justicia de familia en el Reino Unido y sobre todas las personas que buscan reparación dentro de él”¹

Afortunadamente, hoy esa conciencia ya existe. Y ya existen algunos documentos, además del citado, que desde el Reino Unido plantean esos escenarios².

5. Las presentes reflexiones parten de tales documentos al menos en lo que atañe a los temas aquí tratados (persona, familia y sucesiones). Mas el Brexit supone algo más que la necesidad del Reino Unido de proceder a una profunda adaptación de su ordenamiento jurídico y la exigencia para la UE de acomodar el suyo. Como más atrás señalé, el Brexit modifica la posición del Reino Unido en el mundo. No es un problema exclusivo de relaciones con la Unión Europea y, en relación al tema que nos ocupa, no es una cuestión exclusiva de personas, familias o sucesiones británicas o europeas. Es potencialmente una cuestión, en general, de cualquier persona, cualquier familia (y cualquier tipo de sucesión) sean de la nacionalidad que sean y se encuentren donde se encuentren. Las repercusiones del Brexit en este ámbito serán muy importantes en el Reino Unido, importantes en el resto de Europa, y también tendrán relevancia en el resto del mundo. El foro, dónde se plantean los problemas, cobra una singular relevancia. ¿Qué puede significar el Brexit para Canadá, se me podrá decir? Al margen de las por todos conocidas consecuencias posibles (otra incertidumbre más) de la salida del Reino Unido del mercado único, en materia de persona, familia y sucesiones puede significar la recuperación de la autonomía del Reino Unido para negociar libremente con Canadá (y lo mismo vale para cualquier otro tercer Estado) soluciones bilaterales o multilaterales que, de otro modo, podrían ser de competencia de la UE. Por ejemplo. Y no es este un tema menor, aunque no forme parte principal de estas reflexiones.

¹ House of Lords, European Union Committee. 17th Report of Session 2016–17 “Brexit: justice for families, individuals and businesses?”, HL Paper 134, p. 45, n° 32 (<https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/134/134.pdf>).

² En especial, el Libro blanco “The United Kingdom’s exit from and new partnership with the European Union”, presentado al Parlamento por la Primera Ministra en Febrero de 2017 (<https://www.gov.uk/government/publications/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union-white-paper>) y el Libro blanco “Legislating for the United Kingdom’s withdrawal from the European Union”, presentado por el Secretario de Estado para la salida de la UE en marzo de 2017 (<https://www.gov.uk/government/publications/the-great-repeal-bill-white-paper/legislating-for-the-united-kingdoms-withdrawal-from-the-european-union>). A estos deben añadirse otros documentos gubernamentales como el Position paper “Ongoing Union judicial and administrative proceedings”, presentado el 13 de julio (<https://www.gov.uk/government/publications/ongoing-union-judicial-and-administrative-proceedings-position-paper>) que marca la posición del Reino Unido en relación con los procedimientos ante el TJ y otros procedimientos administrativos, y el, más relevante para el tema que nos ocupa “Providing a cross-border civil judicial cooperation framework. A future partnership paper”, presentado el 22 de agosto (<https://www.gov.uk/government/publications/providing-a-cross-border-civil-judicial-cooperation-framework-a-future-partnership-paper>).

6. En cualquier caso, un futuro incierto no puede eximirnos de plantear “posibles certezas” o meramente potenciales hipótesis. En primer lugar, asumiendo una perspectiva eminentemente británica, pondré de manifiesto algunas de las propuestas y preocupaciones desde el Reino Unido que pueden afectar a nuestra materia. En segundo lugar, abordaré el marco jurídico actual y el presumible futuro, abundando en consecuencias concretas del Brexit a partir de ejemplos también concretos de lo que supone el Brexit para la cooperación judicial en materia civil, el ámbito más sensible que afecta a persona, familia y sucesiones. Por último, concluiré con un balance que ya adelanto poco original y nada resolutivo.

II. Las preocupaciones y posibles situaciones futuras que se manejan desde el Reino Unido

1. Lo que dicen los documentos generales sobre el Brexit, sobre los aspectos legislativos y sobre la cooperación judicial civil

7. Como más atrás señalé, el desdén por el escenario de “salida” de la UE se ha trocado en preocupación tras los resultados del referéndum. En este último año han proliferado documentos, algunos de ellos oficiales, que parecen arrojar luz sobre la situación del Reino Unido post Brexit.

8. Uno de los más interesantes es el presentado al Parlamento por el Secretario de Estado para la salida de la UE, bajo el título “*Legislating for the United Kingdom’s withdrawal from the European Union*” (marzo de 2017).

Este documento prevé ciertas soluciones genéricas que también afectan a la normativa sobre persona, familia y sucesiones. El tótem o eje de la metodología británica será el *Great Repeal Bill* (GRB), normativa que derogará la *European Communities Act 1972*, con la finalidad de dejar claro que el Derecho británico y no el de la UE es el derecho “supremo”³. Pero a la luz de la inseguridad jurídica que ello supondría este vacío legal, el GRB convertirá el Derecho de la UE directamente aplicable en Derecho británico. El documento se refiere en concreto a los Reglamentos, disponiendo para las directivas que el Derecho británico de desarrollo seguirá en vigor⁴.

Por simplificar, la propuesta de este documento consistiría en reproducir el contenido de, por ejemplo, el Reglamento 2201/2003 o el Reglamento 4/2009 (su-

³ Punto 2.3 del documento.

⁴ Puntos 2.4 y 2.5 del documento.

pongo que en su contenido no sujeto a reciprocidad) en el GRB. Resulta interesante esta postura donde la grandilocuencia de un *Great Repeal Bill* parece trocarse en un *Great Repeat Bill*, si se me permite el juego de palabras. Una especie de incorporación de la normativa europea que ya no será directamente vinculante por su naturaleza europea, que se acompañaría, además, de un respeto de la jurisprudencia dictada por el TJ hasta el momento del Brexit. El documento es consecuente. El Gobierno considera que la continuidad del Derecho europeo transformado en Derecho británico precisa también de continuidad en su interpretación: que esta interpretación sea la misma el día antes y el día después del Brexit. El GRB establecería que cualquier cuestión interpretativa de esta normativa “nacionalizada” deberá ser resuelta por los tribunales británicos de acuerdo con la jurisprudencia del TJ. Otra solución, señala acertadamente el documento, supondría cambiar la ley⁵. La impronta del TJ, eso sí, se acaba tras la salida del Reino Unido de la UE: las futuras sentencias ya no estarían amparadas por la medida “transitoria”, aunque creo que no debería descartarse totalmente la influencia futura del TJ en aquellas normas que teniendo origen europeo sigan siendo válidas en el Reino Unido⁶. Como veremos más adelante, una de las preocupaciones de la Cámara de los Lores es, precisamente, la articulación de un mecanismo de supervisión específico para estas normas. No se quiere bajo ningún concepto nombrar al TJ, pues es su jurisdicción uno de los anatemas de todo el proceso del Brexit⁷, pero se reconoce abiertamente que la pervivencia de alguna de las actuales normas de la UE como derecho nacional o integradas en acuerdos con la propia UE tiene que tener algún tipo de mecanismo que garantice –o al menos tienda a– una interpretación uniforme.

Esta propuesta trata de conciliar cuestiones prácticas con uno de los mantras más efectivo entre los defensores del “*leave*” que fue retomado con posterioridad por el citado libro blanco sobre la salida, “*The United Kingdom’s exit from and new partnership with the European Union*”, en cuyo punto segundo podemos leer que “*We will take control of our own affairs, as those who voted in their millions to leave the EU demanded we must, and bring an end to the jurisdiction in the UK of the Court of Justice of the European Union (CJEU)*”⁸. Una vez incorporados

⁵ Punto 2.14 del documento.

⁶ Al margen, por supuesto, de las situaciones transitorias a las que se refiere el citado documento “*On-going Union judicial and administrative proceedings*” u otras que puedan contemplarse.

⁷ Es posible que ni siquiera fuese el TJUE el principal objeto de reservas y desconfianza por parte de los británicos, sino el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal cual defendió Stathis Banakas (University of East Anglia), en su ponencia “*The impact of Brexit in the field of Human Rights and the Jurisdiction of the European Court of Human Rights in the UK*”, dictada en el marco de la misma Conferencia Internacional “*Civilian Lawyers look at the Brexit/ Juristas del ‘civil law’ miran al Brexit*”.

⁸ Punto 2, p. 13 y ss. El discurso de la Primera Ministra, Theresa May, el 17 de enero, ya había adelantado idéntico mensaje, con una retórica nacionalista muy evidente que pedía a gritos “*Land of Hope and Glory*” como banda sonora.

los textos a la normativa británica, el Parlamento decidirá cuáles deben mantenerse tal cual, cuáles ser modificados y cuáles ser derogados.

9. A esta aproximación hay que sumar la más reflexiva del documento “*Providing a cross-border civil judicial cooperation framework*”. Los números 18 y 19 reflejan a mi juicio el resultado de una progresiva conciliación con la realidad:

“18. La mejor manera de garantizar la seguridad jurídica para personas y empresas del Reino Unido y de la UE cuando salgamos de la UE es facilitar una transición sin tropiezos hacia una nueva relación en la cooperación judicial civil. Los convenios internacionales existentes pueden prever normas en algunos ámbitos, pero en general no proporcionan la interacción más sofisticada y eficaz, de la que ahora disfrutaban las empresas, las familias y los litigantes individuales de la UE y el Reino Unido, basada en la confianza mutua entre los sistemas jurídicos. *El resultado óptimo para ambas partes sería un acuerdo que refleje nuestra actual estrecha relación, donde un litigio en materia civil de un caso transfronterizo que involucre a partes del Reino Unido y de la UE, sea más fácil, más barato y más eficiente para todos los involucrados, dondequiera que se plantee.*

19. Por lo tanto, el Reino Unido buscará un acuerdo con la UE que permita una cooperación judicial civil transfronteriza estrecha e integral sobre una base de reciprocidad que refleje estrechamente los principios sustantivos de la cooperación en el actual marco de la UE. *Como legislamos para nuestra salida de la UE, también tenemos la intención de incorporar en el derecho interno los Reglamentos Roma I y Roma II sobre la ley aplicable en materia contractual y extracontractual. Esto proporcionará un marco jurídico coherente para que las empresas del Reino Unido y de la UE comercien e inviertan con confianza a través de las fronteras y apoyará la protección de los derechos individuales y familiares en situaciones transfronterizas*”⁹.

Obviamente, algunas normas de la UE podrán “nacionalizarse”, pero la situación será peor que la que es y el paliativo en términos técnicos (y políticos) sólo podría ser un acuerdo con la UE.

2. Las preocupaciones del documento “Brexit: justice for families, individuals and businesses”

10. Un paso más en la clarificación de la situación posterior al Brexit, esta vez ya directamente relacionado con la materia que nos ocupa, ha sido el citado documento de la Cámara de los Lores, “*Brexit: justice for families, individuals and businesses*”. Documento que, aunque anterior al que versa sobre cooperación judicial en materia civil, tiene el valor añadido de no proceder del Gobierno. Su tono crítico y resignado lo hace difícilmente encajable en la línea de los documentos publicados por el Gobierno.

⁹ *Providing a cross-border... cit.*, n.ºs 18 y 19. Traducción propia y énfasis añadido. Esta idea de mantener el *status quo* también se baraja como quizá la mejor en el documento “Brexit: justice for families...”, *cit.*, n.ºs 103–105. La cuestión de la supervisión del TJ sigue siendo, no obstante, un problema grave.

El documento destila una especie de sorpresa ante lo desconocido; más en concreto, ante lo que se desconocía y aparece ante los ojos de los lores como un preocupante problema que afectará a la vida diaria de los particulares. El escenario que pinta es un tanto dramático de más, pero tiene la virtud de incidir en problemas reales y en escenarios futuros posibles. En lo que a nuestras reflexiones interesa¹⁰, se vuelca en el análisis de dos reglamentos, el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (Bruselas II bis)¹¹ y el Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos¹², dejando al margen dimensiones igualmente importantes a las que me referiré más adelante. Es, sin duda, una visión reductora: el análisis de dos reglamentos, como si la vida de las personas y las familias se pudiera reducir a ellos, pero es también suficiente para alertar de algunos cambios importantes en la vida diaria de los particulares.

11. El planteamiento de los Lores es simple: constata que un retorno al *common law*, al margen del marco europeo, supondría un retroceso importante y particularmente perjudicial para las personas involucradas en los litigios de Derecho de familia. Esta situación podría verse atenuada en relación con las obligaciones alimenticias a través del Convenio de Lugano y, en mucha menor medida, a través del Convenio de La Haya de 1996 en lo que atañe a las cuestiones relativas a responsabilidad parental. Por eso, aunque la vuelta al Convenio de Lugano no se considera especialmente nociva, sí se plantean todas las reservas sobre el Convenio de La Haya que, a juicio del documento, ofrece mucha menos claridad y protección para los implicados¹³.

12. Algunas de las conclusiones de este documento merecen ser reproducidas:

“Tenemos una importante preocupación sobre el impacto de la pérdida de los Reglamentos Bruselas II bis y el Reglamento sobre alimentos en la etapa post Brexit si no se implementan acuerdos alternativos [...] abandonar estos reglamentos sin implementar alternativas socavaría gravemente los derechos de familia de los nacionales británicos y sería básicamente un acto de autolesión [...] es claro que el GRB prometido por el Gobierno será insuficiente para asegurar la continuidad en la aplicación de los Reglamentos Bruselas II bis y el relativo a obligaciones alimenticias en el Reino Unido posterior al Brexit: desconocemos cualquier tipo de mecanismo legal interno que pueda reproducir el efecto recíproco de esos dos Reglamentos. Nos preocupa

¹⁰ Páginas 24 y ss. del Documento.

¹¹ DO L 338 de 23.12.2003.

¹² DO L 7 de 10.1.2009.

¹³ “Brexit: justice for families...”, p. 40, n°s 135–138.

que cuando se trasladó este punto al Ministro no reconoció que el GRB no podría ofrecer la naturaleza recíproca de las normas de tales Reglamentos”¹⁴

3. Los escenarios normativos verosímiles tras el Brexit

13. Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto las preocupaciones que el Brexit plantea en el Reino Unido y desde la perspectiva del Reino Unido. Efectivamente, el escenario verosímil es que decae la normativa europea y su vacío está llamado a llenarse con las normas del *common law*, que solo de forma muy minoritaria se consideran apropiadas¹⁵, y por la red convencional existente, rehabilitada o futura, por lo que parece imperativo plantear otros escenarios. Desde un punto de vista institucional, podemos diferenciar tres situaciones distintas en cuanto a las posibilidades de integrar el vacío. En primer lugar, y este es un planteamiento muy presente, se abre la posibilidad de una negociación normativa vis a vis con la Unión Europea. Esta posibilidad plantea un escenario totalmente abierto. A día de hoy no se puede aventurar ni el contenido de esta negociación, ni los instrumentos en los que podría materializarse, ni siquiera su buen fin. Pero es una vía particular derivada de que el Reino Unido pasaría a ser un tercer Estado respecto de la UE, pero no cualquier tercer Estado, sino el primer tercer Estado que ha sido un Estado miembro.

14. La segunda situación es la relación o relaciones bilaterales con los Estados miembros de la UE. Se suele analizar esta como una consecuencia natural de la desaparición de unos vínculos, los derivados del Derecho europeo, y la reviviscencia de los que se enmarcan en el nivel de la cooperación internacional: las obligaciones internacionales derivadas de los tratados que vinculan al Reino Unido y a uno o varios Estados miembros continuarían funcionando tal cual (caso, por ejemplo, del Convenio de La Haya sobre protección del niño y adopción internacional de 1993) o se rehabilitarían en los supuestos en los que dichas obligaciones estuviesen supeditadas a la normativa europea (caso, por ejemplo, del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 1980)¹⁶.

Este planteamiento es plausible. Forma parte de las relaciones más o menos previsibles entre normas pertenecientes a distintos niveles de producción jurídica y se ajusta al Derecho de los tratados. Sin embargo, no puede descartarse que estos pretendidos efectos se puedan ver modulados, precisamente, porque en sentido

¹⁴ “Brexit: justice for families...”, pp. 31–32, n^{os} 92, 93 y 97.

¹⁵ Tan sólo por R. Fentiman (“Brexit: justice for families...”, p. 34, n^o 106).

¹⁶ *Vid.* sobre otros convenios pero con similar idea I. Heredia Cervantes, “Brexit y Derecho internacional privado. Algunas previsiones sobre lo imprevisible”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, año LII, n^o 38 (3^a Época) febrero de 2017, pp. 495–506, p. 496, nota 5.

inverso a lo que expresaba más atrás, los Estados miembros tampoco son unos terceros Estados normales para el Reino Unido: son terceros Estados que al mismo tiempo son Estados miembros de la UE y, como tal, sujetos, también en sus obligaciones internacionales, a una serie de condicionamientos derivados del reparto de competencia entre la UE y sus EM.

En este sentido, aunque realmente no creo que lo que voy a exponer resulte probable, no puede descartarse que llegase a ser posible. La interpretación que el TJ realizó del alcance del art. 3.2º TFEU en su Dictamen 1/13, de 14 octubre 2014 puede plantear alguna incógnita en este devenir generalmente aceptado y específicamente avalado por los documentos aparecidos en el Reino Unido. Este precepto dispone, en lo que ahora me interesa, que “la Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional [...] en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas”. El TJ hizo una interpretación maximalista y probablemente errónea en relación con el caso concreto¹⁷, y, como se sabe, consideró competencia exclusiva de la Unión la aprobación de nuevos Estados miembros en el citado Convenio de La Haya sobre secuestro de menores. Interpretación discutible pero al fin la interpretación que nos vincula. Sin duda, la “vuelta” del Reino Unido al régimen de algunos Convenios *afecta* a normas comunes. Por ejemplo, pensemos que con España, podrían rehabilitarse el Convenio de la Haya de 2 octubre 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a obligaciones alimenticias, el citado Convenio sobre sustracción de menores, o el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, relativo a la competencia judicial, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Todos estos convenios afectan o bien al Reglamento Bruselas II bis o bien al Reglamento de alimentos ¿requerirá su rehabilitación el consentimiento de la UE en las relaciones entre el Reino Unido y los EM?

Lo que parece estar fuera de toda duda es la competencia de la UE para la celebración (con el Reino Unido o cualquier otro tercer Estado) de convenios futuros, bilaterales o multilaterales, que afecten a las materias aquí tratadas¹⁸

15. La tercera es la de la relación vis a vis del Reino Unido con terceros Estados. Esta, que nos interesa menos, tan solo variará sustancialmente en un aspecto directamente relacionado con el último que acabamos de analizar: el Reino Unido

¹⁷ Vid. S. Álvarez González, *REDI*, 2015–4–Pr, pp. 241–245; A. Borrás Rodríguez, “La aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores. El Dictamen del TJUE de 14 octubre 2014”, *La Ley Unión Europea*, nº 21, diciembre de 2014, pp. 42–50.

¹⁸ Vid. P. de Miguel Asensio, “Brexit y litigios internacionales. Primeras reflexiones”, *Diario La Ley, Especial Brexit II*, nº 8791, de 27 junio 2016.

recuperará su competencia exclusiva para asumir obligaciones internacionales que ahora están en manos de la UE: por poner un solo ejemplo, podrá aprobar por sí mismo la ratificación o adhesión de terceros países al Convenio de La Haya sobre secuestro de menores. Si esta misma libertad recae en los EM dependerá, de nuevo, de las medidas a adoptar afectan o no el Derecho de la UE.

16. Desde el punto de vista de los Estados miembros como foro, las incógnitas son similares: la rehabilitación los convenios existentes es verosímil, con la duda meramente planteada sobre el reparto de competencia UE/EM. Es este tema de la competencia también importante en la futura y potencial asunción de obligaciones bilaterales o multilaterales con el Reino Unido. Y la vuelta al Derecho internacional privado interno aparece como un hecho sobre el que no hay demasiada discusión: por ejemplo, la eficacia en España de un divorcio pronunciado en el Reino Unido se canalizaría tras el Brexit a través de lo dispuesto en la LCJIMC, siempre, claro está, que no medie algún otro instrumento como consecuencia de las negociaciones.

17. Cuando el foro sea un tercer Estado, la situación no cambiará.

III. Marco jurídico actual y ejemplos de afectación sustancial

1. Introducción al marco jurídico en materia de persona, familia y sucesiones

18. Como hemos visto, en el documento “*Brexit: justice for families, individuals and businesses*”¹⁹, la Cámara de los Lores centró su atención en las consecuencias que para el Reino Unido depararía el abandono del Reglamento Bruselas II bis y del Reglamento de alimentos. Ya dije que se trataba esta de una visión reduccionista del ámbito material abarcado por este estudio tal como desarrollaré más adelante con algunos ejemplos. Mas lo cierto es que esta reducción es significativa de un hecho nada despreciable: el Reino Unido ha hecho un uso generoso de la prerrogativa que le proporciona el Protocolo (nº 21), sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia y ciertamente no participa en buen número de los instrumentos que gobiernan la materia que nos ocupa: ni el Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial²⁰; ni en el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la

¹⁹ *Cit. supra* nota 1.

²⁰ DO L 343 de 29.12. 2010.

competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo²¹; ni en el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales²²; ni en el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas²³. Y tampoco lo hace en el Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, que tiene una importancia singular en el funcionamiento del Reglamento 4/2009, sobre alimentos²⁴.

Esta situación plantea que en el ámbito cubierto por tales instrumentos no habrá cambios tras el Brexit. El foro británico seguirá aplicando las mismas normas que ahora a las cuestiones reguladas por tales instrumentos, mientras que los foros de los EM harán lo propio. Podrá decirse que en los ámbitos cubiertos por los reglamentos y el Protocolo citados, el efecto del Brexit será reducido. Allí donde regía el DIPr autónomo seguirá rigiendo. Allí donde un convenio, este seguirá rigiendo o volverá a regir²⁵: por ejemplo, el Convenio de La Haya, de 1 junio 1970, sobre el reconocimiento de divorcios y de separaciones legales, vincula al Reino Unido con otros once EM (no con España que no es parte en el mismo). Allí (resto de los EM) donde los reglamentos se aplican (o serán de aplicación, en el caso de los relativos a regímenes económicos y a efectos patrimoniales de las parejas registradas) con carácter *erga omnes* en materia de ley aplicable, seguirán aplicándose.

19. En todo caso, creo necesario hacer dos consideraciones. Por un lado, debe recordarse que dentro del actual marco general de cooperación existen varios instrumentos o mecanismos que podríamos llamar genéricos y que afectan de lleno a los temas que nos ocupan, como puedan ser el Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo²⁶, el Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28

²¹ DO L 201 de 27.7.2012.

²² DO L 183 de 8.7.2016.

²³ DO L 183 de 8.7.2016.

²⁴ *Vid. infra*, n° 37.

²⁵ Con la posible salvedad avanzada *supra* n° 14.

²⁶ DO L 324 de 10.12.2007.

mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil²⁷, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁸, la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 enero 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios²⁹ o la misma Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. A todos ellos hace alusión el Gobierno británico en su último documento “*Providing a cross-border civil judicial cooperation framework*”. No así al Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 julio 2016 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012³⁰, de singular trascendencia en el tema que nos ocupa, pero con un ámbito de aplicación temporal diferido, lo que quizá haya depurado su olvido en los planes del Reino Unido.

20. Por otro lado, a pesar de no figurar en la agenda de las preocupaciones singulares de las autoridades británicas, lo cierto es que la afectación de la situación de las personas y las familias como consecuencia del Brexit, desde la perspectiva del DIPr, no se limita a aquellos supuestos en los que existiese una regulación *ad hoc* en forma de acto legislativo de la UE que, además, vincule al Reino Unido. Han existido y existen desde siempre potentes motores estructurales que determinan dicho efecto: las libertades y, desde su nacimiento, la ciudadanía europea³¹ son elementos que fiscalizan el Derecho de cada EM para que se ajuste a sus exigencias.

El marco de derechos fundamentales instaurado por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE es otro factor determinante, más allá de normas concretas en concretos actos legislativos. Los casos que el TJ ha resuelto involucrando el nombre de las personas físicas son paradigmáticos. Y en su sustrato pueden encontrarse razones para pensar que el estado civil de la persona en general también está bajo el escrutinio del Derecho de la UE, haya o no un acto legislativo singular.

²⁷ DO L 174 de 27.6.2001.

²⁸ DO L 136, de 24.5.2008.

²⁹ DO L 26 de 31.1.2003.

³⁰ DO L 200 de 26.7.2016.

³¹ Que tiene otras muchas implicaciones en el Brexit además de las aquí tratadas: *vid.* R. Arenas García, “Brexit y Derecho internacional privado”, *Diario La Ley*, n° 8797, de 6 julio 2016.

2. Algunos ejemplos de afectación sustancial. Lo ya experimentado: el nombre de las personas físicas

21. En materia de nombre de las personas físicas tenemos ejemplos remotos y ejemplos recientes³² sobre los que, por suficientemente conocidos, no vamos a detenernos, pero que dibujan un panorama que necesariamente va a cambiar tras el Brexit de forma significativa, más allá incluso de los supuestos que hayan podido afectar directamente al Reino Unido, como el de la STJ de 2 junio 2016³³. Precisamente constituye este uno de los casos en los que aún los resabios del orden público nacional parecerían dejar las cosas en su sitio o, dicho de otra manera, enervarían la fuerza de la ciudadanía europea y la libre circulación de personas, aunque creo que no es así.

Recordando someramente el supuesto, un doble nacional alemán desde su nacimiento y británico tras adquirir esta nacionalidad comenzó llamándose en Alemania *Nabiel Bagdadi*; ya en Alemania Nabiel había cambiado su nombre dos veces, pasando a llamarse *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*. El último cambio que determina el problema “europeo” y la actuación del TJ fue el efectuado en el Reino Unido por el de *Peter Mark Emanuel Graf von Wolffersdorff Freiherr von Bogendorff*. Dicho cambio no fue reconocido en Alemania y el TJ no condenó de plano este no reconocimiento. Señaló que el rechazo no contraría el art. 21 TFUE si se demuestra justificado por motivos de orden público, por cuanto resulta apropiado y necesario para garantizar el respeto del principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos alemanes.

No voy a entrar en la corrección o incorrección del fallo³⁴ que, por otro lado, ya tenía precedentes cualificados que lo hacían verosímil a priori³⁵, ni tampoco en

³² Tras la vieja sentencia *Konstantinidis* (STJCE 30 marzo 1993, C-168/91) que se basó en la libertad de establecimiento, una nueva ola de casos, ya fundamentados en la ciudadanía europea, la libre circulación de personas, y/o la no discriminación por razón de nacionalidad, han ido construyendo un armazón que afecta significativamente al Derecho de los Estados Miembros: STJ 2 octubre 2003, *García Avello* (C-48/02); STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin Paul* (C-53/06); STJ 22 diciembre 2010, *Sayn-Wittgenstein* (C-08/09); STJ 12 mayo 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn* (C-91/09); STJ 2 junio 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff* (C-38/14); y STJ 8 junio 2017, *Freitag* (C-41/15).

³³ Citada en nota anterior. Vid sobre ella J. J. Forner Delaguna, “Ciudadanía de la Unión Europea: apellido que contiene elementos nobiliarios e incompatibilidad con los principios esenciales del Derecho alemán (STJUE 2 junio 2016, asunto C-438/14: *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*)”, *La Ley Unión Europea*, nº 42, Año IV, 30 noviembre 2016.

³⁴ Vid., además del anteriormente citado, A. Lara Aguado, “Reconocimiento, sí, ma non troppo: El orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea”, *Bitácola Millennium*, 2016-4, 14 pp.

³⁵ Sobre todo el de la STJ 22 diciembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, (Nota S. Álvarez González, *REDI*, 2011-2, pp. 236-239) y, en menor medida, el de la STJ 12 mayo 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn*.

la solución aparentemente inocua desde la perspectiva Europea. Ciertamente en este caso el marco normativo de la UE parecería no deparar ninguna solución *ad hoc*. La misma antes que después del Brexit, se me podría decir. Pero no es así. La mera existencia de la cuestión prejudicial atestigua que no es así. Atestigua que *Peter Mark Emanuel* podía pelear el reconocimiento en condiciones distintas a si el nombre lo hubiera cambiado en Argentina y/o si fuese un doble nacional chino peruano. Atestigua que dentro del marco de la UE el art. 21 TFUE³⁶ tiene una fuerza normativa que solo excepcionalmente puede ceder ante consideraciones nacionales y que ha sido implacable en otros supuestos para alterar las propias soluciones nacionales. Y el Brexit tendrá un efecto importante y variado.

22. Los ciudadanos europeos nacidos en el Reino Unido y registrados con unos determinados nombres y apellidos hoy tienen derecho a que tal régimen se reconozca en el resto de los EM³⁷, con independencia de que cada EM tenga su propio protocolo para hacer efectivo este derecho³⁸, de que ese reconocimiento esté sujeto a más o menos condiciones formales y sustanciales³⁹ y de que el orden público nacional pueda suponer un obstáculo legítimo a ese reconocimiento⁴⁰. Y el derecho es recíproco: los ciudadanos europeos nacidos en cualquier otro EM tienen derecho a que se les reconozca el nombre en el Reino Unido. Tras el Brexit tales derechos no existirán ni en una dirección ni en la otra.

³⁶ Recordemos: “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

³⁷ STJ de 14 octubre 2008, *Grunkin Paul*, cit. supra nota 32.

³⁸ A veces realmente diferentes. A título de ejemplo en España el caso *Grunkin* apenas determinó la Instrucción de 24 febrero 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la Unión Europea (BOE 10.3.2010), mientras que en Alemania implicó una solución legislativa *ad hoc*: El art. 48 EGBGB, que lleva como epígrafe “Elección de un apellido adquirido en otro Estado miembro de la Unión”, dispone que: “Si el apellido de una persona se rige por el Derecho alemán, dicha persona podrá, mediante declaración ante una oficina del Registro Civil, elegir el apellido adquirido durante la residencia habitual en otro Estado miembro e inscrito allí en el Registro Civil, siempre que no sea manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del Derecho alemán”.

³⁹ Las de la Instrucción son, a mi juicio, exageradas (S. Álvarez González y M.P. García Rubio, “El nombre de las personas físicas”, *Tratado de derecho de la persona física* / coord. por María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Judith Solé Resina, vol. 1, 2013, pp. 469–521, pp. 519–520; N. Magallón Elósegui, “La DGRN ante la jurisprudencia europea en materia de nombres y apellidos”, *REDI*, 2010–2, pp. 149–164); y la última citada STJ de 8 junio 2017 creo que puede leerse en tal sentido.

⁴⁰ La cautela ya estaba presente en el considerando 38 de la sentencia *Grunkin* y se manifiesta, por ejemplo, en la última frase reproducida del art. 48 EGBGB o en la, a mi juicio extravagante, configuración del orden público español contemplada por la citada Instrucción DGRN de 24 febrero 2010 en relación con la Instrucción de 23 mayo 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español (BOE 4.7.2007).

23. Los ciudadanos europeos que posean dos nacionalidades de dos EM podrán decidir cuál es el régimen de su nombre y apellidos, sin que una de las nacionalidades pueda necesariamente prevalecer sobre la otra. En el caso de nuestro *Peter Mark Emanuel*, de haberse planteado como un problema de ley aplicable ante las autoridades alemanas (que no se planteó) el interesado podría haber alegado la normativa británica sin que la alemana pudiese prevalecer. Preceptos como el art. 5 EGBGB (“Cuando se haga una remisión al Derecho del Estado cuya nacionalidad posee una persona y cuando tal persona posea varias nacionalidades, procederá aplicar el Derecho del Estado miembro con el que dicha persona tenga el vínculo más estrecho, en particular en virtud de su residencia habitual o del transcurso de su vida. Si dicha persona posee además la nacionalidad alemana, prevalecerá este último estatuto jurídico.”) o 9.9º Cc (“A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales.”) no son operativos tratándose de nacionalidades de EM⁴¹. Tras el Brexit, *Peter Mark Emanuel* no podría alegar en Alemania la preferencia de la ley personal británica⁴². Y lo mismo ocurriría en sentido contrario: la alegación de la ley alemana en el Reino Unido, si es que tuviese ese interés. Y sí, siempre estaría el orden público, pero quizá el Brexit también supondrá alguna variación en ese sentido⁴³.

3. Algunos ejemplos de afectación sustancial: el estado civil en general

24. El ejemplo del nombre de las personas físicas no es sino uno, quizá el más significativo por la trascendencia que ha tenido la jurisprudencia del TJ, de los que pueden vincularse al estado civil de las personas físicas en general y la incidencia que la UE tiene sobre él.

El marco normativo general es el mismo: por un lado, la competencia exclusiva de los EM en materia de estado civil, al menos en lo que afecta a los títulos de legitimación de un estado civil, a su creación o determinación y, por otro, las exi-

⁴¹ Directriz Segunda de la Instrucción de 23 mayo 2007.

⁴² Esta conclusión no es, en todo caso, categórica. Admito la duda sobre si los supuestos de doble nacionalidad mixta en materia de nombre pueden tener o no más trascendencia que la que le doy en el texto (vid. A. Lara Aguado, “Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos”, *Diario La Ley*, nº 6107, de 15 octubre 2004, al menos, que extiende la doctrina de *lege ferenda*, a cualquier tipo de doble nacionalidad).

⁴³ *Infra* nº 41, en el contexto de las sucesiones pero perfectamente extensible a cualquier ámbito.

gencias de la ciudadanía europea sobre las soluciones domésticas. Estas exigencias han abierto en los últimos años un rico debate enmarcado dentro del más amplio que enfrenta al “método” del *reconocimiento* frente al de la *ley aplicable*⁴⁴, mas con la indefectible impronta europea⁴⁵.

25. Con una lógica simple y perfectamente comprensible, señala G.P. Romano que si el TJ vio incompatible con la libre circulación de personas los inconvenientes que derivaban de que un menor tuviese unos apellidos en Dinamarca y otros en Alemania (caso *Grunkin*) con mayor razón o mejor, muchos más graves habrán de ser los inconvenientes que deriven del no reconocimiento en un EM de un estatus de hijo que se haya establecido o consolidado en otro EM como consecuencia de una adopción o de una gestación por sustitución⁴⁶. La consecuencia natural es, o puede ser, que ese no reconocimiento (que se puede predicar igual de la filiación como del estado matrimonial u otro) sería contrario al Derecho de la Unión y, por lo tanto, debería ser removido o corregido.

26. Llevando esto a la situación post Brexit, habrá situaciones sin duda concernidas. Ciertamente, ninguna exclusiva del Reino Unido, pero sí significativa. Dos ejemplos ayudarán a ilustrar la idea. El primero es el del matrimonio entre personas del mismo sexo, reconocido en Inglaterra y Gales, por un lado, y en Escocia, por otro, desde 2014⁴⁷ y aún desconocido en una buena parte del resto de los Estados Miembros. El otro es el de la gestación por subrogación, donde el Reino Unido sí presenta una mayor especialidad en relación al resto de los EM, al prever expresamente la posibilidad de que se declare una filiación derivada de una gestación por sustitución entre el nacido y los comitentes⁴⁸.

Si la salida del Reino Unido de la UE puede alterar o no la suerte del reconocimiento en los demás EM de un matrimonio celebrado en Londres entre un español

⁴⁴ Por todos, la obra colectiva *La reconnaissance des situation en droit international privé*, P. Lagarde (dir), Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013, París, 2013

⁴⁵ Muy sintéticamente ROMANO, G. P., “Conflicts and Coordination of Family Statuses: Towards their Recognition within the EU?”, *Adoption: Cross-border legal issues*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs Petitions, Workshop, 1 December 2015, pp. 17–43. La literatura al respecto es inabarcable. Vid., recientemente, M. Lehmann, “Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?”, en Leible, S. (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Países Bajos, Kluwer, 2016, pp. 11–43, con abundantes referencias en su nota 1.

⁴⁶ G.P. Romano, *cit.*, p. 33.

⁴⁷ Irlanda del Norte no lo contempla; en los llamados territorios de ultramar (14) la situación es diversa en cuanto a su progresivo reconocimiento: por ejemplo en Gibraltar es posible desde el 15 diciembre 2016; en las Islas del Canal, la Isla de Man lo reconoció en 2016 y Guernsey en 2017; en las Islas Malvinas el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal desde el 29 abril 2017.

⁴⁸ Ya art. 30 de la Human Fertilisation and Embryology Act 1990; hoy art. 54 de la Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

y un polaco (por ejemplo en Polonia) o el reconocimiento en España de la filiación derivada de la gestación por sustitución llevada a cabo en Birmingham por un matrimonio de inglés y española y una tercera madre gestante es algo que pertenece a lo que ninguna bola de cristal nos puede asegurar. Pero a mi juicio así será o así podría ser. Es decir, el Brexit constituirá un retroceso en las posibilidades de que estas situaciones vinculadas al estado civil de las personas puedan encontrar continuidad en el resto de los EM.

Probablemente se me pueda objetar que por ahora el orden público (lo mismo que ocurrió con el citado caso *Bogendorff von Wolffersdorff*) no augura esa nota diferencial. Que Polonia se amparará en su orden público para no reconocer aquel matrimonio entre dos personas del mismo sexo o que España se amparará en su orden público para no reconocer la filiación de nuestro ejemplo. No voy a abundar en este momento en refutar o al menos matizar esta visión. Al margen de lo que en estas materias pueda suponer la impronta capital de los derechos humanos tal cual son interpretados por el TEDH (algo que cae fuera del discurso que nos ocupa), las opiniones en el sentido aquí defendido no escasean, sino todo lo contrario⁴⁹.

27. Recordemos, también, que el citado Reglamento (UE) 2016/1191, será aplicable con carácter general y al margen de algunas reglas técnicas que lo harán con anterioridad a partir febrero 2019

4. Algunos ejemplos de afectación sustancial: la preocupación por el Reglamento 2201/2003

28. Como más atrás señalé, el Reglamento 2201/2003 ha centrado la atención de forma singular en los efectos que el Brexit puede acarrear en el ámbito de la persona y familia. Ello es comprensible desde diversos puntos de vista. Por un lado, se trata de un instrumento con un ámbito de aplicación material amplio y sensible: los aspectos matrimoniales y, sobre todo, los relativos a responsabilidad parental. Por otro, y en parte relacionado con el anterior, se trata de un instrumento que ha deparado una abundante práctica, tanto ante las autoridades nacionales, cuanto ante el TJ. Podemos decir que es un instrumento ampliamente conocido,

⁴⁹ El marco problemático del matrimonio entre personas del mismo sexo en la UE ya está planteado desde antiguo: S. Álvarez González, “Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador no vio”, *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 9–37, pp. 22–25; para los supuestos de gestación por sustitución *vid* S. Álvarez González, “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* Vol. XCII, 2016, Tomo I, pp. 227–262, en concreto, pp. 244–250 y doctrina allí citada, entre la que destaco a P. Lagarde, “La gestation pour autrui: problèmes de droit interne et de droit international privé”, *Revue Hellenique de droit international*, 2009, pp. 511–520, pp. 518–519.

ampliamente estudiado y ampliamente aplicado. Además, se trata de un instrumento que, matices aparte, ha hecho realidad sus objetivos básicos de proporcionar seguridad y previsibilidad a los particulares, así como de favorecer de forma real la libre circulación de las resoluciones dictadas bajo su ámbito. Ha funcionado bien en términos generales, reconoce la Comisión en su memorándum sobre su revisión⁵⁰, aun planteando la posibilidad de mejorarlo de forma importante en algunos aspectos que tocan esencialmente a la responsabilidad parental.

Que el Reglamento 2201/2003 deje de vincular al Reino Unido es relevante y así se reconoce sin ambages cuando se valora, por un lado, que no hay una real alternativa en materia matrimonial y, por otro, que el Convenio de La Haya de 1996 no alcanza los mismos resultados satisfactorios en el ámbito de la responsabilidad parental⁵¹. Algo que habría que extender al Convenio de La Haya de 1980 sobre la sustracción internacional de menores, como veremos a continuación.

29. En este sentido, las posibilidades de actuación al margen de un acuerdo entre el Reino Unido y la UE son escasas y de corto alcance⁵². Como hipótesis y teniendo en cuenta las líneas generales planteadas por el Reino Unido, no podría descartarse por la parte británica una asunción de las reglas del Reglamento no sujetas a reciprocidad: alguno de los foros de competencia judicial internacional en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental. Ciertamente no existirían graves problemas en la unilateralización de dichos foros, pero tampoco grandes ventajas. Los del artículo 3 en materia matrimonial son ampliamente generosos y el del artículo 8 en materia de responsabilidad parental ampliamente seguido. Mas aquellos que constituyen un valor añadido pueden generar más incógnitas. Algunos, como el artículo 15 están concebidos en términos de cooperación o colaboración entre órganos judiciales de EM (tras el Brexit, de dos Estados distintos) y no sé si su mecanismo puede “unilateralizarse” satisfactoriamente, pero tengo mis dudas de que supuestos como el que dio origen a la STJ de 27 octubre 2016⁵³ pudieran seguir siendo tratados como el Reglamento ahora permite⁵⁴.

⁵⁰ Comisión Europea, *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)*, {SWD(2016) 207 final}, {SWD(2016) 208 final}, Bruselas, 30 junio 2016 COM(2016) 411 final 2016/0190 (CNS).

⁵¹ *Vid. supra*, la opinión de la Cámara de los Lores. El punto 18 del más reciente documento “*Providing a cross-border...*” así lo reconoce también con carácter general.

⁵² Amén de no contempladas por parte del Gobierno británico: al menos así se desprende del documento “*Brexit: justice for families...*”, *cit.*, nº 114 y concordantes.

⁵³ Asunto C-428/15 (D).

⁵⁴ *Vid.* S. Álvarez González, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor” *La Ley Unión Europea*, nº 43, de 30 diciembre 2016, Año IV.

Otros, como el art. 10 (competencia en los casos de traslado ilícito) pienso que también encuentran su complemento (casi su justificación) en el resto del régimen articulado para estos casos, tanto en términos de cooperación y competencia (art. 11) como en términos de reconocimiento y ejecución de las resoluciones o medidas que se adopten (y ya estamos hablando de reciprocidad). Por último, la eficacia de alguna de las llamadas “disposiciones comunes” (litispendencia y acciones dependientes, por ejemplo) también encuentra su mejor respuesta en un marco de reciprocidad⁵⁵. Por ello, este escenario de la “nacionalización” o unilateralización de normas contenidas en el Reglamento, aunque posible, no es muy verosímil⁵⁶.

30. En cualquier caso, el efecto (negativo) más importante de la desaparición del Reglamento 2201/2003 para el Reino Unido y la UE es el que deriva de su régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones. Ciertamente no es este un resultado particular de la materia que nos ocupa: pasará con el resto de las materias en las que se pase de un consolidado sistema articulado sobre la base de la confianza comunitaria o de la Unión a otro distinto.

Como es bien sabido, una de las manifestaciones originarias del régimen de reconocimiento recíproco de resoluciones en la UE es la supresión del control de la competencia del juez de origen. En el Reglamento que nos ocupa se consagra en el art. 24, cuyo alcance amplio ha sido recientemente ratificado por el TJ abundando en la exclusión de la operatividad del orden público para subvertir dicha supresión⁵⁷. Y es también sabido que dentro de los regímenes nacionales (los *prima facie* aplicables en ausencia de un acuerdo *ad hoc* entre la UE y el Reino Unido) la evolución a favor de un cada vez más flexible sistema de condiciones de reconocimiento no ha llegado tan lejos. Ciertamente el sistema nacional puede ser moderno y complaciente en sus soluciones particulares con convenios y normativa europea, pero el control de la competencia del juez de origen sigue siendo una condición relevante fuera de un marco de confianza como la alcanzada en la UE. Nuestra LCJIMC da buena fe de ello en su art. 46.1.c. Dicho con otras palabras, el régimen contemplado por los arts. 21 y siguientes del Reglamento no es verosímil que pueda trasladarse a una normativa interna sin más. La circulación de resoluciones podrá resentirse según los casos. Y digo que según los casos, pues debe reconocerse que en la materia matrimonial contemplada por el Reglamento,

⁵⁵ También otras reglas aparentemente más neutras, como la contenida en el art. 6 del Reglamento, encuentran su sentido real en un marco de integración más que en su asunción unilateral.

⁵⁶ Entraría dentro del marco general previsto por el documento “Legislating for the United Kingdom’s withdrawal...”, pero ya en el más reciente “Providing a cross-border civil judicial cooperation...”, tan solo se hace referencia a la recepción en el Derecho interno de los Reglamentos Roma I y Roma II.

⁵⁷ STJ 19 noviembre 2015, asunto C-455/15 PPU. *Vid.* S. Álvarez González, “Traslado ilícito de menores, competencia judicial internacional y orden público”, *La Ley Unión Europea*, nº 33, 29 enero 2016.

la generosidad de sus foros (y su influencia en los sistemas nacionales, por ejemplo, en el art. 22 quáter c LOPJ, cuando llegase a ser de aplicación) motivará que los supuestos en los que cupiere considerar no competente al tribunal de origen serían escasos. Y, en general, otro tanto debería ocurrir con el Convenio de La Haya de 1996. Presumiendo su correcta aplicación en la mayoría de los casos su art. 23.2 a) debería considerarse una mera posibilidad. Pero esta verosimilitud no evita que los casos de denegación por falta de competencia del juez de origen puedan darse.

31. Por otro lado, el régimen de ejecución directa previsto por los artículos 41 y 42 del Reglamento, en relación con las resoluciones en materia de derecho de visita y las órdenes de retorno de menores ilícitamente desplazados está claramente fuera de lo admisible en términos unilaterales o, dicho con otras palabras, no es probable que se implemente de forma unilateral por parte del Reino Unido sin condición de reciprocidad por parte de la UE.

32. Abundando en esta última reflexión, no sólo el régimen de la competencia judicial internacional y del reconocimiento de resoluciones se verá previsiblemente afectado, sino como una consecuencia natural de ello, el de la cooperación en materia de desplazamiento ilícito de menores. Recordemos sucintamente tres elementos articulados por el Reglamento de indudable trascendencia en este ámbito: el primero, el valor añadido y la prevalencia entre los EM del Reglamento sobre el Convenio de La Haya de 1980; el segundo, la previsión explícita de la competencia judicial del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del desplazamiento, y la consecuente no competencia de las autoridades del Estado al que hubiere sido ilícitamente desplazado (en el marco y las condiciones del art. 10 del Reglamento); y el tercero la posibilidad de ejecución directa de una orden de retorno emitida por las autoridades de la anterior residencia habitual del menor (en el marco y las condiciones de los arts. 11 y 42 del Reglamento). Este esquema no solo altera sustancialmente la lógica del Convenio, en el que la última palabra la tendría la autoridad del Estado de desplazamiento, sino que, a mi juicio, incorpora un elemento adicional fundamental de prevención que el Convenio no posee⁵⁸. Veámoslo.

33. Uno de los déficits del Convenio es, precisamente, su escaso poder desincentivador para quien pretende trasladar ilícitamente a un menor con vulneración de un derecho de custodia. La posibilidad de encontrar amparo a los propios intereses en otra jurisdicción es un atractivo innegable que el Reglamento minimiza. Cuando Simone Pelz permaneció en Alemania y no volvió con su hija a España,

⁵⁸ B. Hess, "Back to the Past: Brexit und das europäische internationale Privat- und Verfahrensrecht", *IPRax*, 2016, pp. 409-418, pp. 416-417.

donde residía, probablemente tenía la esperanza de que los tribunales alemanes entendieran mejor su posición que los españoles. Y realmente así fue mientras el caso discurrió por la “vía del Convenio”: aunque en primera instancia se accedió a la solicitud de Joseba Andoni Aguirre para que su hija Andrea fuese devuelta a España, en apelación, la Sentencia del *Oberlandesgericht Celle* de 1 julio 2009, rechazó el retorno: la niña debía quedarse en Alemania pues su regreso a España no se justificaba a la luz del art. 13 del Convenio. Y así se hubiera santificado la retención (ilícita según el propio Convenio) de no ser por ese valor añadido del Reglamento.

A pesar de las reticencias de los órganos judiciales alemanes la Sentencia TJ de 22 diciembre 2010⁵⁹, puso de manifiesto no solo que la jurisdicción alemana tenía que ejecutar de plano la orden de retorno emitida por los tribunales españoles, sino que la discusión sobre la propia eficacia de esa orden de retorno (en concreto si había o no vulnerado el art. 42 del Reglamento) también correspondía a los tribunales españoles⁶⁰.

34. Este es ejemplo paradigmático de la eficacia del Reglamento *ex post factum* frente a la del Convenio de La Haya. Pero creo que también es un muestra de cómo la eficacia *ex post* del Reglamento puede condicionar, para bien, la prevención *ex ante*. La desaparición de este mecanismo en las futuras relaciones entre el Reino Unido y los EM es sin duda una mala noticia⁶¹. Y su sustitución por algo similar forma parte de las incógnitas que ahora no podemos despejar. En el plano del deseo, parece que las pretensiones del Reino Unido pueden ir por la vía de conservar lo más posible los actuales mecanismos (no sólo este concreto), eso sí, dejando fuera al TJ. Así podrían interpretarse algunas declaraciones del último documento emitido por el Gobierno británico⁶².

5. Algunos ejemplos de afectación sustancial: la menor preocupación por el Reglamento 4/2009, en materia de alimentos

35. La situación de las cuestiones relativas a obligaciones alimenticias parece preocupar menos desde la perspectiva británica en relación con los efectos del

⁵⁹ STJ 22 diciembre 2010, Asunto C-491/10 PPU, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone Pelz*.

⁶⁰ Vid. S. Álvarez González, “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, Año XXXII, n° 7578, de 28 febrero 2011.

⁶¹ Así se reconoce también por la parte británica: vid. el citado documento “Brexit: justice for families...”, n°s 89 y 92, entre otros.

⁶² Vid supra texto reproducido en n° 9.

Brexit. Esta sensación descansa, a mi juicio, sobre dos factores íntimamente ligados entre sí. Por un lado, el hecho cierto de que en materia de alimentos la red convencional es tupida y la idea, que se asume como un dato, según la cual la desaparición de la normativa de la Unión revive automáticamente la eficacia de los convenios internacionales sobre los que aquélla prevalecía. Por otro la peculiar situación que presenta el Reino Unido en relación con el Reglamento 4/2009 sobre alimentos: aunque el Reglamento es vinculante para el Reino Unido, su posición es un tanto ambigua en torno a uno de los elementos clave del mismo, la instauración de un título ejecutivo que formalmente se hace depender de la participación de los EM en el Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Ambos factores son reales, pero matizables. Vayamos por partes.

36. Es cierto que en materia alimenticia los instrumentos internacionales al margen del Derecho de la UE son numerosos. El Reino Unido es parte en el Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 junio 1956⁶³, lo que garantiza la vía de cooperación entre autoridades con la mayoría del resto de los EM (23 de 27), ya que su actual vinculación al Convenio de La Haya de 23 noviembre 2007, sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, deriva de su pertenencia a la UE y decaerá con su salida de la misma (si bien es cierto que podría ratificarlo *a posteriori*)⁶⁴. También es parte en el Convenio de La Haya 2 octubre 1973 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias, aunque no en los Convenios de La Haya de 1956 y 1958, también sobre obligaciones alimenticias. El bagaje es escaso y un tanto anacrónico, mas en su ayuda se apela a la revitalización del primitivo Convenio de Bruselas y del primer Convenio de Lugano⁶⁵.

⁶³ BOE 24.11.1966.

⁶⁴ B. Hess, *cit.*, p. 417, como una posibilidad y un deseo. Menos taxativo es R. Arenas García, *cit.*, n° 9, para quien la fortuna de los convenios que vinculan al Reino Unido como exclusiva consecuencia de su pertenencia a la UE, es otra de las incógnitas que el Brexit plantea.

⁶⁵ En las conclusiones de la Cámara de los Lores se muestra –sin ironía– una gran preocupación salvo en lo que atañe a los casos de obligaciones alimenticias y el Convenio de Lugano (“Brexit: justice for families...”, *cit.*, n° 135). La situación con el actual Convenio de Lugano de 2007 sería más próxima a la del Derecho de la Unión. Las partes contratantes son la Unión Europea (y no sus EM singularmente hablando) más Suiza, Islandia y Noruega, por lo que su eficacia para el Reino Unido dependería necesariamente del acuerdo con la UE (*vid.* P. de Miguel Asensio, *cit. supra* nota 18). En relación con el Convenio de Bruselas, R. Arenas García, *cit.*, n° 9, sostiene que tampoco sería “resucitable” la haber sido desplazado por el Reglamento 44/2001. Si este razonamiento es correcto, otro tanto podría señalarse respecto del Convenio de Lugano de 1988 (art. 69.6 del Convenio de Lugano de 2007). La cuestión, no obstante, es completa y discutible. B. Hess, *cit.*, p. 413, considera inviable la reviviscencia del Convenio de Bruselas; E. Lein, “Unchartered territory? A few thoughts on Private international law post Brexit”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, 2015–2016, pp. 33–47, p. 45, parece considerarlo aplicable a la materia alimenticia, tras poner de manifiesto las dudas sobre su vigencia con carácter general (pp. 36 ss). Sobre estos aspectos, desde la perspectiva británica y con un muy detallado (y envidiable) análisis en el que se diferencian cada uno de

37. Dos comentarios al respecto. El primero es que la revitalización de estos convenios, que no establecían ya obligaciones entre el Reino Unido y el resto de los EM puede que sea la solución más aparente, pero, como dije más atrás⁶⁶, creo que puede tener algún problema relacionado con la competencia que ostenta ahora la UE sobre esos temas (y que no ostentaba cuando los convenios se celebraron). El segundo es menos preocupante y tiene que ver con la advertencia que hacía sobre la peculiar posición del Reino Unido en relación con el Reglamento 4/2009. Posición ciertamente singular en el sentido de que el doble régimen de ejecución de las resoluciones en materia alimenticia (con y sin *execuatur*) se hace depender de que el EM de origen sea o no parte en el Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (art. 17 del Reglamento)... y el Reino Unido no lo es. Ya en su momento denuncié lo atípico de este mecanismo y la situación de asimetría que, entendido en sentido estricto, provocaba: las decisiones dictadas en cualquier otro EM se ejecutarían sin *execuatur* en el Reino Unido pero no al revés⁶⁷.

Si esta visión fuese correcta, efectivamente la vuelta a un sistema como el del Convenio de Lugano no sería para el Reino Unido un gran paso atrás (obviamente, salvados otros inconvenientes como el de los Estados parte vinculados, las cuestiones transitorias, etc.). En todo caso, no debe olvidarse que no sólo el Reglamento 4/2009 se caerá en las relaciones entre el Reino Unido y el resto de la UE, sino también otros que podrían dar cobijo a la ejecución de resoluciones en materia alimenticia, como el Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, sin parangón en las alternativas que se manejan hasta ahora.

6. Algunos ejemplos de no afectación: el Reglamento 650/2012, de sucesiones y otros

38. En los últimos tiempos proliferan en España una serie de grupos de casos en materia de sucesiones de nacionales británicos con signos particulares que ponen a prueba tanto las soluciones del art. 9.8º Cc, cuanto las nuevas previsiones

los instrumentos en cada una de las dos dimensiones interna (disposiciones británicas de incorporación) y de Derecho de los tratados y de la UE, resulta imprescindible el trabajo de A. Dickinson, "Back to the future: the UK's EU exit and the conflict of laws", *Journal of Private International Law*, 2016, vol. 12, nº 2, pp. 195–210, espec. pp. 201 y ss., pp. 204–205 para el Convenio de Bruselas y pp. 206–208, para el Convenio de Lugano.

⁶⁶ *Vid.*, *supra*, nº 14.

⁶⁷ "El Reglamento 4/2009 CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas", *Diario La Ley*, nº 7230, Sección Doctrina, de 31 julio 2009, puntos III y VII.1.

del Reglamento 650/2012. No es que en el resto de los ejemplos más atrás enumerados no haya igualmente una práctica que afecta o puede llegar a afectar a los 236.669 ingleses que oficialmente residen en España⁶⁸ y a los alrededor de 120.000 españoles que se estima que viven en el Reino Unido. Es, sencillamente, que llegan muchos más casos a los repertorios que se refieren a cuestiones sucesorias.

39. Dado que el Reino Unido nunca se vio obligado por el Reglamento resulta plausible la afirmación que rubrica este epígrafe. Y lo mismo ocurre con el resto de los Reglamentos en los que el Reino Unido no ha participado o no participará. El Reino Unido es hoy un tercer Estado, para el resto de los EM de la UE, y viceversa. Nada cambiará con el Brexit. Parece lógico. Sin embargo, el epígrafe bien podría aliñarse con alguna matización. En concreto con una, meramente anecdótica, que afecta directamente al Reglamento de sucesiones; y con otra de corte más general, vinculada a la excepción de orden público, que ya de forma puntual he ido adelantando en este trabajo al hilo de otros temas.

40. La primera es una polémica artificial y pintoresca que ha sobrevolado algunas interpretaciones respecto de esta consideración del Reino Unido como tercer Estado en relación al Reglamento 650/2012. El tránsito de la propuesta de Reglamento al texto final dejó en el camino una regla que claramente identificaba Estado Miembro con Estado obligado por el Reglamento⁶⁹. Esta desaparición motivó una interpretación según la cual si el texto definitivo no había retenido la regla era porque esta no existía, por lo que podría considerarse al Reino Unido un Estado Miembro a determinados efectos. Por ejemplo, al muy importante del reenvío, sólo activado, en los términos del art. 34 del Reglamento cuando la ley aplicable fuere la de un tercer Estado⁷⁰. El hecho de que uno de los más notables defensores de esta idea, Richard Frimston, fuese precisamente integrante del Grupo de expertos de la Comisión le daba (le da) cierto predicamento. Al margen de lo heterodoxo (e interesado) de esta propuesta, el Brexit ha servido para reconocer que ya no tiene sentido⁷¹.

⁶⁸ Estadística del Padrón continuo, datos provisionales a 1 enero 2017 (Fuente, INE: www.ine.es, consultado el 12 junio 2019). Según el documento “The United Kingdom’s exit from and new partnership with the European Union”, el número estaría por encima de los 300000. Las estimaciones que más se repiten cifran el número real en torno a los 310000.

⁶⁹ Art. 1.2º de la Propuesta: “En el presente Reglamento se entiende por “Estado miembro” todos los Estados miembros, con la excepción de Dinamarca, [Irlanda y el Reino Unido]”.

⁷⁰ Vid. sintéticamente, con algún otro argumento, R. Frimston, “Art. 3”, en U. Bergquist/D. Damaselli/R. Frimston/P. Lagarde/F. Odersky/B. Reinhartz, *EU Regulation on Successions and Wills Commentary*, Sellier, Colonia, 2015, pp. 58–61.

⁷¹ K. Napley, “The EU Succession Regulation and a Brexit”, que puede encontrarse en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e6ea20f6-a619-42d7-8d11-e6879e09f353>. Curiosamente en una entrada de 21 junio 2016, dos días antes del referéndum.

41. La segunda, como adelanté, es más global, y vale tanto para los supuestos de sucesiones internacionales cuanto para cualquier tipo de supuesto: la evidencia de que el Reino Unido pasará a ser un tercer Estado a todos los efectos para la UE tiene consecuencias obvias en relación con toda la normativa especial que hemos ido analizando, que le vincula y que dejará de vincularle, pero también para cualquier supuesto, en nuestro caso concerniente a persona, familia y sucesiones, esté o no vinculado el Reino Unido por dicha normativa específica. El ejemplo de las sucesiones es claro.

Aunque el Reino Unido es un tercer Estado para el Reglamento de sucesiones, sigue siendo un Estado Miembro a otros efectos que pueden afectar directamente a la aplicación de dicho Reglamento (y, repito, de cualquier otro) en el resto de los EM. El orden público, la excepción de orden público es una buena prueba de ello. El Considerando 58 del Reglamento señala que:

“Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado [miembro] ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación”⁷²

Volviendo sobre lo que he puesto de manifiesto en otro lugar, es decir, corrigiéndome, no puede descartarse que aquí nos encontremos con una apelación a la ley aplicable de cualquier Estado Miembro de la UE y no de un EM vinculado por el Reglamento⁷³. Apelación que, en el caso del Reino Unido, se referiría en todo caso a la ley aplicable (no podrá rechazarse la aplicación de una ley sucesoria del Reino Unido, por razones de orden público cuando ello fuese contrario al art. 21 de la Carta). La naturaleza *erga omnes* del Reglamento en el ámbito de la ley aplicable así lo acredita. Y no sería descartable defender que también pudiera extenderse al ámbito del reconocimiento. Ciertamente, las normas sobre reconocimiento del Reglamento, basadas en la reciprocidad, no las hacen aplicables para regular el reconocimiento y/o ejecución de una resolución británica en España (o en cualquier otro EM participante), pero ¿sería admisible que, en aplicación de

⁷² Hay una discrepancia entre la versión española (y la inglesa) que simplemente habla de “Estado” y las versiones francesa (*État membre*), alemana (*Mitgliedstaat*), italiana (*Stato membro*) o portuguesa (*Estado-Membro*), que creo que son más apropiadas en función del contexto.

⁷³ S. Álvarez González, “Sucesiones internacionales. ¿Que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público?”, *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García* (A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio, dirs.), Madrid, La Ley, Madrid, 2014, pp. 117–141, p. 136, nota 43.

nuestro sistema interno de la LCJMC, denegásemos su reconocimiento por motivos de orden público si ello contraría el art. 21 de la Carta?⁷⁴

IV. Conclusiones

42. De ordinario, enfrentarse a las conclusiones de un trabajo científico o de unas reflexiones más descriptivas y valorativas como las presentes suele ser una labor en la que se asume un cierto riesgo. No es este el caso. El componente de aleatoriedad que preside el proceso del Brexit es un bálsamo para cualquier augurio. Una certeza, quizá la única, es que nada va a ser igual.

43. En lo que atañe a las posibilidades unilaterales del Reino Unido, el mero retorno al *common law* es poco práctico. Las personas ya se han acostumbrado a un nivel de confort jurídico que difícilmente van a querer abandonar. Y los políticos tomarán buena cuenta de ello (o no). Y no está de más recordar que, aunque estamos hablando de todas las personas y las familias (no sólo de las del Reino Unido) el impacto de abandonar ese nivel de cooperación alcanzado se va a notar más en quien se sale que en quien se queda.

44. El recurso a los convenios internacionales, a la cooperación internacional clásica, no es descartable, a pesar de que parece reconocerse explícitamente por todas las partes que en el Reino Unido han opinado al respecto que también sería una solución menos buena. A ello, creo que debe añadirse la incertidumbre en torno al reparto de competencia entre la UE y los EM que he meramente planteado. Es posible que esta vía de la cooperación internacional al fin se recondujese a un vis a vis entre el Reino Unido y la UE, como el que ya plantea la negociación del Brexit, pero convenio a convenio.

45. Un acuerdo general en el marco de las negociaciones del Brexit sería lo más adecuado. En el *Position paper transmitted to EU"/ on Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters*⁷⁵ se propone que el Acuerdo de retirada del Reino Unido ha de cubrir una larga lista de reglamentos y directivas (las que vinculan al Reino Unido). Más ¿con qué contenido? ¿sobre la base de qué principios? En los documentos analizados provenientes del Gobierno británico y de la Cámara de los Lores parece que se fija el objetivo de conseguir un estatus similar o próximo al

⁷⁴ El ejercicio es puramente especulativo. Por un lado porque el contenido del art. 21.1º de la Carta es universal y no debe saber de EM o no; por otro, porque las razones de orden vinculadas a las sucesiones y a la no discriminación por razón de nacionalidad están por desarrollar. En todo caso, no es irrelevante. Cuando el Reino Unido no forme parte de la UE... no será un EM a ningún efecto.

⁷⁵ De 28 junio 2017. Accesible en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/essential_principles_judicial_cooperation_in_civil_and_commercial_matters_0.pdf.

actual sistema. Un sistema basado en la reciprocidad (dentro de la UE) que técnicamente podría extenderse también fuera de la UE. Creo, no obstante, que hay argumentos para considerar que la solución de trasladar principios y reglas a uno o varios acuerdos bilaterales Reino Unido–UE, cuenta con diversos obstáculos.

46. En primer lugar, la regulación de los temas que afectan a las personas, familias y sucesiones (y cualquier otro vinculado con la UE) no se limita a un número más o menos amplio de reglamentos. Su razón y eficacia última radica en ser parte del ordenamiento jurídico comunitario, con su sujeción a los tratados, a la Carta de Derechos fundamentales, a la jurisdicción del Tribunal de Justicia. Como hemos visto, la ciudadanía europea y el régimen de libertades impregnan todo el sistema, que deja de serlo si se prescinde de ellas. Y esto último deriva directamente del Brexit.

47. Mas, en un plano si se quiere más político, cabe preguntarse si la confianza mutua en la que se fundamentan los instrumentos europeos es trasladable fuera de la Unión. Puede que lo sea técnicamente, es decir, que sea técnicamente posible convertir el contenido de un Reglamento en un Convenio, con las ligeras adaptaciones que fuesen necesarias y con una fórmula en cuanto a una cierta interpretación uniforme, como la del Convenio de Lugano, que satisficiera el anhelo británico por acabar con la jurisdicción directa del TJ. Pero no creo que ello fuese políticamente admisible. No creo que sea presentable que los particulares no distingan la diferencia entre estar dentro o fuera de la UE. Que estar dentro o estar fuera no tenga consecuencias, a pesar de que, como de costumbre, sean los particulares los paganos.

Bibliografía

- Álvarez González, S. y García Rubio, M.P.: “El nombre de las personas físicas”, *Tratado de derecho de la persona física* / coord. por María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Judith Solé Resina, vol. 1, 2013, pp. 469–521,
- : “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, Año XXXII, nº 7578, de 28 febrero 2011.
- : “Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador no vio”, *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 9–37.
- : “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XCII, t. I, 2016, pp. 227–262.
- : “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor” *La Ley Unión Europea*, nº 43, de 30 diciembre 2016.

- : “Sucesiones internacionales. ¿Que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público?”, *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García* (A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio, dirs.), Madrid, La Ley, Madrid, 2014, pp. 117–14.
- : “Traslado ilícito de menores, competencia judicial internacional y orden público”, *La Ley Unión Europea*, n° 33, 29 enero 2016.
- Arenas García, R.: “Brexit y Derecho internacional privado”, *Diario La Ley*, n° 8797, de 6 julio 2016.
- Borrás Rodríguez, A.: “La aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores. El Dictamen del TJUE de 14 octubre 2014”, *La Ley Unión Europea*, n° 21, diciembre de 2014, pp. 42–50.
- De Miguel Asensio, P.: “Brexit y litigios internacionales. Primeras reflexiones”, *Diario La Ley, Especial Brexit II*, n° 8791, de 27 junio 2016.
- Dickinson, A.: “Back to the future: the UK’s EU exit and the conflict of laws”, *Journal of Private International Law*, 2016, vol. 12, n° 2, pp. 195–210.
- Forner Delayagua, J.J.: “Ciudadanía de la Unión Europea: apellido que contiene elementos nobiliarios e incompatibilidad con los principios esenciales del Derecho alemán (STJUE de 2 junio 2016, asunto C–438/14: Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe)”, *La Ley Unión Europea*, n° 42, Año IV, 30 noviembre 2016.
- Frimston, R.: “Art. 3”, en U. Bergquist/D. Damascelli/R. Frimston/P. Lagarde/F. Odersky/B. Reinhartz, *EU Regulation on Successions and Wills Commentary*, Sellier, Colonia, 2015, pp. 58–61.
- Heredia Cervantes, I.: “Brexit y Derecho internacional privado. Algunas previsiones sobre lo imprevisible”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, año LII, n° 38 (3.ª Época) febrero de 2017, pp. 495–506.
- Hess, B.: “Back to the Past: Brexit und das europäische internationale Privat–und Verfahrensrecht”, *IPRax*, 2016, pp. 409–418.
- Lara Aguado, A.: “Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos”, *Diario La Ley*, n° 6107, de 15 octubre 2004.
- Lara Aguado, A.: “Reconocimiento, sí, ma non troppo: El orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea”, *Bitácola Millenium*, 2016–4, 14 pp.
- Lehmann, M.: “Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?”, en Leible, S. (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Países Bajos, Kluwer, 2016, pp. 11–43.
- Lein, E.: “Unchartered territory? A few thoughts on Private international law post Brexit”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, 2015–2016, pp. 33–47.
- Magallón Elósegui, N.: “La DGRN ante la jurisprudencia europea en materia de nombres y apellidos”, *REDI*, 2010–2, pp. 149–164.
- Napley, K.: “The EU Succession Regulation and a Brexit”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e6ea20f6-a619-42d7-8d11-e6879e09f353>.
- Romano, G. P., “Conflicts and Coordination of Family Statutes: Towards their Recognition within the EU?”, *Adoption: Cross-border legal issues*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs Petitions, Workshop, 1 December 2015, pp. 17–43.

DOCTRINA

Recepción: 24 abril 2017
Aceptación: 5 junio 2017

GESTIÓN DE CONTROVERSIAS TRANSFRONTERIZAS INTER PRIVATOS: LA EXPERIENCIA DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES MIXTOS

Marta REQUEJO ISIDRO *

SUMARIO: I. Introducción. II. El contexto. 1. Las cláusulas económicas en el Tratado de Versalles. 2. El edificio procesal: A) Un sistema propio de gestión de controversias; B) Reparto de competencias; C) Relaciones. III. Las reclamaciones entre particulares ante los TAM. Aspectos procesales. 1. Introducción a los TAM. 2. Funcionamiento. 3. El valor añadido de los TAM: A) Los TAM como instancias de revisión; B) Eficacia de las decisiones arbitrales y nacionales. IV. El Derecho aplicable al fondo del asunto. El DIPr ante los TAM. 1. La doctrina: A) Sujeción a un DIPr estatal; B) Un DIPr superior y uniforme. 2. Los TAM. V. Conclusiones.

RESUMEN: Los cincuenta años del Convenio de Bruselas, a celebrar en 2018, coinciden con los cien años del armisticio que trajo la paz a Europa tras la Gran Guerra. El Tratado de Versalles que le sigue incluye sorprendentes disposiciones, unas de carácter material y otras relativas a la resolución de controversias jurídico-privadas transfronterizas, entre las que se encuentra la institución de un sistema inédito de gestión de conflictos: los llamados “tribunales arbitrales mixtos”. El presente trabajo nace de la curiosidad por ese experimento no repetido, cuya concepción se inspira en principios antitéticos al de confianza mutua.

PALABRAS CLAVE: CONTROVERSIAS JURÍDICO-PRIVADAS TRANSFRONTERIZAS– DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – TRIBUNALES ARBITRALES MIXTOS – TRATADO DE VERSALLES – PRIMERA GUERRA MUNDIAL.

ABSTRACT: *Management of Inter Privatos Cross –Border Disputes: The Experience of Mixed Arbitral Courts*

The 50th anniversary of the Brussels Convention, to be celebrated in 2018, coincides with the hundred years of the armistice that brought peace to Europe after the Great War. The Treaty of Versailles, adopted in the aftermath of the war, includes surprising rules of a substantive nature on private rights and equally surprising provisions relating to the resolution of cross-border disputes of a private nature, among which some leading to an unprecedented experience of conflict management: the so-called “mixed arbitral tribunals”. This paper is born of the curiosity raised by this experience, never repeated, and which was inspired by ideas of mistrust and suspicion towards the German judiciary.

KEYWORDS: CROSS-BORDER CIVIL LITIGATION – PRIVATE INTERNATIONAL LAW – MIXED ARBITRAL TRIBUNAL – VERSAILLES TREATY – FIRST WORLD WAR.

I. Introducción

2018 será un año para el recuerdo en Europa. Hace 50 años, el 28 septiembre 1968, se adoptaba el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil. Hace 100, el 11 noviembre 2018, tenía lugar el armisticio que puso fin a la Gran Guerra, y trajo consigo el Tratado de Versalles un año después¹. No hay, desde luego, un vínculo directo entre ambos acontecimientos: sin embargo es posible verlos juntos. El Convenio de Bruselas, primer elemento del Derecho procesal civil europeo, es el instrumento seminal del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: espacio de tutela judicial efectiva para los particulares y, sobre la base de ella, espacio para el reconocimiento automático y la ejecución sin exequatur, en clave de confianza mutua entre los Estados miembros².

El Tratado de Versalles (TV, a partir de aquí), hijo de un tiempo y unas circunstancias de excepción, ejemplifica la perspectiva contraria, y ello a pesar de presentarse como convenio internacional para la paz. Valga como ejemplo el art. 302 TV: un precepto que recoge igualmente la abolición del exequátur (art. 302 párrafo 1) y viene a corregir la violación del derecho de defensa en casos transfronterizos (arts. 302 párrafos 2, 3 y 4), pero que institucionaliza un tratamiento unilateral (discriminatorio) para las decisiones de tribunales de uno y otro bando y (hasta cierto punto) de los nacionales afectados por ellas³.

En el contexto de trabajos preparatorios para celebrar los dos acontecimientos antes referidos⁴ hemos profundizado en el sistema de resolución de controversias relativas a derechos privados establecido en el Tratado de Versalles. Nos

* Senior Research Fellow. Max Planck Institute Luxembourg. Profesora titular Derecho Internacional Privado, Universidad Santiago de Compostela.

¹ El Tratado se firmó el 28 junio 1919; entró en vigor el 10 enero 1920. Le siguen los Tratados de Saint-Germain-en-Laye (Austria), en vigor el 16 julio 1920; Neuilly-sur-Seine (Bulgaria), en vigor el 9 agosto 1920; Trianon (Hungria), el 26 junio 1921; y los celebrados con Turquía en la conferencia de Lausana en 1923, el más relevante de los cuales entró en vigor el 6 agosto 1924. En el texto se analizan los preceptos del TV, sin mención a los correspondientes de los otros Tratados; las citas de jurisprudencia de TAMs deben reconducirse lógicamente a un Tratado u otro en atención al origen del TAM en cuestión.

² La confianza mutua es tanto concepto normativo, como resultado de presupuestos de funcionamiento (conforme al Estado de Derecho) de los sistemas jurídicos entre los que se practica.

³ *Infra* bajo III.

⁴ Dos conferencias tendrán lugar en el MPI Luxemburgo: una en diciembre de 2017 bajo el título “Peace through Law: The Versailles Peace Treaty and dispute settlement after WWI”, otra en 2018, sobre el Convenio de Bruselas y el espacio europeo de justicia, conjuntamente con el TJUE.

centraremos en particular en la institución de excepción creada por el Tratado, sin antecedentes previos y que no volvió a repetirse, de los tribunales arbitrales mixtos (TAM). El estudio se apoya ante todo en la jurisprudencia y la doctrina de la época⁵, y posee un doble enfoque: los TAM como experiencia de gestión de conflictos, y en su relación con el DIPr.

II. El contexto

1. Las cláusulas económicas en el Tratado de Versalles

Terminada la guerra imperaba en los vencedores el sentimiento de que la paz pasaba necesariamente por reparaciones a asumir por Alemania. El Tratado de Versalles dedica a ello ante todo su Parte VIII (Reparaciones, arts. 237–247), y la Parte X (Cláusulas económicas art. 264 a 312). A través de la primera se pretende la compensación por daños causados por actos de guerra sin conferir un derecho (ni acción) directo a los individuos. La segunda, que es la que aquí interesa, contiene en cambio un conjunto de disposiciones materiales otorgando derechos e imponiendo responsabilidad a sujetos privados, en relación con deudas entre nacionales de Estados enemigos (sección III); con la violación de la propiedad privada sita en territorio aliado o de Potencias asociadas, de la que Alemania se habría apropiado durante la guerra (sección IV); contratos (sección V), y propiedad intelectual e industrial (sección VII). A las reglas de contenido material acompañan otras procesales.

Para contextualizar el objeto de este trabajo interesa detenerse un breve momento en la gestación del Tratado de Versalles, y en la filosofía que inspira su Parte X. La conferencia de Paz que comenzó en París en enero de 1912 sólo congregaba a representantes de los países vencedores. El texto así elaborado –las Condiciones de Paz– fue luego presentado a los vencidos, abriéndose a partir de ahí un período de intercambio escrito de opiniones. Las Condiciones de Paz se entregaron a la delegación alemana el 7 mayo 1919; las Observaciones a las mismas se hicieron públicas a finales de ese mes, y la respuesta de los Aliados el 16 de junio siguiente⁶. La lectura de estos documentos arroja luz sobre un texto

⁵ Las decisiones de los TAM fueron recogidas en el *Récueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes Institués par les Traités de Paix* (a partir de aquí *Récueil*), editado por la Librairie de la Société du recueil Sirey, que se publicó desde 1922 (vol. 1) hasta 1930 (vols. 9 y 10). En los volúmenes se recogen además otros documentos de gran interés: los reglamentos de los TAM y su composición, disposiciones nacionales relacionadas y algunas sentencias, así como listados de bibliografía.

⁶ *Comments by the German Delegation on the conditions of peace*, New York, American Association for International Conciliation [1919]. Las respuestas de los Aliados pueden encontrarse en *Reply of the Allied and Associated Powers to the Observations of the German Delegation on the Conditions of Peace*, Londres, Her Majesty Stationery Office, 1919. Los documentos están publicados y algunos se encuentran

largo y denso, y permite conocer los intereses e intenciones subyacentes, sobre todo a través de las explicaciones que aportan los Aliados en su defensa de un articulado con el que Alemania se mostró casi siempre en desacuerdo.

La Parte X del TV es muy heterogénea en su contenido. Ello no obstante, con carácter general el hilo conductor de sus secciones es la voluntad de contrarrestar las consecuencias de la guerra tal como fue practicada por Alemania entre 1914 y 1918, entendiéndose por ello su generalización a todas las actividades, ya fueran agrícolas, económicas, financieras, industriales... de forma que secundaran la acción bélica, y al tiempo no pudieran servir al enemigo. Corolario de los actos de Alemania, muchos de ellos considerados ilegales a la luz del DI de la época, fue colocar a los Aliados en una posición de inferioridad económica. Así las cosas la pretensión de Alemania de que las disposiciones económicas del TV se apoyaran en el principio de total igualdad de trato con los demás Estados no era posible, y sólo fue aceptada de manera limitada⁷.

La Sección IV es en la Parte X la que mejor representa la filosofía indicada: es la respuesta a la “guerra económica” que Alemania llevó a cabo contra el Derecho de Gentes en vigor en 1914, en particular contra el principio de inviolabilidad de la propiedad privada; un principio que admite excepciones, pero cuyos límites Alemania habría también traspasado⁸.

Otras secciones poseen objetivos y fundamentos singulares. La Sección V, por ejemplo, responde a un principio propio, vigente en el Derecho internacional y articulado en disposiciones nacionales⁹: aquel según el cual el inicio de la guerra impide los intercambios comerciales con el enemigo, y por ello los contratos nuevos son automáticamente nulos¹⁰, y los existentes quedan disueltos (con excepciones¹¹). En directa relación con ello la Sección adopta disposiciones

en internet en acceso abierto. Un útil resumen de los puntos más relevantes puede verse en *The Treaty of Versailles and After. Annotations of the Text of the Treaty*, United States Government Printing Office, Washington, 1947.

⁷ Por ejemplo, en materia de deudas, vid. E.J. Schuster, “The Peace Treaty in its Effects on Private Property”, *Brit. T.B. Int’l L.*, vol. 1, 1920–1921, pp. 167–189, p. 181.

⁸ Sobre el principio de la inviolabilidad de la propiedad privada en tiempo de guerra y sus excepciones, tal como se entendía a comienzos del siglo pasado, y su transgresión por Alemania, J.C. Witenberg, *Étude sur la compétence des Tribunaux Arbitraux Mixtes institués en vertu de l’article 304 B alinéa 1 du Traité de Versailles*, Siréy, 1925.

⁹ Por ejemplo en Francia el Decreto de 27 septiembre 1914. G. Gidel y H.E. Barrault, *Le Traité de Paix avec l’Allemagne du 28 Juin 1919 et les Intérêts Privés. Commentaries des Dispositions de la Partie X du Traité de Versailles*, París, LGDJ, 1921, p. xviii.

¹⁰ Señalan G. Gidel y H. E. Barrault, *op. cit.*, p. 191, que no podría ser de otro modo: en los contratos *intuitu personae*, porque sería inimaginable la continuidad de las relaciones entre enemigos; en los demás, porque *de facto* sería muy complicado su cumplimiento.

¹¹ Vid. art. 299 letra b, y Anexo a la sección V de la Parte X del TV.

sobre las relaciones privadas con la doble intención de prevenir disputas en cuanto a la ley aplicable (lo que solo se logra parcialmente, *vid. infra* bajo IV), y decisiones inconciliables entre sí.

Los propios TAM han calificado la Sección como “legislación internacional de Derecho privado”¹², y en el mismo sentido se han expresado los autores contemporáneos en relación con los arts. 299 a 303 y su Anexo:

*“The general purpose of these provisions [Articles 299 to 303] is, as in the case of provisions with regard to debts, to prescribe certain definite rules, so that questions concerning such matters as are not governed by international law may not be left altogether to the probable conflicting decisions of national tribunals in the respective countries”*¹³; *“If the Peace treaty had not laid down definite rules on this subject (...) considerable difficulties would have arisen between British and German parties to contracts treated as dissolved by the British parties, but relied on as subsisting by the German parties, and Arts. 299–303 and the Annex thereto of the Peace Treaty will accordingly save a considerable amount of undesirable litigation”*¹⁴.

Pero, con todo, también en esta Sección se hace patente la filosofía general a que antes aludíamos: la ausencia de reciprocidad, y la idea de que corrobora, como el resto, a la exigencia de una “equidad superior” y de poner fin al yugo alemán en el territorio¹⁵. Ocurre lo mismo en la Sección VII, sobre la propiedad industrial, que pretende la vuelta al Derecho unionista pero recoge igualmente obligaciones solo a cargo de Alemania.

Cabe decir, en fin, que las secciones III a VII de la Parte X reflejaron, y fomentaron, un estado de cosas caracterizado por la tensión y el descontento. A lo largo de sus Comentarios Alemania contestó siempre la falta de reciprocidad¹⁶. Su rechazo fue aparente en todo momento (el uso de la propiedad privada de los alemanes que consagra la Sección IV fue calificado de ilegal; el art. 302, en la Sección V, incompatible con la dignidad de los tribunales alemanes...¹⁷); como lo fue la resistencia de los Aliados a ceder.

¹² TAM germano-belga, 9 octubre 1922, *Brixhe et Deblon c. Wutembergische Transport Versicherungs Gesellschaft*, *Récueil*, vol. 2, p. 395–401.

¹³ B.B. Baruch, *The Making of the Reparation and Economic Sections of the Treaty*, New York and London, Harper & Brothers Publishers, 1920, p. 110.

¹⁴ E.J. Schuster, *loc. cit.*, p. 183.

¹⁵ Así se expresa en relación con Francia A. Tardieu, *La Paix*, Paris, Payot & Cie, 1920, p. 452: “Ce régime transitoire, nécessaire au relèvement des ruines (...) est solennellement inscrit dans le traité comme l’exigence d’une équité supérieure (...) L’emprise allemande est brisée. Les contrats qui pesaient sur des centaines d’affaires sont, de plein droit, annulés”.

¹⁶ *Vid.* a modo de ejemplo de las protestas de Alemania *The Treaty of Versailles...*, p. 545, 581 (para la Sección III), p. 596 (Sección IV), p. 617 (Sección V), p. 626 (Sección VI), p. 633 (Sección VII).

¹⁷ *Loc. ult. cit.*, p. 596, p. 617.

Es en este difícil contexto en el que se abordarán las reclamaciones patrimoniales de los particulares tras la Gran Guerra.

2. El edificio procesal

A) Un sistema propio de gestión de controversias

El Tratado de Versalles puso los cimientos de una infraestructura procesal *ad hoc* con varios cuerpos, separando la indemnización debida a los Estados aliados o asociados como tales, y las contestaciones a que podían dar lugar el ejercicio del derecho individual a reparación acordado directamente a los individuos en los casos previstos por las secciones III, IV, V y VII de la Parte X del Tratado. Para las reparaciones de guerra creó la Comisión de Reparaciones (CDR); no estaba, por tanto, a cargo de los conflictos *inter privados*¹⁸. Para las reclamaciones entre particulares, así como para las derivadas de la guerra económica llevada a cabo por Alemania, el TV ideó un sistema de gestión de conflictos que comprende reglas tanto procesales como de fondo, y en el que conviven los tribunales nacionales preexistentes y dos institutos nuevos: las Oficinas de verificación y compensación creadas al amparo del art. 296 con un tarea limitada –la de canalizar las reclamaciones de las deudas entre particulares de distinta nacionalidad, cada una correspondiente a uno de los bandos en la guerra, exigibles antes de la contienda, o que devinieron exigibles durante ella; y los tribunales arbitrales mixtos de la Sección VI de la Parte X.

La aparición de las instituciones mencionadas afectó a las competencias de los tribunales de Derecho común: como veremos lo hizo de diferente manera según el origen del órgano en una Potencia aliada o asociada, o en Alemania. Quedaron a su cargo los asuntos que si bien por razón de la materia corresponderían a las Oficinas o a los TAM, no reunían las condiciones personales o temporales que establece el Tratado – por ejemplo, sólo cabía reclamar las obligaciones pecuniarias ante las Oficinas cuando la deuda fuera debida por un ciudadano de una Potencia contratante, residente en el territorio de la misma, a un ciudadano de otra Potencia, que residiera en el territorio de esta última (art. 296 párrafo 1); o, en el caso de demandas relativas a contratos ante los TAM, era necesario que se tratara de “contratos concluidos entre enemigos” (art. 299 letra a, art. 300 letra d). Otras de sus competencias se diseñaron como concurrentes con las de los TAM.

¹⁸ La delimitación entre la Comisión y los TAM, no obstante, no estuvo nunca clara: ni la definición de las controversias ni su calificación en casos concretos. Sobre los argumentos de Alemania para apoyar su preferencia por una competencia extensa de la CDR, en detrimento de los TAM, *Vid.* J.C. Witenberg, *op. cit.*, pp. 41–46. La posición de Alemania se comprende tal vez en términos económicos – y aún así: la fijación del montante de las reparaciones fue unilateral por los Aliados–, pero es más difícil desde otro punto de vista, ya que sí tenía participación en los TAM a través de un árbitro y un agente, mientras que carecían de presencia en la CDR.

Finalmente, en otros supuestos su competencia se excluyó de plano en el TV. El reparto o delimitación por razón de la materia resulta ante todo del art. 304 TV; ahora bien, el texto básico —el art. 304 letra b— se limitaba en realidad a encomendar a los TAM las controversias “que sean de su competencia”, según los términos de las secciones III, IV, V y VII, por lo que es preciso indagar en cada una de ellas (ii). Como cabía esperar, la yuxtaposición de instituciones generó en todos los interesados una serie de dudas con trascendencia inmediata en la práctica (iii).

B) Reparto de competencias

Conforme a la letra del TV el reparto de competencias entre Oficinas, TAM y tribunales de Derecho común en la Parte X del Tratado es el que sigue¹⁹.

De acuerdo con el Anexo al art. 296, punto 3, de la sección III (Deudas), se sustraen a los tribunales nacionales toda acción judicial relativa al pago de deudas enemigas, de forma que el tratamiento se canalice sólo a través de las Oficinas al efecto. El mismo Anexo estableció una excepción en el punto 16: en caso de desacuerdo entre Oficinas acreedora y deudora, o entre las partes, cabe acudir a arbitraje, a un tribunal arbitral mixto o, a petición de la Oficina acreedora, al tribunal de Derecho común del domicilio del deudor. En el punto 20 del Anexo se recoge la posibilidad de apelación contra la decisión común de los dos Oficinas implicadas en un supuesto; el texto en inglés, que para referirse a los tribunales nacionales utiliza el término “court”, usa aquí el de “Tribunal”, por lo que cabe suponer que la competencia es de los TAM.

En la Sección III (Bienes, derechos e intereses) el art. 297 letra e recoge el derecho a indemnización por daños y perjuicios causados a bienes, propiedades e intereses de nacionales de las potencias aliadas durante la guerra; las reclamaciones competen a los tribunales arbitrales mixtos.

En la Sección V (contratos, prescripción, sentencias), el art. 300 letra b señala que en caso de que “por falta de cumplimiento de un acto o de una formalidad durante la guerra se hayan tomado medidas de ejecución en el territorio alemán que acarreen perjuicio a un súbdito de las Potencias aliadas o asociadas”, la reclamación se elevará al Tribunal arbitral mixto, “a menos que el asunto no sea de la competencia de un tribunal de una Potencia aliada o Asociada”. El art. 302, párrafo 2 y 3, por su parte, recoge el derecho de los nacionales de Estados aliados o asociados a obtener reparación o, en su caso, restitución, en los supuestos de que una decisión

¹⁹ Exponemos aquí el reparto tal como lo lleva a cabo el TV. *Vid. infra* bajo III.1 la discusión sobre si los TAM poseen naturaleza de jurisdicción general o especial, lo que se traduce en el alcance de sus competencias.

alemana hubiera sido pronunciado contra ellos en rebeldía involuntaria durante la guerra; el apartado 4 extiende el derecho a decisiones en territorios ocupados.

Sobre la materia contractual se pronuncia además el art. 304 letra b, para. 2, ya en la sección VI (Tribunales Arbitrales Mixtos), indicando que todas las cuestiones, cualesquiera que sean, relativas a contratos celebrados antes de la entrada en vigor del Tratado entre súbditos alemanes y súbditos de Potencias aliadas o asociadas, se resolverán por Tribunales arbitrales mixtos, excepto en caso de que en aplicación de las leyes de estas últimas la cuestión sea de competencia de sus tribunales de Derecho común, y salvo que en ese caso el súbdito de la potencia aliada/asociada solicite ir a un TAM, y ello sea posible conforme al Derecho de la potencia aliada/asociada. Son, pues, concurrentes las competencias de los TAM y los tribunales nacionales, pero solo si estos últimos pertenecen a países aliados o asociados.

Finalmente, el art. 310 (sección VII) establece la competencia de los tribunales nacionales para fijar las condiciones de otorgamiento de una nueva licencia sobre un derecho de propiedad industrial, cuando tal licencia existía entre nacionales de Estados enemigos en el momento de iniciarse la guerra entre sus respectivos países, y siempre que ellos mismos no lleguen a un acuerdo sobre tales condiciones. Son competentes los tribunales del lugar de adquisición del derecho, salvo que se trate de Alemania, en cuyo caso lo serán los TAM.

La interpretación de los textos reproducidos fue, como cabe imaginar, controvertida. No es posible en este trabajo entrar en el detalle, ni habría espacio para ello; iremos examinando a lo largo de las páginas que siguen los aspectos que sean de interés para el objeto de estudio. Aquí baste resumir, a la luz de lo anterior, que la competencia de primera instancia se atribuye a la jurisdicción nacional²⁰ con exclusión parcial de los tribunales arbitrales mixtos en varios casos; pero que en algunos de ellos solo ocurre a favor de los tribunales de Derecho común de una Potencia aliada o asociada. No distingue el Anexo al art. 296, punto 16, párrafo 2, conforme al cual, a solicitud de la Oficina de verificación y compensación acreedora, el TAM es sustituido por el tribunal del lugar de domicilio del deudor, con independencia de dónde se halle; sí establecen distinciones, en cambio, el art. 300 letra b, el art. 304 letra b, y el art. 310.

El tratamiento diferenciado de los tribunales de Derecho común en detrimento de la jurisdicción alemana se explica en la desconfianza hacia la misma hasta el punto que se puede leer en decisiones judiciales, en las que se califica expresamente a las

²⁰ No se acepta en cambio la derogación de competencia en virtud de una cláusula arbitral: TAM turco-inglés, 29 marzo 1930, *William Spronson c. Gouvernement turc et Administration du Seiri Sefain*, *Récueil*, vol. 9, pp. 764–768, p. 767.

disposiciones del Tratado de “mesures de défiance à l’égard des tribunaux allemands”²¹. Lo reconocen también decisiones de los TAM

*“Les tribunaux arbitraux mixtes ont été créés uniquement pour soustraire la partie alliée à la juridiction ordinaire des tribunaux allemands, les alliés craignant que le ressentiment contre d’anciens ennemis pût influencer sur la décision de ces Tribunaux. Il s’agit donc avant tout d’un avantage accordé aux ressortissants alliés”*²²—,

y los autores

*“Der wahre Grund der Einsetzung der GSG ist also (...) ein Misstrauen gegen die Unparteilichkeit der deutschen Gerichte”*²³.

Ahora bien, su resultado no es sólo la protección de los nacionales de los países vencedores; en aplicación de los arts. 300 letra b, art. 304 letra b, y art. 310 TV, el demandado alemán es sustraído a su juez natural para someterlo a la jurisdicción de los TAM (bien automáticamente, bien por elección del demandante, nacional de una Potencia aliada o asociada, que gozaría así de un privilegio de elección: así, en el caso del art. 304 letra b, de tal manera que si decida plantear la demanda en Alemania, el tribunal alemán no podría declararse incompetente ni el demandado alemán impugnar la competencia²⁴). De ahí la trascendencia de optar por una interpretación extensiva o, por el contrario, estricta, de las disposiciones atributivas de competencia a los TAM: sobre ello trataremos en el apartado III.

C) Relaciones

Se percibe en el TV cierta predilección por los TAM. Así se deriva sobre todo del art. 305, que hace de ellos instancia de apelación (incluso, de casación: *vid.* bajo IV) frente a las decisiones judiciales en aplicación de las normas del Tratado; pero también de normas como el art. 304 letra g, sobre el carácter final y la ejecutividad

²¹ Tribunal de commerce de Bruxelles, 29 diciembre 1920, *Récueil*, vol. 1, pp. 132–139, p. 134 ; Cour d’appel de Bruxelles, 20 marzo 1922, *Récueil*, vol. 1, pp. 959–962, p. 961.

²² TAM germano–rumano, 3 enero 1925, *Mr. Kirschen senior c. Sobotka, ZEG et Empire allemand*, *Récueil*, vol. 4, pp. 858–865, pp. 863–864. Se planteó en la práctica si un nacional aliado demandado por uno alemán podría contestar la competencia de los tribunales de su nacionalidad sobre la base de este precepto, o si la elección que se le ofrece está limitada al caso en que actúa como demandante: en este sentido Tribunal supérieur de Colmar, 3 julio 1922, *Récueil*, vol. 2, pp. 506–508, p. 508; Cour d’appel de Liège, 4 abril 1924, *Récueil*, vol. 4, pp. 142–145.

²³ Por todos G. Geier, *Das internale Privatrecht der Gemischten Schiedsgerichte des Versailles Vertrag*, Murnau, Buchdruckerei Jos. Fürst, 1930, p. 46.

²⁴ H. Isay, *Die privaten Rechte und Interessen im Friedensvertrag*, Berlín, 1923, p. 271. Hay que recordar que conforme al art. 277, en la Sección I (Relaciones comerciales), Capítulo IV (Trato de los Nacionales de las Potencias Aliadas y Asociadas) de la Parte X, los nacionales de las Potencias aliadas tendrán libre acceso a los Tribunales alemanes.

inmediata de las sentencias de los TAM, cuya consecuencia práctica había de ser la preferencia de esta jurisdicción sobre la de Derecho común²⁵, a la que sólo se confiere esta ventaja de forma limitada en el art. 302 párrafo 1. Sobre estos aspectos volvemos más adelante.

El TV no contiene en cambio disposiciones sobre las relaciones entre las Oficinas, los TAM y los tribunales nacionales en tanto que “primera instancia” para resolver sobre una reclamación. Sin embargo, son imaginables situaciones en que podría concurrir más de un órgano sobre un mismo supuesto: siendo la competencia exclusiva de un órgano creado por el TV, porque el proceso estuviera pendiente con anterioridad al TV, obviamente ante tribunales de Derecho común; o cuando el propio TV previera más de un foro para la misma reclamación (el caso del art. 304 letra b, párrafo 2). En la práctica el primer supuesto se resolvió con la terminación del proceso: como indican los tribunales, el art. 296 “*fait obstacle, pour les dettes visées par lui, à la poursuite de toute procédure entamée comme à l’introduction de toute nouvelle procédure*”²⁶, mientras que la expresión del art. 304 “*tous les différends, quels qu’ils soient*”, abarca los procesos en curso, en cualquier estado de la causa²⁷; los TAM son de la misma opinión²⁸. Sobre el segundo supuesto los ejemplos que conocemos no son de planteamiento simultáneo, sino consecutivo, del mismo caso, en forma de intento de reproducción de procesos ante un TAM una vez resueltos ante los tribunales locales; la respuesta, a nuestro conocimiento unánime, fue la de inadmitirlos²⁹. La pregunta sobre la admisibilidad de una excepción de litispendencia se planteó en algún supuesto, si bien solo teóricamente³⁰.

²⁵ *Ibid.*, p. 273; e *infra* bajo III.1, sobre el “valor añadido” de los TAM.

²⁶ Tribunal de commerce d’Anvers, 24 enero 1921, *Récueil*, vol. 1, pp. 139–143, p. 143.

²⁷ Tribunal supérieur de Colmar, 18 enero 1922, *Récueil*, vol. 2, pp. 176–177; Cour d’appel de Paris, 23 octubre 1920, *Récueil*, 1, p. 77; Tribunal supérieur de Colmar, 1 marzo 1922, *Récueil*, vol. 2, pp. 503–504, p. 504. J.P. Niboyet, “Les tribunaux arbitraux mixtes organisés en exécution des traités de paix”, *Bulletin de l’Institut Intermédiaire International*, 1922, pp. 215–241, p. 234, confirma que los tribunales franceses “se sont dessaisis d’office”.

²⁸ TAM franco-alemán, 30 diciembre 1923, *Héritiers Appel et Etat Allemand c. Chemin de fer P.L.M. et Office Français*, *Récueil*, vol. 3, pp. 918–923, pp. 921–922.

²⁹ TAM franco-alemán, 19 julio 1923, *Banque Meyer c. Well Gebrueder*, *Récueil*, vol. 3, pp. 639–642, p. 642; TAM germano-belga, 21 diciembre 1925, *Nicaise c. Etat allemand et Hoopmann*, *Récueil*, vol. 6, pp. 93–94, p. 94; TAM germano-belga, 27 junio 1928, *Kairis c. Erckens et Etat allemand*, *Récueil*, vol. 8, pp. 183–186, p. 185.

³⁰ Se pronuncia no obstante en términos de principio, rechazándola porque “sólo se concibe entre tribunales de un mismo país y en un mismo grado”, el TAM búlgaro-belga, 27 enero 1927, *Héritiers de Backer c. Municipalité de Philippoli*, *Récueil*, vol. 6, pp. 144–156, p. 146.

III. Las reclamaciones entre particulares ante los TAM. Aspectos procesales

1. Introducción a los TAM

Los TAM creados por el TV fueron una institución *ad hoc*, cuya razón (o razones) de ser y configuración en el Tratado no fueron ni compartidas, ni comprendidas o aceptadas de forma unánime – lo que pesó, como no podía ser de otra manera, sobre la interpretación de las disposiciones relativas a ellos. La afirmación de Alemania en los Comentarios a las Condiciones de Paz, conforme a la cual “The establishment of mixed courts of arbitration is *dictated by justice and by practical reasons*”³¹, no fue contestada por los Aliados, de manera que cabe darla por buena. En cambio no hubo consenso acerca de cuáles debían ser sus consecuencias: en particular, la atribución de competencia exclusiva a los TAM, pretendida por Alemania como garantía de la uniformidad de la jurisdicción para todas las controversias relativas al arreglo de derechos privados, de que todas las decisiones serían ejecutadas de modo igualmente uniforme en todos los Estados parte en el Tratado, y como medida de protección de los tribunales nacionales frente a acusaciones de parcialidad³², no fue aceptada por los Aliados³³. Alemania tampoco vería atendidos otros puntos de sus protestas sobre la configuración del sistema, basadas en gran medida en la pretensión de una identidad de trato. Extremos tales como la fijación de la lengua del TAM, el tiempo y el lugar del procedimiento, sí recibieron una redacción distinta en el documento final junio 1918 respecto de la existente en mayo; otra cosa es que resultara satisfactoria (y otra más, la evaluación de su ulterior proyección en la práctica³⁴). Hemos apuntado ya otras desigualdades al tratar las relaciones entre los TAM y los Tribunales nacionales, que varían en función del origen de estos. El sistema de resolución de conflictos del TV es hijo y refuerza la desconfianza hacia Alemania, y la voluntad de ejercer vigilancia sobre sus actuaciones tras la guerra.

De las muchas cuestiones a propósito de los TAM merece la pena destacar la de su naturaleza, que se debatió desde una perspectiva plural: ¿se trata de un órgano nacional, internacional, o “de otro tipo”; es una jurisdicción de excepción, o

³¹ *Comments by the German Delegation on the conditions of peace, loc. cit.*, pp. 130–131. El énfasis es añadido.

³² “The grant of jurisdiction in controversies arising from the peace treaty would place a difficult task before the national courts, since their judgments, if rendered against their own nationals, would be attacked by the nationalistic press, while, if given against the nationals of the former enemy, they would always be regarded by these as the result of prejudice”, nota precedente.

³³ *Reply...*, *loc. cit.*, p. 56.

³⁴ Los Aliados aceptaron que el idioma fuera decidido por la potencia aliada entre varios, sin incluir el alemán, “unless otherwise agreed”; el lugar y fecha de las audiencias sería fijado por el Presidente del Tribunal, y no por el país aliado o asociado implicado en el asunto concreto. *Infra*, bajo 2, sobre el idioma y la sede de los TAM, la imparcialidad y la igualdad de armas.

general? Ambas preguntas –la segunda más que la primera– tuvieron repercusión en la práctica. Aquí interesan además porque se corresponden con el enfoque del estudio: en particular, las discusiones sobre si los TAM son órganos internacionales o no, y qué son en este segundo caso, servirían a la doctrina para explicar la actitud de los TAM a la hora de resolver el fondo de una controversia ante ellos, en defecto de respuesta en el propio TV –más o menos apegados de un sistema jurídico preexiste, o con tendencia a la creación de Derecho por sí mismos; lo veremos más abajo, bajo IV. Aquí interesa exponer que los autores abordaron la cuestión en general tratando de clasificar los TAM bien en la categoría de tribunal internacional, bien en la de órgano interno³⁵, alcanzando diferentes conclusiones según el criterio aplicado: el de su origen – de la institución misma, y de su poder para adoptar decisiones–; o el de su función. Conforme al primero la conclusión es que se trata de órganos internacionales³⁶. La calificación conforme a la función da lugar a ulteriores distinciones: es frecuente la separación entre los distintos tipos de controversia que conforme al TV corresponden a los TAM en el seno de la Parte X. Tomando como punto de partida la idea de que los tribunales internacionales conocen de controversias entre Estados, concluye R. Blühdorn con facilidad que los TAM no lo son cuando resuelven conflictos de los particulares en el marco del art. 304 letra b, párrafo 2; y entiende que tampoco cuando se trata de decidir si una deuda cae en el ámbito de aplicación del art. 296. Por el contrario, son órganos internacionales cuando fijan las indemnizaciones a que se refiere el art. 297: el individuo que actúa como demandante no reivindica un derecho propio, sino de la Potencia aliada o asociada³⁷.

Estas opiniones son compartidas solo parcialmente por otros autores. No suele ser controvertida la primera: de la competencia de los TAM para litigios contractuales entre particulares se dice que es la misma que corresponde a los tribunales de Derecho común; se llega a afirmar que los TAM son tribunales civiles internos, con la particularidad de que sus decisiones despliegan eficacia simultáneamente en dos esferas jurídicas – las de los Estados de los nacionales

³⁵ P. Calamandrei, “Il Tribunale Arbitrale Mixto Italo-Germanico e il suo Regolamento Processuale”, *Riv. dir. comm.*, vol. 20, 1922, pp. 293–400, pp. 332–334, opera una clasificación distinta: desde la perspectiva de los Estados que acuerdan la creación de un TAM este es un órgano arbitral, resultante de una “cláusula compromisoria” – ello explica que creen su propio reglamento de procedimiento, como les encomienda el TV, art. 304 letra d. Para los particulares que acuden al TAM, y que no han participado en ese acuerdo, los TAM son funcionalmente equivalentes a los tribunales internos.

³⁶ Por ejemplo A. Burchard, “The Mixed Claims Commission and German Property in the United States of America”, *Am. J. Int’l L.*, 1927, pp. 472–480, p. 476. H.J. Hallier, *Völkerrechtliche Schiedsinstanzen für Einzelpersonen und ihr Verhältnis zur innerstaatlichen Gerichtsbarkeit*, Carl Heymanns Verlag KG, 1962, pp. 14–15.

³⁷ R. Blühdorn, “Le fonctionnement et la jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes créés par les traités de Paris”, *Récueil des Cours*, t. 41 (1932), cap. II.

implicados³⁸. Alguna dificultad mayor se experimenta en relación con el art. 296, por la presencia en estos casos de un Estado del lado tanto del deudor como del acreedor. No obstante, el hecho de que su intervención no se realice como ejercicio de soberanía –la obligación del Estado tiene carácter accesorio respecto a la relación obligacional privada– permite considerar a los TAM también aquí como órganos internos³⁹. Finalmente, la mayor polémica surge en torno al art. 297, y el origen y carácter del derecho a reclamar del particular: su dependencia o independencia de las relaciones entre dos Estados (el propio y Alemania), y ligado a ello, la pregunta sobre si el individuo actúa en nombre propio, en nombre del Estado o incluso como órgano de este. Frente a la opinión de R. Blühdorn surgen otras, como la que defiende que el derecho contemplado en el art. 297 encuentra su raíz en el ordenamiento alemán; es la consecuencia de la intromisión del Estado en un derecho privado en nombre del bien común; pertenece, finalmente, al ámbito del Derecho administrativo; y también en este contexto los TAM aparecen como órganos jurisdiccionales internos de los Estados⁴⁰.

La pregunta sobre si los TAM eran una jurisdicción especial o por el contrario, su competencia había de entenderse como general, dividió a la doctrina tanto como a la jurisprudencia de los TAM, aunque parece que prevaleció entre estos, como también ante los tribunales de Derecho común, la idea de una jurisdicción de excepción. Así, parte de la doctrina los concibió como tales, deduciendo que no cabe una interpretación extensiva de sus competencias. Para otros autores se trata en cambio de la jurisdicción común para todas las materias comprendidas en las secciones III, IV, V y VII del TV. Finalmente, para otros autores son una jurisdicción especial o común según el tipo de controversia en juego (entre particulares: jurisdicción especial; entre un particular y el Estado enemigo: jurisdicción común)⁴¹.

La falta de acuerdo se manifestó en la práctica de los TAM, de la que hemos recuperado las decisiones que en la época se consideraron *leading cases*. La comprensión de los Aliados a propósito de este punto, que quedó expresada en su respuesta a las Observaciones de Alemania⁴², se acompañaba de un reparto en los siguientes términos: los tribunales de Derecho común mantendrían sus

³⁸ G. Geier, *op. cit.*, p. 7. P. Calamandrei, *loc. cit.*, p. 333, se refiere a ellos como “tribunales anfíbios”, en atención a la última cualidad señalada.

³⁹ *Vid.* los argumentos y más referencias en G. Geier, *op. cit.*, pp. 10–11.

⁴⁰ G. Geier, *op. cit.*, p. 13.

⁴¹ P. Calamandrei, *loc. cit.*, p. 299, para lo primero; G. Gidel y H. E. Barrault, *op. cit.*, p. 19, para lo segundo, en plena correspondencia con las convicciones políticas que inspiran el texto de estos autores, aunque admitiendo que el texto del Tratado es oscuro. Para lo último *vid.* H. Isay, “Die Zuständigkeit der Gemischten Schiedsgerichte”, *Juristische Wochenschrift*, 1924, pp. 596–597.

⁴² *Reply...*, *op. cit.*, p. 56.

competencias para las controversias entre particulares sobre derechos ya existentes, y ello porque en realidad ya poseían dichas competencias y sería extremadamente difícil privarles de ellas; para estos derechos el TV ofrece *además* de la vía ordinaria un nuevo foro –los TAM–. En cambio, para los nuevos derechos creados al amparo del Tratado sólo son competentes los Tribunales arbitrales mixtos. En este apartado se apoya expresamente la temprana decisión del TAM franco-alemán, *Société vinicole de Champagne c. Mumm*⁴³, para defender la interpretación más amplia a favor de la competencia de los TAM: una competencia que a su juicio “es general para los asuntos correspondientes a las secciones III, IV, V y VII”, sin que quepa entender la enumeración de las materias que se les atribuyen en el TV como limitativa, porque se llegaría al absurdo de no permitirles conocer de asuntos que no difieren en nada de otros para los que la competencia les ha sido conferida expresamente.

A esta decisión se opusieron otras pronto y frontalmente, afirmando que los TAM son jurisdicciones de excepción: se cita en este sentido como pionera la del TAM germano-polaco, 21 mayo 1923, *Leo von Tiedemann c. Etat Polonais*⁴⁴; le siguen otras en las que de manera literal se limita la competencia de los TAM a los casos en resulta claramente –aunque no necesariamente *expressis verbis*– de las disposiciones del Tratado que las partes contratantes “ont entendu distraire le défendeur de son juge naturel pour le soumettre à la juridiction exceptionnelle des TAM”⁴⁵.

La misma idea de competencia tasada de los TAM encontró eco en los tribunales de Derecho común, que si bien estaban dispuestos a ceder su competencia –cerrando incluso procesos en curso– *Vid.* el apartado anterior– a partir de la entrada en vigor del TV, limitaban el alcance de esta cesión a través de una lectura estricta de sus términos en lo relativo a la competencia de los TAM por razón de la materia. La pregunta sobre el efecto vinculante de la decisión *Mumm* del TAM franco-alemán para la jurisdicción inglesa fue resuelta por el órgano inglés de una forma que no deja lugar a dudas: el tribunal alcanzó sus conclusiones de manera –literalmente– independiente de lo señalado por el TAM, y ello porque las decisiones del TAM “*can only be conclusive within the limits assigned to it by the Treaty. It cannot (...) assume jurisdiction in matters outside its province*” – como serían las relativas a si

⁴³ 5 marzo 1921, *Récueil*, vol. 1, pp. 22–27.

⁴⁴ TAM germano-polaco, 21 mayo 1923, *Leo von Tiedemann c. Etat Polonais*, *Récueil*, vol. 3, pp. 596–611, 601–606. Con referencia expresa a ellas TAM germano-belga, 22 mayo 1924, *Joseph Zurstrassen et Cie c. Etat allemand*, *Récueil*, vol. 4, pp. 326–342, p. 338.

⁴⁵ TAM serbio-austriaco, 23 marzo 1923, *Wapa v. Republique d’Autriche et autres*, *Récueil*, vol. 3, pp. 720–733, p. 728; TAM serbio-búlgaro, 3 abril 1923, *Raffinerie et Sucrierie serbo-tchéque Tchoupria c. Etat bulgare*, *Récueil*, vol. 3, pp. 185–192, p. 191; TAM checo-alemán, 27 abril 1923, *Paalen c. Etat allemand*, *Récueil*, vol. 3, pp. 993–998, p. 997.

existe fraude o engaño en el registro de una marca⁴⁶. Otras decisiones nacionales confirman la convicción de que se trata de una jurisdicción excepcional o especial, lo que conlleva que la interpretación del art. 304 TV ha de ser estricta⁴⁷.

2. *Funcionamiento*

Al amparo del art. 304 TV⁴⁸ cada Estado aliado o asociado, por una parte, y Alemania por otra, concluyeron un convenio –para algunos, auténtica “cláusula compromisoria”⁴⁹– para la creación de un TAM. De este modo se constituyeron tribunales para Alemania y los siguientes países: Bélgica, Checoslovaquia, Francia, Grecia, Italia, Japón, Polonia, Rumanía, el RU, el Estado Serbio–croata–esloveno, y Siam; también hubo TAM con Austria, Bulgaria, Hungría y Turquía. Los más relevantes –entendiendo por tales los creados por Alemania y Francia, el RU y Bélgica, que son los primeros y dejaron sentir su influencia sobre los siguientes– comenzaron a funcionar en 1920; a comienzos de la década de los 30 la gran mayoría había terminado su tarea, cesando de existir por común acuerdo⁵⁰.

A través del art. 304 y de su Anexo el TV realizó someras indicaciones al respecto de la formación y estructura de los TAM, y su procedimiento: algunas bastante abiertas, y otras menos. Cuentan entre las primeras la relativa al nombramiento de auxiliares, la lengua del procedimiento o la sede de las audiencias; entre las segundas las referentes número de árbitros (tres) y su origen (cada uno de los Gobiernos interesados nombra a uno, siendo el Presidente nombrado por ambos).

Más allá de las disposiciones del TV, y siguiendo lo indicado por este, cada TAM se dotó de su propio reglamento, con tal detalle que fueron calificados de “códigos de procedimiento civil en miniatura”⁵¹. En ellos se regula la organización interna del tribunal (por ejemplo, su sede), se concretan reglas procesales (por ejemplo el principio conforme al cual cada TAM es juez de su propia

⁴⁶ Décision du contrôleur général des brevets et enregistreur des marques, de 5 y 8 mayo 1922, *Récueil*, vol. 1923, pp. 164–173, p. 172.

⁴⁷ Cour d’appel de Bruxelles, 20 marzo 1922, *Récueil*, vol. 1, pp. 959–962, p. 961; Cour d’appel de Liège, 28 marzo 1924, *Récueil*, vol. 4, pp. 160–163.

⁴⁸ El art. 304 corresponde al art. 256 Tratado de Saint Germain, art. 187 Tratado de Neuilly, art. 239 Tratado de Trianon. Para EEUU y Alemania se creó por Tratado de 10 agosto 1922 una institución especial, la Mixed Claims Commission; la doctrina planteó dudas sobre la identidad entre ella y los TAM, *vid.* comparando ambas A. Burchard, *loc. cit.*

⁴⁹ P. Calamandrei, *supra*, nota al pie n° 35.

⁵⁰ En la doctrina se jugó con la idea de mantenerlos para las controversias de Derecho privado: T. Carlander, “Esquisse d’une Jurisdiction Internationale de Droit Privé”, *Nordisk Tidsskrift for International Ret.*, 1931, pp. 49–60.

⁵¹ P. Calamandrei, *loc. cit.*, p. 293.

competencia; o los relativos a la representación y asistencia jurídica; la prueba; las costas) y se explica también el desarrollo del procedimiento (sus distintas fases, el régimen de la prueba, la ejecución y recursos). Salvo en lo que resulta necesario para los desarrollos que veremos a continuación no es objeto de este trabajo descender a los pormenores de la estructura y funcionamiento de los TAM conforme a sus reglamentos⁵²: entre otras dificultades encontraríamos la de la falta identidad entre los mismos. Es cierto que hay numerosas similitudes (cada nuevo reglamento miraba a los precedentes⁵³), pero también divergencias relevantes⁵⁴. Por supuesto, tampoco la puesta en funcionamiento de reglas idénticas fue igual⁵⁵. La lectura de las decisiones revela también los estilos muy diferentes, que siguen de cerca las formulaciones típicas de las decisiones judiciales locales del país de la sede del TAM.

Entre los elementos comunes a los TAM varios se caracterizan por haber provocado la crítica unánime de la doctrina: una crítica que apunta a elementos esenciales de todo tribunal y todo proceso, como son la imparcialidad de sus miembros y la procura de la igualdad de armas entre las partes. La idea de árbitros favorables al nacional de la Potencia aliada o asociada, o imbuidos de la idea general de represalia o castigo a Alemania, se encuentra en algunos autores a propósito de TAM concretos: P. Calamandrei realiza esta observación a la luz del reglamento del TAM italo-alemán mientras que E. Zitelmann cita ejemplos tomados especialmente de la praxis del TAM franco-alemán, cuyo carácter tendencioso es comentado por más autores⁵⁶. Pero la queja parece ser general,

⁵² Para conocer a fondo la estructura de los reglamentos en general puede verse R. Blühdorn, “Le fonctionnement et la jurisprudence...”, *loc. cit.*; W. Schätzel, “Die Gemischten Schiedsgerichte der Friedensverträge”, *Jahrbuch für Öffentliches Recht*, 1930/18, pp. 378–455, pp. 402–418; sobre el reglamento del TAM italo-alemán, apuntando divergencias con otros, P. Calamandrei, *passim*. Los autores destacan las novedades de los reglamentos en comparación con las prácticas procesales nacionales de la época, y se detienen en elementos singulares, como puede ser la figura del “agente” ante el Tribunal, a medias entre representante del Estado, intermediario entre este y el TAM, dotado de cierta función documentalista (debía instruir al TAM sobre su ordenamiento y la jurisprudencia), y en todo caso obligado a cooperar con el Tribunal, en tanto que enviado por uno de los Estados que había convenido en la creación de este.

⁵³ Parece posible identificar tres reglamentos “modelo”: el franco-alemán, que fue el primero, en que se inspirarían luego el del TAM italo-alemán; el anglo-alemán, con características originales tomadas del procedimiento inglés, y en el que se apoyó el reglamento del TAM entre Alemania y Japón; y el del TAM entre Bélgica y Alemania, que se distanciaría del franco-alemán y serviría de referente a otros como el yugoslavo, el checoslovaco o el polaco.

⁵⁴ R. Blühdorn, “Die Prozessführung vor den Gemischten Schiedsgerichten in der Praxis”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1930, pp. 488–505, p. 490, subraya las peculiaridades del reglamento del TAM anglo-alemán; P. Calamandrei, *loc. ult. cit.*, las del TAM italo-alemán.

⁵⁵ R. Blühdorn, “Die Prozessführung vor...”, *loc. cit.*, p. 493, pone como ejemplo la actitud más o menos proclive a admitir demandas fuera de plazo.

⁵⁶ P. Calamandrei, *loc. cit.*, p. 311, p. 339; E. Zitelmann, “Zwischenstaatliche Gerichtsbarkeit und die Gemischten Schiedsgerichtshöfe des Versailler Vertrags”, *Niemeyer’s Zeitschrift für internationales*

aunque se suele añadir en descargo de los TAM que no se trató de una parcialidad por mala fe: más bien se ve como consecuencia natural del origen de los árbitros, más fáciles de convencer con argumentos presentados desde un punto de vista en el que se reconocen – el correspondiente a su nacionalidad o a su Derecho nacional–, y de quienes no cabía razonablemente esperar, en supuestos que implicaran intereses fuertes de sus respectivos Estados, una convicción íntima en perjuicio de su propio país⁵⁷. Otro dato al que generalmente se apunta como causa es la elección como sede de los arbitrajes de Londres y, ante todo, de París, donde el ambiente anti-germano era palpable⁵⁸. Finalmente, la cuestión del idioma del proceso se consideró clave en la desigualdad de las partes: el propio TV preveía la elección por parte de la Potencia aliada entre el francés, el inglés, el italiano o el japonés, aunque admitía otro acuerdo entre las partes. En la práctica los reglamentos eligieron el idioma de la Potencia aliada, o (en el caso de Grecia, Rumanía), el francés; sólo en algunos casos se admitió además el alemán (Chequia, Yugoslavia). Aparte de las mayores dificultades que esto generó para los miembros alemanes de los TAM, reconocen los autores este dato se tradujo *de facto* en una ventaja para el litigante que empleaba su lengua materna⁵⁹.

El TV no ofreció a los TAM una respuesta completa en lo relativo a cómo resolver sobre el fondo del asunto. El punto 2 del Anexo, donde se mencionan la justicia y la equidad, refieren literalmente ambas a las reglas a adoptar para los procedimientos. Para algunos autores –los menos– cabe extenderlas también a las cuestiones de fondo⁶⁰; en general se entendió que los TAM estaban sujetos a reglas “de Derecho” (por oposición a “una concepción más o menos vaga de equidad”⁶¹), aunque no existió consenso sobre cuál debía ser su fuente. De ahí la relevancia de la pregunta por la naturaleza de los TAM a la que nos referíamos antes, que no fue planteada como puramente dogmática, sino para vincular a ella preguntas como –precisamente– la relativa al Derecho aplicable⁶².

Recht, 1923, pp. 303–329, p. 316, 320; R. Blühdorn, “Le fonctionnement et la jurisprudence...”, *loc. cit.*, p. 171.

⁵⁷ R. Blühdorn, “Le fonctionnement et la jurisprudence...”, *loc. cit.*, p. 165.

⁵⁸ R. Blühdorn, “Le fonctionnement et la jurisprudence...”, *loc. cit.*, p. 179. E. Zitelmann, *loc. cit.*, pp. 321–322; H. Isay, *Die privaten Rechte...*, *op. cit.*, p. 424. Algunos TAM eligieron en cambio Ginebra: TAM entre Alemania y Yugoslavia, y Alemania y Checoslovaquia.

⁵⁹ R. Blühdorn, “Le fonctionnement et la jurisprudence...”, *loc. cit.*, p. 178; W. Schätzel, “Die Gemischten ...”, *loc. cit.*, p. 405; H. Isay, *Die privaten Rechte...*, *op. cit.*, p. 425, y E. Zitelmann, *loc. ult. cit.*

⁶⁰ P. Calamandrei, pp. 337–338.

⁶¹ R. Blühdorn, “Le fonctionnement et la jurisprudence...”, *loc. cit.*, p. 190.

⁶² Es por ejemplo el objeto central de la disertación de G. Geier, *op. cit.*, en 1930, que de ahí deriva el método para determinar la ley aplicable: p. 47, 52, 59 ... e *infra* bajo IV.

3. El valor añadido de los TAM

A) Los TAM como instancias de revisión

Señala el art. 304, letra g, que las decisiones de los TAM son finales, y que los Estados parte en el TV convienen en hacerlas obligatorias para sus ciudadanos. No hay recurso frente a ellas, aunque se abre la posibilidad de revisión por aparición de nuevas pruebas⁶³. Este no es el caso de las decisiones de los tribunales de Derecho común: por el contrario, están supeditadas a la posibilidad de revisión e incluso de casación por los TAM. Esto ocurre en dos tipos de situaciones muy diferentes entre sí, descritas en los arts. 305 y 302 párrafo 2, respectivamente.

(1) Art. 305

El art. 305, dentro de la Sección VI, indica que si un tribunal competente ha dictado una sentencia en un asunto comprendido en las secciones III, IV, V o VII, y la sentencia no es conforme con las disposiciones de dichas secciones, la parte que haya sido perjudicada por ella tendrá derecho a una reparación que será determinada por un tribunal arbitral mixto. Añade que si la decisión en causa es de un tribunal alemán, la reparación mencionada podrá realizarse ordenando la devolución de las partes a la situación en que se encontraban antes de la sentencia, si así lo solicita el súbdito de una Potencia aliada o asociada. Se sienta así una relación de jerarquía entre los TAM y los tribunales nacionales (en este contexto algún TAM se ha autodenominado “instancia suprema”⁶⁴), que no sustituye los recursos dentro de la jurisdicción nacional sino que se suma a ellos⁶⁵; y que otorga un tratamiento diferente a las decisiones según cuál sea su origen.

Las condiciones de aplicación del art. 305 suscitaron ciertas dudas: así, en cuanto al criterio de competencia del tribunal nacional cuya decisión es revisada se discutió si había de tratarse en todo caso de una competencia basada en el propio Tratado⁶⁶; si el origen había de ser siempre un tribunal o autoridad judicial, o sería

⁶³ Excepcionalmente se admitió la apelación ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, *vid.* Decisión de 15 diciembre 1933, *The Peter Pazmany University v. The State of Czechoslovakia*, en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_61/01_Pazmani_Arret.pdf (última visita 16 febrero 2017), y ello a pesar de que ni el Tratado de Trianon ni el Reglamento del TAM húngaro–checoslovaco prevén el recurso (*vid.* texto del Reglamento reproducido en *Récueil*, vol. 3, pp. 193–203).

⁶⁴ TAM germano–polaco, 21 mayo 1923, *Leo von Tiedemann c. État polonais*, *Récueil*, vol. 3, pp. 603–611, p. 606.

⁶⁵ TAM anglo–alemán, 22 y 28 febrero 1927, *Alice Maud Koeslch v. The British Government*, *Récueil*, 1927, pp. 686–689.

⁶⁶ TAM germano–polaco, 21 mayo 1923, *Leo von Tiedemann c. État polonais*, *Récueil*, vol. 3, pp. 603–611, p. 603.

suficiente el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del órgano emisor de la decisión discutida, con independencia de su naturaleza⁶⁷; si la falta de conformidad con el Tratado había de encontrarse en el dispositivo, o podría estar en los Considerandos⁶⁸; qué falta de conformidad daría lugar a la aplicación del art. 305⁶⁹. Por el contrario las consecuencias del art. 305, y en particular la diferencia entre las asociadas a una decisión errónea alemana y a las de las Potencias vencedoras, fueron claras: las primeras podrían ser objeto de casación, es decir, de anulación⁷⁰, mientras que las segundas quedaban intactas – el TAM sólo otorgaba una indemnización por el error; en consecuencia tampoco podía suspender la ejecución⁷¹. La discriminación continuaba en relación con los sujetos con acceso a uno u otro remedio: la decisión de una Potencia aliada podía ser contestada por cualquiera; la solicitud de anulación, en cambio, sólo estaba abierta a los nacionales de Potencias aliadas o asociadas⁷².

(2) Art. 302 párrafos 2 a 4

El 305 no es la única instancia que sienta la superioridad de los TAM sobre los tribunales de Derecho común; el art. 302 también lo hace. Ahora bien, al amparo de este precepto sólo cabe cuestionar la jurisdicción alemana: un súbdito de una Potencia aliada o asociada contra el que un tribunal alemán⁷³ hubiera emitido un fallo en rebeldía no voluntaria en cualquier asunto durante la guerra

⁶⁷ En general se opta por lo segundo: TAM germano-polaco, 21 mayo 1923, *Leo von Tiedemann c. État polonais*, *Récueil*, vol. 3, pp. 603–611, p. 607; TAM germano-serbio-croata-esloveno, 14 diciembre 1928, *Deutsche Industrie Gesellschaft A.G. c. État serbe-croate-slovène*, *Récueil*, vol. 9, pp. 145–156; TAM germano-polaco, 1 agosto 1929, *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. État polonais*, *Récueil*, vol. 9, pp. 336–348, p. 340. A juicio de la doctrina ello lleva consigo la facultad del TAM para devolver el asunto al Tribunal nacional que pronunció la sentencia anulada, o para decidir él mismo: H. Isay, *Die privaten Rechte...*, *op. cit.*, p. 434.

⁶⁸ TAM germano-belga, 22 mayo 1924, *Josep Zurstrassen et Cie c. État allemand*, *Récueil*, vol. 4, pp. 326–342, p. 338.

⁶⁹ Se admite que lo hace una decisión del tribunal nacional por la que se declara erróneamente incompetente a favor de una Oficina de compensación: TAM *Récueil*, vol. 5, p. 179. En cambio no se admite cuando el error consiste en el desconocimiento de la competencia de los TAM, y ello porque el art. 305 no menciona la sección VI: TAM germano-polaco, 12 julio 1928, *Wieck c. Wolfsohn et Ehrlich*, *Récueil*, vol. 9, pp. 328–331, p. 331.

⁷⁰ TAM anglo-alemán, 6 noviembre 1928, *Meccano Ltd v. Gebr. Maerklin and Co.*, *Récueil*, vol. 7, pp. 293–296, pp. 295–296; TAM franco-alemán, *Jean-Guillaume Krichel c. 1^o État français 2^o État allemand*, *Récueil*, vol. 8, pp. 757–766, p. 762; TAM germano-polaco, 30 julio 1924, *von Tiedemann c. État polonais*, *Récueil*, vol. 9, pp. 321–324, p. 324.

⁷¹ TAM germano-polaco, 21 mayo 1923, *Leo von Tiedemann c. État polonais*, *Récueil*, vol. 3, pp. 603–611, p. 608.

⁷² TAM germano-italiano, 23 junio 1924, *Ludovico Strauss c. Officine Metallurgiche Sottocasa*, *Récueil*, vol. 5, pp. 177–180, p. 179.

⁷³ Se admite la reclamación contra decisiones de autoridades no judiciales siempre que ejerciten una función judicial: *infra*, nota al pie n^o 79.

podrá reclamar indemnización si ello le ha ocasionado un perjuicio; también tenía derecho a reclamar la devolución a la situación anterior a la sentencia, si ello fuera posible; corresponde al TAM pronunciar la reparación o reponer a las partes a la situación previa (arts. 302 párrafo 2 y 3). Además, los nacionales de Potencias aliadas o asociadas a quienes una medida judicial adoptada en territorio ocupado hubiera ocasionado perjuicio tenían también derecho a reparación, si no habían sido indemnizados de otra manera (art. 302.4). Ante el silencio del texto la posición de los TAM no fue unánime a propósito de contra quién dirigir la reclamación— el demandante en la acción original, o el Estado alemán⁷⁴.

Es condición del art. 302, en primer lugar, que el demandado no pudiera defenderse; en segundo término, que la decisión le ocasionara un perjuicio. La ausencia de Alemania del demandado y la falta de representación en juicio constituyeron el caso más típico de lo primero⁷⁵, aunque también se aceptaban las situaciones en que la defensa no pudo realizarse de manera eficaz⁷⁶. Sobre qué constituye perjuicio existían diferentes posiciones: las que entendieron que sólo lo hay cuando la decisión alemana incurrió en error⁷⁷, y las que lo extendieron más allá, comprendiendo la imposibilidad de satisfacer voluntariamente la condena,

⁷⁴ Lo primero, E. Wolff, *Privatrechtliche Beziehungen zwischen früheren Feinden nach dem F.V.*, Berlin, Vahlen, 1921, p. 37; lo segundo, H. Isay, *Die privaten Rechte...*, op. cit., p. 406. Entre los TAM, a favor de lo primero TAM franco-alemán, 9 enero 1923, 9 enero 1923, *Schmidt v. Plath*, *Récueil*, vol. 2, pp. 906–911, p. 910; de lo segundo, TAM franco-alemán, 15 septiembre 1922, *Burtin c. Etat allemand et Magdeburger Bank*, *Récueil*, vol. 2, pp. 450–454, p. 453; TAM germano-belga, 7 octubre 1922, *Ch. Petit et Co e. Gewerkschaft Gluekaufsegen*, *Récueil*, vol. 2, pp. 539–542; TAM germano-yugoslavo, 3 octubre 1922, *Alexandra et Spasenije Pritza e. dame Kathi Fahry*, *Récueil*, vol. 2, pp. 668–676, p. 673.

⁷⁵ El demandado se hallaba fuera de Alemania como consecuencia de una orden de expulsión: TAM franco-alemán, 21 julio 1922, *Wilhem c. Etat allemand*, *Récueil*, vol. 2, pp. 426–429, p. 427; o se encontraba fuera del país al comienzo de la guerra y no pudo volver: TAM franco-alemán, 15 septiembre 1922, *Burtin c. Etat allemand et Magdeburger Bank*, *Récueil*, vol. 2, pp. 450–454, p. 453. La presencia de un abogado hace difícil considerar satisfecho este punto: TAM germano-belga, 7 octubre 1922, *Ch. Petit et Co e. Gewerkschaft Gluekaufsegen*, *Récueil*, vol. 2, pp. 539–542.

⁷⁶ La existencia de una defensa no excluye el juego del art. 302.2, pero no basta tampoco con la alegación del demandante de que la misma ha sido difícil; es necesario demostrar que por virtud de esa dificultad se ha producido un perjuicio: TAM anglo-alemán, 17 y 29 junio 1925, *F. L. Cook v. German Government*, *Récueil*, vol. 5, pp. 299–303. Se acepta la imposibilidad material de aportar las pruebas, con tal de que ello sea consecuencia de la guerra, y no de una negligencia: TAM ítalo-alemán, 12 enero 1925, *Del Favero c. Ditta Bassermann e C.*, *Récueil*, vol. 5, pp. 190–200, p. 197. Hay rebeldía involuntaria cuando el demandado no ha podido interponer la apelación por ser los plazos excesivamente breves: TAM germano-belga, 19 octubre 1925, *Ville d'Anvers c. Etat allemand*, *Récueil*, vol. 5, pp. 712–719, p. 718.

⁷⁷ H. Isay, *Die privaten Rechte...*, op. cit., pp. 404–405; TAM germano-belga, 1 agosto 1923, *Charles Petit et Cie c. Sauer*, *Récueil*, vol. 3, pp. 545–549; los reclamantes no han sufrido perjuicio porque “même habilement défendus, en effet, ils eussent dû être condamnés”.

exponiéndose así a las consecuencias de una ejecución forzosa⁷⁸. Otras dudas afectan el alcance material de las condenas que dan lugar a reparación: salvo en contadas decisiones de los TAM se excluyen las penales⁷⁹, pero no es claro cuáles, del ámbito civil, son aceptables⁸⁰.

Los ejemplos de aplicación práctica del art. 302 párrafos 2 a 4 son muy numerosos: algo que tal vez se deba a la ordenanza de 22 enero 1915, de procedimiento ante los tribunales alemanes del período de guerra, cuya sección 6 habría facilitado numerosos procesos en rebeldía⁸¹. Una situación típica es la de la venta de los muebles del inquilino, nacional de un país enemigo, que huyó de Alemania a toda prisa quedando el alquiler sin pagar durante meses – si bien en este caso juegan en ocasiones el art. 302 párrafo 2, y en otras el art. 300 párrafo 2, aplicable cuando no existe una decisión judicial que preceda a la medida de ejecución, que recae como consecuencia del derecho de prenda que el ordenamiento alemán confería al arrendador sobre los muebles del arrendatario en caso de impago del alquiler.

B) Eficacia de las decisiones arbitrales y nacionales

Además de la posibilidad de contestar ante de los TAM las decisiones nacionales en aplicación del TV, el Tratado introdujo otro elemento favorable a la instancia arbitral al convenir los Estados que las decisiones de los TAM serían definitivas y en hacerlas obligatorias para sus ciudadanos (art. 304 letra g). Estas características, que se predicen respecto de los Estados implicados en cada TAM (y no de terceros Estados⁸²), concurren parcialmente en las decisiones de los tribunales de Derecho común: sólo en las Potencias aliadas, y no en las alemanas, conforme al art. 302 párrafo 1. Por ello este último texto puede ser leído en términos de aceleración de la ejecución de las sentencias de las Potencias aliadas y asociadas en Alemania, pero también, en línea con la filosofía general de la Parta

⁷⁸ TAM germano-yugoslavo, 3 octubre 1922, *Alexandra et Spasenije Pritza e. dame Kathi Fahry*, *Récueil*, vol. 2, pp. 668–676, p. 675.

⁷⁹ Decisión disciplinaria: TAM franco-alemán, 23 abril 1923, *Daniel Blumenthal c. Etat allemand*, *Récueil*, vol. 3, pp. 616–621; decisión de un gobernador militar, TAM germano-belga, 14 mayo 1924, *Remorqueurs anversois c. Etat allemande*, *Récueil*, vol. 4, pp. 322–326.

⁸⁰ Sobre “cualquier materia”, TAM franco-alemán, 23–25 junio 1921, *Auguste Chamant c. Etat allemand*, *Récueil*, vol. 1, pp. 361–371, p. 369; sólo las comprendidas en la sección V de la Parte X, E. Schmitz y K. Schmid, “Zur Dogmatik der Sektion V des Teiles X des Versailles Vertrag”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1931, pp. 17–85, pp. 34–36.

⁸¹ TAM germano-belga, 11 febrero 1922, *Rymenans et Co e. Etat allemand*, *Récueil*, vol. 1, pp. 878–893, p. 891.

⁸² W. Schätzel, “Die Gemischten Schiedsgerichte...”, p. 446. H. de Cock, “Effets et exécution des jugements étrangers”, *Récueil des Cours*, vol. 10, 1925, pp. 431–536, pp. 519–520, alcanza la misma conclusión.

X, como una limitación de la soberanía alemana, y como una forma de protección preventiva de los nacionales aliados frente a una presunta parcialidad de los tribunales alemanes: sin una regla similar estos podrían “agir aux dépens des ressortissants des puissances alliées ou associées en cause”⁸³.

El art. 304 letra g se tradujo en la práctica en la no exigencia de ejecución o fórmula ejecutiva para proceder a ejecutar las decisiones de los TAM. La ejecución no dependía de los TAM, sino de los Estados: se encomienda a los agentes de los Estados ante los TAM, y se realiza conforme a las disposiciones nacionales, si bien bajo la condición de que su intervención no frustre el objetivo del precepto⁸⁴. En cuanto al art. 302 párrafo 1, dio lugar en Alemania a la Ley de 10 agosto 1920 confirmando al Landsgericht Berlin la competencia para todas las ejecuciones basadas en un precepto cuyo auténtico alcance – qué decisiones, y bajo qué condiciones– fue muy debatido. Literalmente el art. 302 TV era una excepción al sistema en vigor, representado ante todo por el art. 328 ZPO, junto al art. 722⁸⁵, conforme al cual la ejecución de decisiones extranjeras en Alemania requería la fórmula ejecutiva (exequátur), pasado un control de condiciones. En todo caso, los autores coincidían en que el precepto del TV no podía ser interpretado en clave de excepción y, por tanto, siguiendo la máxima al uso, de forma restrictiva. Los criterios habían de ser otros: en particular su origen en un convenio, y la pertenencia a un conjunto de reglas presididas por la unilateralidad y la desconfianza hacia Alemania.

Más allá de este acuerdo la doctrina alemana de la época no tuvo una opinión única acerca de diferentes aspectos del art. 302, comenzando por el relativo a las decisiones exentas del exequatur. Para H. Isay es preciso establecer una separación entre las sentencias de tribunales aliados recaídas antes, durante y después de la guerra: el art. 302 TV sólo se referiría a las últimas; no habría en el TV ninguna disposición sobre las otras categorías, y por consiguiente se aplicaría a ambas el régimen común (que conduciría en definitiva al no reconocimiento, por falta de toda reciprocidad)⁸⁶. Es otra la opinión de E. Schmitz y K. Schmid, que en 1931 explicaban que sólo las decisiones anteriores a la guerra caían en el ámbito de aplicación del precepto. En este sentido – según los autores– hablaban

⁸³ D.J. Delivanis, “Les conséquences des stipulations financières et économiques du Traité de Versailles dans les Balkans”, texto del Informe presentado al Congreso de la Association Européenne d’Histoire Contemporaine, Ginebra, 28 septiembre 1979, obtenido en <http://search.proquest.com/openview/90784bc2708a028c84d1bde3b0dd1bb6/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1817659>, última consulta 13 febrero 2017, p. 227.

⁸⁴ Tribunal regional de Stettin, 15 marzo 1924, *Récueil*, vol. 4, pp. 140–142.

⁸⁵ La vigencia de los Tratados bilaterales o de La Haya quedó en entredicho con motivo de la Guerra.

⁸⁶ H. Isay, *Die privaten Rechte...*, op. cit., p. 401.

los argumentos literal, sistemático y de efecto útil del Tratado⁸⁷. Otros autores cuestionaron otros puntos del precepto, en particular las condiciones para la ejecución en Alemania, todas dudosas con la salvedad del requisito de que las decisiones fueran ejecutivas en origen: ¿cabría, por ejemplo, reconocer decisiones no finales, pero admitidas a una ejecución provisional?⁸⁸; ¿y cómo había que entender la condición relativa a la competencia, que requiere que los tribunales de origen fueran competentes conforme al propio Tratado?⁸⁹

Fuera de Alemania el art. 302 párrafo 1 no fue prácticamente objeto de atención en la doctrina. E.J. Schuster se limita a reproducir su contenido, con una nota para indicar la dificultad de comprensión de la expresión “in all cases in which under the Peace Treaty they are competent to decide”⁹⁰. En 1933 A. Mowitz presentaba el art. 302 como un caso de excepción al régimen general, que a juicio del autor era necesaria para permitir la circulación de decisiones adoptadas conforme a ordenamientos –como el francés, que cita expresamente– que confieren una jurisdicción muy amplia a sus tribunales en materia civil en casos transfronterizos⁹¹. La disposición pasa desapercibida en estudios posteriores⁹².

IV. El Derecho aplicable al fondo del asunto. El DIPr ante los TAM

1. La doctrina

Para los estudiosos de DIPr una de las cuestiones más interesantes sobre las controversias nacidas en la Gran Guerra y resueltas por los TAM es relativa al

⁸⁷ E. Schmitz y K. Schmid, *loc. cit.*, p. 30; en contra de su opinión citan no obstante TAM franco-alemán, de 17 mayo 1922, *Banque Meyer c. Weil Gebrüder*, *Récueil*, vol. 3, pp. 639–642.

⁸⁸ S. Goldschmidt, K. Zander, *Die Rechte Privater im deutschen Friedensvertrage: unter besonderer Berücksichtigung der handelsrechtlichen Bestimmungen*, Berlin, Verlag von Reimar Hobbing, 1920, p. 95.

⁸⁹ La pregunta es la misma que en relación con el art. 304 letra b párrafo 2, que atribuye competencia a los TAM “a menos que el asunto no sea de la competencia de un tribunal de una Potencia aliada o Asociada”. Mientras la doctrina busca en el propio TV atribuciones de competencia a los tribunales de las Potencias aliadas, y concluye “The question whether a Court was or was not competent under the Peace Treaty may therefore create considerable difficulty” (E.J. Schuster, *loc. cit.*, p. 186), los tribunales mismos miran a su Derecho interno: *vid. Cour d’Appel de París*, 19 febrero 1921, *Récueil*, vol. 1, pp. 143–145.

⁹⁰ E.J. Schuster, *loc. cit.*, p. 186.

⁹¹ A. Mowitz, “The Execution of Foreign Judgments in Germany”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1933, pp. 795–805, p. 796.

⁹² No la menciona H. Sperl “La reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers”, *Récueil des Cours*, vol. 36, 1931, pp. 385–478– que en cambio sí recuerda en la p. 421 las disposiciones de los Tratados de paz de Saint-Germain, Versailles y Trianon conforme a las cuales las decisiones de los TAM son ejecutivas sin exequátur. Tampoco H. de Cock, “Effets et exécution des jugements...”, *loc. cit.*, que sí se refiere a las decisiones de los TAM.

Derecho aplicable. Los autores describen el TV como “reglamentación definitiva” y “círculo cerrado”, pero admiten al mismo tiempo la existencia de lagunas⁹³. La cuestión surgió con frecuencia ante los TAM, que para muchas cuestiones no encontraron una respuesta directa en el Tratado; a diferencia de la Comisión de reparaciones, que según art. 244 Anexo II punto 11 no estaba sujeta a ninguna ley, no existía ninguna disposición al respecto para los TAM, lo que a tenor de los autores impedía una conclusión semejante⁹⁴. Los desarrollos doctrinales al respecto, contemporáneos a los TAM, son numerosos; menos abundante, aunque variada y sobre todo poco clara, la jurisprudencia al respecto. De esa época datan relevantes muestras de la convicción entre los autores de que el DIPr debía estar compuesto de reglas comunes⁹⁵; se habían puesto grandes esperanzas en los TAM –pero no sólo: también otras instituciones internacionales, como la Corte permanente de arbitraje– en este sentido.

Es copioso el número de autores, de nacionalidades diversas, que abordaron la cuestión del DIPr en los TAM, bien con carácter general, bien en comentarios a decisiones concretas⁹⁶. Como en otros puntos, excede de esta exposición un examen en detalle; el análisis tiene un objetivo mucho más limitado. La lectura de los textos doctrinales de la época permite agrupar las elaboraciones en torno a una de estas perspectivas: la meramente narrativa, que describe el tratamiento que el DIPr recibió efectivamente por parte de los TAM; la normativa, a propósito de lo que los TAM deberían hacer o haber hecho en este punto⁹⁷. Vistas desde la distancia la segunda es la que posee mayor interés: la pregunta misma sobre el DIPr y los TAM, la falta de respuesta o, cuando la hubo, la falta de uniformidad, espoleó a la doctrina para desarrollar distintas teorías, en el marco de las cuales se abordaban cuestiones esenciales de la disciplina. Los escritos de los autores sobre

⁹³ G. Gidel y E. Barrault, *op. cit.*, p. xxiv. En *id. loc.* recogen una práctica espontánea de las Oficinas de compensación de celebrar conferencias periódicas, que permitió resolver problemas y hacerlo con uniformidad.

⁹⁴ G. Geier, *op. cit.*, p. 17–18.

⁹⁵ J.P. Niboyet, “Quelques considérations sur la justice et le droit international privé”, *Mélanges A. Pillet*, París, 1929, pp. 153–177, p. 159, se refiere a su rol como legisladores – algo más matizado en su Nota al TAM rumano–alemán, 16 junio 1925, P. Negreanu c. Meyer, *Rev. Dr. Int. Pr.*, 1927, pp. 97–109, p. 104. M. Gutzwiller, *passim*; A. Mendelssohn–Bartholdy, “Die Vorkriegsverträge und das international Privatrecht”, *Juristische Wochenschrift*, 1921, pp. 133–135. También fuera del ámbito del TV: E. Audinet, “Un project de Code de Droit International Privé”, *Rev. dr. int. pr.*, 1927, pp. 1–17, en su estudio sobre el Código Bustamante. Tales expectativas se vieron en gran medida decepcionadas, *vid. infra* bajo IV.2.

⁹⁶ *Vid.* las referencias bibliográficas recogidas por M. Gutzwiller al comienzo de “Das Internationalprivatrecht der durch die Friedensverträge eingesetzten Gemischten Schiedsgerichtshöfe”, en *Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtbarkeit*, 1931/3, pp. 123–152, p. 123; o G. Geier, la bibliografía a su monografía de 1930.

⁹⁷ Incluso en fechas como 1930, cuando los TAM más relevantes estaban concluyendo su misión: así G. Geier, *op. cit.*

este aspecto de los TAM aportan un valioso testimonio acerca del estado de opinión y de desarrollo de la disciplina, especialmente en lo relativo en particular a la oportunidad de soluciones uniformes y a la realidad (existencia) de tales soluciones⁹⁸. En este sentido las tendencias son dos: los TAM deben estar sujetos al DIPr, ya preexistente, de un Estado; los TAM deben generar ellos mismos las reglas de DIPr aplicable.

A) Sujeción a un DIPr estatal

Parte de la doctrina entendió que los TAM debían estar sujetos a un ordenamiento estatal – como opción en principio opuesta que resolvieran conforme a la buena fe o la equidad. Ello resulta de su naturaleza de órganos estatales⁹⁹.

A la cuestión sobre cuál debería ser el ordenamiento nacional se responde de muy diferentes maneras. Una primera idea, aparentemente no muy extendida, sería la que no excluye la llamada a un ordenamiento estatal pero sí la necesidad de incluir sus normas de DIPr., sobre la base de que en realidad el TV siempre quiere resolver a favor del nacional de una potencia aliada, de manera que nunca habría de ser aplicado el Derecho alemán, sino siempre el de la otra parte¹⁰⁰. Del mismo principio derivan otros autores una conclusión distinta: lo aplicable sería en todo caso el DIPr de la potencia aliada o asociada, y nunca el alemán¹⁰¹. Más allá de esa interpretación, que fue rechazada en la doctrina¹⁰² y tampoco contó con el favor de los TAM¹⁰³, lo cierto es que literalmente el TV se refiere a la ley aplicable sólo de manera excepcional. Cabe citar el art. 296, Anexo, punto 4, donde se somete la prescripción a la ley en vigor en el país de domicilio del deudor; a lo que se añade que en el punto 16, segundo párrafo, en caso de

⁹⁸ Tanto más interesante cuanto que otros sectores preveían un DIPr (en el que se incluía la nacionalidad y el estatuto de los extranjeros) proteccionista como reacción a la Gran Guerra y resultado de la desconfianza reinante hacia Alemania: J. Valéry, “The World War and its Effect on Future Private International Law”, *Harv. L. R.*, 1917–18, pp. 980–1010, 1064–1088.

⁹⁹ *Supra* bajo III.1.

¹⁰⁰ P. Sipsom, “Mémoire”, citada por la decisión del TAM rumano–alemán, 16 junio 1925, *Negreanu c. Meyer, Recueil*, vol. 5, pp. 200–218, p. 207, p. 211.

¹⁰¹ G. Geier, p. 45, *hace esta lectura de P. Jaudon en su Prefacio a G. Gidel, H.E. Barrault*.

¹⁰² *Vid.* G. Geier, pp. 45–46. R. Blühdorn, “Le fonctionnement...”, *loc. cit.*, p. 194, manifiesta una opinión opuesta en sus principios: a las cuestiones de Derecho privado no reguladas en el TV se aplicará, en el caso del art. 304 letra b párrafo 2, el Derecho al que habría recurrido el tribunal alemán que habría sido competente de no existir los TAM, habida cuenta de que estos vienen a sustituir a la jurisdicción alemana (mientras que para las cuestiones del art. 296 y 297 el derecho aplicable había de ser en cambio Derecho Internacional Público, lo cual es acorde con la idea del autor, referida *supra* bajo III. 1, sobre la naturaleza de los TAM).

¹⁰³ *Infra*, texto a nota al pie n° 120, 121.

desacuerdo entre Oficinas sobre la realidad de una deuda, o de conflicto entre las partes o las Oficinas, la cuestión puede someterse a la jurisdicción de los tribunales de Derecho común del domicilio del deudor si así lo solicita la Oficina acreedora. A partir del texto algún TAM extrajo consecuencias¹⁰⁴, y también lo hizo la doctrina. Es el caso de R. Schauer, que procede en dos pasos: partiendo de que que existe una *lex fori* de los árbitros, la identifica con la que habría aplicado el juez que habría conocido de la demanda, si esta hubiera sido llevada a la jurisdicción estatal (*actor sequitur fórum rei*); luego, con apoyo en el texto del TV indicado, determina que sólo el tribunal del domicilio del demandado es competente, con exclusión de todos los demás que podrían serlo igualmente de aplicarse las reglas nacionales de competencia judicial internacional¹⁰⁵. Interesa indicar que el autor acepta la solución por sus virtudes prácticas, y que sus preferencias irían en realidad en otro sentido: la solución ideal sería la elección por los TAM, “*in voller Souveränität*”, de la solución de DIPr que estimen más conveniente, para identificar desde ella el ordenamiento material aplicable a la controversia en juego. A la vista del número de TAM, el autor expresa no obstante cierto recelo y preocupación por la verosímil falta de uniformidad en las soluciones¹⁰⁶.

La idea de una *lex fori* de los TAM aparece en otros autores, si bien en general para rechazarla: por ejemplo, A. Mendelsohn-Bartholdi la identifica con la ley nacional de los árbitros, y así concluye que no habría una *lex fori*, sino tres, lo que es como decir ninguna¹⁰⁷. J.P. Niboyet, que recoge la propuesta, la limita a un caso: aquel en que coinciden las nacionalidades de dos de árbitros en juego – los nombrados por cada uno de los países enfrentados, con exclusión del árbitro “neutro”, elegido por ambos. El autor, que critica de la solución su carácter empírico – y no dogmático– parece no obstante aceptarla en tanto que “cómoda y legítima”¹⁰⁸.

Rechazada la existencia de una *lex fori* de los TAM, G. Geier se inclina por su parte, siguiendo de cerca a K. Neumayer, por una “*Freie Rechtsfindung*”: siempre, no obstante, con sujeción a un ordenamiento estatal, del que los árbitros han de tomar en primer término las reglas de DIPr. A la hora de identificar el sistema jurídico de referencia el autor parte de la naturaleza de los TAM como órganos colectivos estatales, a través de los cuales cada uno de los Estado representados

¹⁰⁴ TAM anglo-alemán, 7 abril 1927, *Büsse c. British Manufacturing Stationery Co*, *Récueil*, vol. 7, pp. 345–362, p. 348.

¹⁰⁵ R. Schauer, “Zur Frage der Anwendung des internationalen Privatrechts durch die Ausgleichsämter und die gemischten Schiedsgerichtshöfe”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1920, pp. 425–428, p. 427.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 427–428.

¹⁰⁷ A. Mendelsohn-Bartholdi, *loc. cit.*, p. 134. Otras referencias en G. Geier, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁸ J.P. Niboyet, “Nota” a TAM rumano-alemán, *loc. cit.*, p. 104.

ejerce su jurisdicción; ello permite explicar el carácter vinculante que conforme al art. 304 letra g TV tienen las decisiones del TAM. De ahí deriva el autor que tales Estados tienen la expectativa y el derecho a que se aplique su propio DIPr¹⁰⁹. La teoría, que propone en definitiva la acumulación de dos sistemas de DIPr en cada caso, no fue recibida sin críticas por parte de la doctrina: *Vid.* por ejemplo M. Gutzwiller, que se pregunta por cuáles serían sus últimas consecuencias, en otras palabras, cómo reaccionar – ¿rechazando la demanda, por ejemplo?– cuando cada uno de los ordenamientos en juego excluya las consecuencias que derivarían de la aplicación del otro¹¹⁰.

B) Un DIPr superior y uniforme

M. Gutzwiller pertenece en todo caso a un segundo grupo de autores con una visión diferente sobre la naturaleza de los TAM, y/o su misión, en lo relativo al DIPr. En esta línea se encuentran entre otros también R. Grau, E. Zitelmann, J.P. Niboyet, o P. Calamandrei. Para el primero el hecho de que la jurisdicción de los TAM no tenga raíces nacionales, sino internacionales, implica que no se encuentran sujetos a unas normas de conflicto determinadas; les corresponde más bien indagar sobre consideraciones generales en materia conflictual y, dejando a un lado la pregunta previa sobre cuál es la ley aplicable, tratar de identificar respuestas materiales comunes en los sistemas jurídicos en presencia; sobre esta base, sumada a principios generales también compartidos, deberían elaborar un “*internationales Weltprivatrecht*” para el comercio internacional¹¹¹. E. Zitelmann, por su parte, opina que por su naturaleza – de Derecho internacional público – los TAM no se hallan sujetos al sistema de DIPr de ninguno de los Estados en juego; cuando las normas de conflicto de estos Estados difieren lo que les queda es “*gar nichts anders urteilen als nach einem überstaatlichen internationalen Privatrecht irgendwelcher Art*”; el origen de ese DIPr supra-estatal se encuentra en el DIPúblico, derivándose de los principios de soberanía personal y territorial¹¹².

Volviendo a M. Gutwiller, para el autor, lo mismo que para E. Zitelmann, cuando el TV no ofrece una solución los TAM debe resolver “*völkerrechts-gemäss*”¹¹³. A diferencia de E. Zitelmann, sin embargo, Gutzwiller no opina que los TAM deban buscar apoyo en alguna de las teorías sobre los límites impuestos desde el Derecho internacional público al poder de legislar en el ámbito jurídico

¹⁰⁹ G. Geier, *op. cit.*, pp. 47–59.

¹¹⁰ *Loc. cit.*, p. 141.

¹¹¹ R. Grau, “Versailler Frieden (Privatrecht. Bestimmungen)”, en K. Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts*, vol. III, pp. 48–71, p. 65.

¹¹² E. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, vol. 1, Leipzig, 1897, p. 77.

¹¹³ M. Gutzwiller, *loc cit.*, p. 126.

privado; de lo que se trata es de resolver de forma que en la decisión se reconozca, como fundamento de la misma, los requisitos mínimos de Derecho internacional público relativos al Derecho privado entre Estados, a los que el autor se refiere como “überstaatliche Internationalprivatrechtssätze”, y de los que dice que son pocos pero están bien definidos. El autor cita entre ellos el reconocimiento de los derechos adquiridos; los puntos de conexión generalmente aceptados y que cabe calificar como consuetudinarios (la *lex rei sitae* para derechos reales inmobiliarios, por ejemplo); con más dudas, la búsqueda de la conexión más estrecha –el ordenamiento al que apunten las circunstancias del caso de forma preponderante¹¹⁴. Estas reglas – sigue diciendo el autor– no solo relevantes por su propia existencia, sino porque en ellas deberían encontrar los TAM inspiración para resolver las interrogantes que no tienen respuesta directa en las mismas. En 1931, cuando la tarea esencial de los TAM estaba en gran medida terminada, el autor realizó el análisis de una muestra de decisiones en la que destaca tres como *leading cases*¹¹⁵. El examen le condujo a constatar el fracaso parcial de su idea, lo que achaca a los siguientes motivos: la ausencia de indicaciones expresas en el TV; la existencia de diferentes escuelas de pensamiento acerca del DIPr en la época – en particular, en su opinión, la anglosajona y la de origen romano–, que encontraron reflejo inmediato en la composición y forma de hacer de los TAM; y una cierta parcialidad o intento de beneficiar los intereses de los propios nacionales, procurándole no obstante una justificación formal¹¹⁶.

Son más los autores para quienes los TAM podrían, si quisieran, realizar grandes aportaciones a la evolución del DIPr hacia parámetros comunes. Señala J.P. Niboyet, v.gr., que

“... les tribunaux arbitraux mixtes ne peuvent être liés par aucune *lex fori*. Ils ont la mission de dire le droit et se trouvent dans la situation enviable où l'on peut choisir la solution qui paraît la meilleure sans être lié par aucun texte. Comme tels ils peuvent être des véritables fondateurs du droit international privé. Ils bâtissent à neuf et leur jurisprudence pourrait devenir une source importante pour l'avenir s'ils le voulaient”¹¹⁷.

P. Calamandrei, por su parte, los califica de legisladores internacionales; les corresponde

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 126–127.

¹¹⁵ TAM rumano-alemán, 16 junio 1925, *Negreanu c. Meyer*, *Récueil*, vol. 5, pp. 200–218; TAM franco-alemán, de 30 marzo 1926, *Zeppenfeld c. Deutsches Reich*, *Récueil*, vol. 6, pp. 243–248, p. 247; TAM anglo-alemán, 7 abril 1927, *Büsse c. British Manufacturing Stationery Co*, *Récueil*, vol. 7, pp. 345–362.

¹¹⁶ M. Guzwiler, *loc. cit.*, p. 129. *Infra*, bajo 2, la valoración del autor sobre el rol de los TAM en la edificación de un DIPr común.

¹¹⁷ J.P. Niboyet, “Nota” a TAM rumano-alemán, *loc. cit.*, p. 104.

(...) *resolvere la questione secondo i criteri che esso Tribunale adotterebbe ove fosse chiamato come legislatore internazionale a formulare un sistema de principii relativi alla competenza legislativa e giudiziaria dei vari Stati*¹¹⁸.

La idea de unos TAM creadores del Derecho se encuentra igualmente en otros autores, mencionada como una solución ideal que no obstante no está libre de riesgos. Más atrás nos referíamos a R. Schauer y su temor a la falta de uniformidad; en parecido sentido, A. Mendelsohn–Bartholdy contrapone las reglas procedimentales de los TAM, en relación con las cuales las eventuales diferencias carecen de relevancia, a las reglas de DIPr., para las que la uniformidad es imprescindible: “*sonst besteht die Gefahr einer Überschneidung und Kreuzung zwischen den Entscheidungen der Gerichte*”¹¹⁹. Como veremos en el apartado que sigue, esta falta de uniformidad en el enfoque y decisiones de los TAM, y el no que no hayan siquiera intentado poner los remedios al efecto, será deplorada por más autores.

2. Los TAM

Las preguntas sobre la ley aplicable surgieron con frecuencia ante los TAM, como no podía ser de otra manera teniendo en cuenta que toda controversia sometida a ellos presentaba necesariamente algún elemento de internacionalidad. Frente a ellas las actitudes fueron muy variadas, evolucionando con el tiempo, y cambiando de tribunal a tribunal.

Merece la pena referirse en primer término a las decisiones que rechazaron explícitamente la inaplicabilidad de raíz del Derecho alemán (salvo indicación contraria en el TV). La decisión del TAM anglo–alemán de 23 marzo 1923, en el asunto *S. Hardt & Co c. M.B. Stern*¹²⁰, se pronuncia en este sentido al referirse a la igual de trato a deparar a alemanes y aliados. Muy clara es la decisión del TAM rumano–alemán, en el asunto *Negreanu c. Meyer*, de 16 junio 1925¹²¹, refutando la opinión expresada por P. Sipsom en el sentido de que

“(...) *le Droit allemand doit être écarté a priori, le Traité (art. 304b) ayant non seulement distrait le demandeur allié de la juridiction des tribunaux allemands, mais ayant voulu écarter toute application du Droit allemand*”.

El mismo Tribunal, en el mismo caso, se pronunciará en este asunto sobre la necesidad de abordar la pregunta sobre la ley aplicable, y resolverla,

¹¹⁸ P. Calamandrei, *loc. cit.*, p. 337.

¹¹⁹ *Loc. cit.*, p. 134.

¹²⁰ *Récueil*, vol. 3, pp. 14–29, p. 17.

¹²¹ *Récueil*, vol. 5, pp. 200–218, p. 211.

“(…) en principe surtout, le Tribunal estime qu’il y a intérêt à aborder la difficulté et à la résoudre, car c’est surtout ainsi que les Tribunaux mixtes peuvent apporter leur contribution au droit international, en voie de création”.

Ahora bien, aunque es posible detectar una evolución que va desde la apoyatura en la buena fe, o en la equidad¹²², hasta la búsqueda de soporte en ordenamientos jurídicos estatales, no se aprecia en las decisiones, tomadas en su conjunto, una línea de actuación común en ese sentido: ni desde la perspectiva del método ni – como no podía ser de otro modo – de las soluciones concretas; como regla los asuntos se resuelven caso por caso y desde el pragmatismo¹²³.

Sin pretensión de sistematizar un inabarcable casuismo cabe hablar de las siguientes tendencias: la de evitar la cuestión (así, cuando los ordenamientos de los dos Estados implicados presentan, o se da por hecho que lo hacen, una solución material idéntica¹²⁴; o cuando la voluntad común de las partes en conflicto apunta a un mismo ordenamiento, en materia contractual o en otras¹²⁵); la ausencia de cualquier pronunciamiento sobre el método que conduce a la solución adoptada (el TAM procede a la aplicación inmediata de una solución material, que viene a sustituir a las soluciones previstas en los ordenamientos potencialmente aplicables¹²⁶); la llamada sin mayor justificación (es decir, sin referencia al origen de la regla conflictual efectivamente aplicada) a puntos de conexión (especialmente a más de uno, cuando cualquiera de ellos llevaría al mismo resultado final¹²⁷; o a la elección de ambas partes en el conflicto¹²⁸). Finalmente,

¹²² *Supra*, nota al pie n° 60. La referencia a una resolución conforme a los principios de justicia y equidad aparecía en algunos reglamentos de los TAM referida no sólo al procedimiento (en este último caso, con inspiración directa en el art. 304, Anexo, punto 2), sino también al fondo del asunto: por ejemplo, Reglamento del TAM franco-alemán, de 2 abril 1920, art. 99, *Récueil*, vol. 1, p. 57.

¹²³ J.P. Niboyet, “Quelques considérations sur la justice...”, *loc. cit.*, p. 163.

¹²⁴ TAM franco-alemán, 26 julio 1922, *RumEAU c. Schmidt*, pp. 325–328, p. 327; TAM franco-alemán, 24 noviembre 1922, *Munzing et Cie c. Still*, *Récueil*, vol. 2, pp. 747–750, p. 749. J.P. Niboyet, “Quelques considérations sur la justice...”, *loc. cit.*, p. 163. *Vid.* crítica del TAM rumano-alemán, de 16 junio 1925, *P. Negreanu c. Meyer*, *Récueil*, vol. 5, pp. 200–218, p. 210, “(…) car dans bien des cas, l’étude approfondie des deux droits révèle des divergences, qui n’apparaissent pas à première vue”.

¹²⁵ Cita J.P. Niboyet, “Quelques considérations sur la justice...”, *loc. cit.*, pp. 164–165 varios ejemplos, en distintas materias (contratos, responsabilidad extracontractual, sucesiones).

¹²⁶ J.P. Niboyet, “Quelques considérations sur la justice...”, *loc. cit.*, p. 105. G. Geier, *op. cit.*, p. 30, prefiere una lectura más amable, en la que lo que sucede es que el TAM no hace explícito el punto de conexión en que se apoya.

¹²⁷ TAM rumano-alemán, 25 julio 1927, *S. Landes c. W. Schuster*, *Récueil*, vol. 7, pp. 747–751, p. 750; TAM rumano-alemán, 24 julio 1926, *Société Phoenix c. Deutsches Reich*, *Récueil*, vol. 7, pp. 103–111, p. 110.

¹²⁸ TAM germano-checoslovaco, 24 octubre 1923, *Gellert c. Kolker*, *Récueil*, vol. 4, pp. 515–529, p. 520; TAM germano-checoslovaco, 30 noviembre 1923, *Goldschmiedt c. Heesch Hinrichsen et Cie*, *Récueil*, vol. 4, pp. 530–536, p. 534; TAM germano-checoslovaco, 22 abril 1925, *Loy et Markus c. Etat allemand et Deutsch Ostafrikanische Bank A. G. défenderesse*, *Récueil*, vol. 5, pp. 551–580, p. 563.

cabe hablar de las decisiones que se apoyan en principios generales del Derecho: el respeto de los derechos adquiridos¹²⁹, la aplicación de la ley personal del testador en materia sucesoria¹³⁰, o de la ley del lugar de conclusión del contrato en materia de obligaciones contractuales¹³¹, y otros cuyo carácter “universal” hoy nos parecería ciertamente cuestionable¹³². Interesa destacar que no hay unanimidad sobre el origen de estos presuntos principios comunes, a los que se acompaña a veces con el adjetivo de “internacional”, y otras con el de “internacional privado”¹³³.

La valoración de las decisiones TAM depende obviamente de la posición o punto de partida del autor que la enuncia; y, como acabamos de ver, las hay de todos los tipos. Así, para quienes pusieron sus esperanzas en que los TAM servirían a la evolución hacia un DIPr común la evaluación no puede ser sino negativa o, como mucho, mixta. J.P. Niboyet dedica buena parte de su estudio publicado en 1929 en homenaje a A. Pillet a poner de manifiesto lo que califica como errores de los TAM; su opinión global es que han fallado a su papel¹³⁴.

Más matizado, M. Gutzwiller indica que la referencia por parte de los TAM a reglas comunes carece en muchas ocasiones de valor añadido; en cambio en otras es posible ver en ellos una valiosa prueba de la formación de un “*wahren völkerrechtlichen und eine [n] nicht minder folgenreichen transnationalen Zwischenprivatrechts*”¹³⁵. Ahora bien, el mismo autor se declara decepcionado por la falta de uniformidad de las decisiones de los TAM sobre cuáles sean los “principios generales” en que fundamentar la decisión sobre el derecho aplicable; en este sentido alude a “una oportunidad perdida”. Los TAM podrían haberse esforzado en lograr soluciones comunes vía reuniones de sus presidentes, o a través de contactos personales; o en su defecto, prestando atención recíproca a las decisiones de unos y otros. No lo hicieron, y en consecuencia lo que resta es “*wieder der Ausdruck der bestehenden Zersplitterung, ja die fast genaue Wiedergabe der heute existierenden grossen systèmes de solution des conflits de lois*”¹³⁶, que

¹²⁹ TAM rumano-húngaro, de 10 enero 1927, *Emeric Kulin père c. Rum. Staat, Recueil*, vol. 7, pp. 138–150.

¹³⁰ TAM franco-alemán, de 30 marzo 1926, *Zeppenfeld c. Deutsches Reich, Recueil*, vol. 6, pp. 243–248, p. 247.

¹³¹ TAM belga-alemán, de 19 enero 1924, *Medts c. Graff, Recueil*, vol. 3, pp. 798–802, p. 800.

¹³² De nuevo *vid.* la decisión del TAM rumano-alemán, de 16 junio 1925, *P. Negreanu c. Meyer, Recueil*, vol. 5, pp. 200–218, p. 211, que aplica la ley de la nacionalidad de cada una de las partes a la determinación del contenido de sus obligaciones respectivas.

¹³³ Por ejemplo, el TAM franco-alemán, de 30 marzo 1926, *Zeppenfeld c. Deutsches Reich, Recueil*, vol. 6, pp. 243–248 alude a los “*principes généraux du droit international privé*”.

¹³⁴ J.P. Niboyet, “*Quelques considérations sur la justice...*”, *loc. cit.*, pp. 165, 166, 171, 173...

¹³⁵ M. Gutzwiller, p. 132.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 135.

ejemplifican decisiones divergentes tanto en las soluciones que alcanzan, como en el método que siguen, pese a la pretensión declarada en todas ellas de encontrar la solución conforme a principios comunes. E. Zitelmann, H. Isay, son otros de los autores decepcionados¹³⁷.

V. Conclusiones

Los Tribunales Arbitrales Mixtos creados por el Tratado de Versalles tras la Gran Guerra fueron una experiencia única de gestión de conflictos transfronterizos sobre derechos privados. No se ha repetido. Tras la Segunda Guerra Mundial se crearon distintas comisiones; en la mayoría el Estado tenía el control de la reclamación. Los individuos pudieron incoar demandas ante la *Arbitral Commission on Property, Rights and Interests in Germany*, creada y regulada por *Convention on the Settlement of Matters Arising out of the War and the Occupation*, Berlín, 1952, así como ante el Tribunal arbitral austro-alemán (1957), pero en este caso el derecho a plantear la controversia estaba sujeto a un procedimiento previo ante una comisión de conciliación, y luego ante un tribunal doméstico. Igualmente de forma limitada los particulares tuvieron acceso a la *Mixed Commission on German External Debts*, creada en 1953: sólo si su gobierno consideraba que la cuestión era de “importancia general” para la interpretación del acuerdo¹³⁸.

A la hora de valorar los TAM existen dos perspectivas posibles. En la primera los TAM – y el sistema que protagonizan – son vistos en el contexto en que se crea y ejercieron su función. Aparece así en primer plano la idea de jurisdicción unilateral basada en la desconfianza: en una presunción irrefutable, y por tanto difícilmente justificada, de parcialidad y mal hacer por parte de los tribunales de Derecho común alemanes. La percepción, a día de hoy, es instantáneamente negativa. Y por supuesto cabe añadir elementos procesales y de fondo que insisten en esa línea. Los procesales: sobre la estructura y la gestión del sistema, se presentó demasiado complejo para los particulares, que tuvieron dificultades para descifrarlo tanto desde el punto de vista de los derechos conferidos como de las condiciones para ejercitarlos. El procedimiento también resultó sorprendente, no sólo porque los reglamentos de los TAM se desviaban de las reglas o prácticas procesales nacionales, sino porque además eran diferentes entre ellos. Finalmente, en descrédito de los TAM están las reglas del proceso a través de las cuales se creó un déficit estructural en detrimento del demandado alemán.

¹³⁷ E. Zitelmann, *loc. cit.*, p. 324–325; H. Isay, *Die privaten Rechte...*, *op. cit.*, p. 427.

¹³⁸ K. Parlett, *The Individual in the International Legal System*, CUP, 2011, pp. 97–98.

En cuanto al fondo: los TAM no contribuyeron a un DIPr uniforme. En esta materia – pero en realidad fue una característica general– resolvieron caso por caso, y no a través de decisiones de principio; no estaban vinculados por sus decisiones previas o por las de otros (aunque sí se identifican citas cruzadas, así como de las propias decisiones previas), y por tanto no sorprende que no crearan un verdadero cuerpo de jurisprudencia. Se conoce algún intento de unificación de la jurisprudencia – así, de las cuatro secciones del TAM franco–alemán, por la vía de crear un colegio con los cuatro presidentes, más un árbitro de cada Estado–, pero no llegó a cuajar¹³⁹. También en ese sentido la experiencia pudo haber sido mejor.

La segunda visión de los TAM es la que se realiza desde la perspectiva del tiempo y de la historia. Desde ella, casi cien años después del experimento de los tribunales arbitrales mixtos es posible una mirada más amable. Los TAM, y el Tratado de Versalles, están ahí para recordarnos ante todo de dónde venimos. Y desde un espacio europeo de justicia y de cooperación en construcción merece la pena verlos y explorarlos – y esto es una invitación a tal estudio– desde la óptica a la que invitan las palabras, quizá demasiado entusiastas, de P. Calamandrei a propósito de sus reglamentos, “*nei quali si è cercato di conciliare e di comporre ad unita concezioni giudiziare spesso, per tradizioni secolari, tra loro lontanissime*”, de forma que constituyen “*nella storia il primo tentativo di un processo comune a tutti gli Stati d’Europa*”¹⁴⁰.

Bibliografía

- Audinet, E.: “Un project de Code de Droit International Privé”, *Rev. dr. int. pr.*, 1927, pp. 1–1.7
- Baruch, B.B.: *The Making of the Reparation and Economic Sections of the Treaty*, New York and London, Harper & Brothers Publishers, 1920.
- Blühndorn, R.: “Die Prozessführung vor den Gemischten Schiedsgerichten in der Praxis”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1930, pp. 488–505.
- Blühndorn, R.: “Le fonctionnement et la jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes créés par les traités de Paris”, *Récueil des Cours de l’Académie de La Haye*, vol. 41 (1932).
- Burchard, A.: “The Mixed Claims Commission and German Property in the United States of America”, *Am. J. Int’l L.*, 1927, pp. 472–480.

¹³⁹ W. Schätzel, *Das deutsch–französische Gemischte Schiedsgericht, seine Geschichte, Rechtsprechung und Ergebnisse*, Berlin, 1930, p. 16.

¹⁴⁰ P. Calamandrei, p. 295.

- Calamandrei, P.: "Il Tribunale Arbitrale Mixto Italo-Germanico e il suo Regolamento Processuale", *Riv. dir. comm.*, vol. 20, 1922.
- Carlander, T.: "Esquisse d'une Jurisdiction Internationale de Droit Privé", *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, 1931, pp. 49–60.
- Cock, H. de: "Effets et exécution des jugements étrangers", *Récueil des Cours de l'Académie de La Haye*, vol. 10, 1925, pp. 431–536.
- Comments by the German Delegation on the conditions of peace*: New York, American Association for International Conciliation [1919].
- Delivanis, D.J. : "Les conséquences des stipulations financières et économiques du Traité de Versailles dans les Balkans", texto del Informe presentado al Congreso de la Asociación Europea de Historia Contemporánea, Ginebra, 28 septiembre 1979, <http://search.proquest.com/openview/90784bc2708a028c84d1bde3b0dd1bb6/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1817659>.
- Geier, G.: *Das internale Privatrecht der Gemischten Schiedsgerichte des Versailles Vertrag*, Murnau, Buchdruckerei Jos. Fürst, 1930.
- Gidel, G. y Barrault, H.E.: *Le Traité de Paix avec l'Allemagne du 28 Juin 1919 et les Intérêts Privés. Commentaries des Dispositions de la Partie X du Traité de Versailles*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1921.
- Goldschmidt, S. y Zander, K. : *Die Rechte Privater im deutschen Friedensvertrage: unter besonderer Berücksichtigung der handelsrechtlichen Bestimmungen*, Berlin, Verlag von Reimar Hobbing, 1920.
- Grau, R.: "Versailler Frieden (Privatrecht. Bestimmungen)", en K. Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts*, vol. III, pp. 48–71.
- Gutzwiler, M.: "Das Internationalprivatrecht der durch die Friedensverträge eingesetzten Gemischten Schiedsgerichtshöfe", *Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtbarkeit*, 1931/3, pp. 123–152.
- Hallier, H.J.: *Völkerrechtliche Schiedsinstanzen für Einzelpersonen und ihr Verhältnis zur innerstaatlichen Gerichtsbarkeit*, Carl Heymanns Verlag KG, 1962.
- Isay, H.: *Die privaten Rechte und Interessen im Friedensvertrag*, Berlin, 1923.
- Isay, H.: "Die Zuständigkeit der Gemischten Schiedsgerichte", *Juristische Wochenschrift*, 1924, pp. 596–597.
- Mendelssohn-Bartholdy, A.: "Die Vorkriegsverträge und das international Privatrecht", *Juristische Wochenschrift*, 1921, pp. 133–135.
- Mowitz, A.: "The Execution of Foreign Judgments in Germany", *University of Pennsylvania Law Review*, 1933, pp. 795–805.
- Niboyet, J.P.: "Les tribunaux arbitraux mixtes organisés en exécution des traités de paix", *Bulletin de l'Institut Intermédiaire International*, 1922, pp. 215–241.
- Niboyet J.P.: "Quelques considérations sur la justice et le droit international privé", *Mélanges A. Pillet*, Paris, 1929, pp. 153–177.
- Parlett, K.: *The Individual in the International Legal System*, CUP, 2011, pp. 97–98.
- Récueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes Institués par les Traités de Paix*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1922 (vol. 1) a 1930 (vols. 9 y 10).
- Reply of the Allied and Associated Powers to the Observations of the German Delegation on the Conditions of Peace*, Londres, Her Majesty Stationery Office, 1919.
- Schätzel, W.: "Die Gemischten Schiedsgerichte der Friedensverträge", *Jahrbuch für Öffentliches Recht*, 1930/18, pp. 378–455.

- Schätzel, W.: *Das deutsch-französische Gemischte Schiedsgericht, seine Geschichte, Rechtsprechung und Ergebnisse*, Berlin, 1930.
- Schauer, R.: "Zur Frage der Anwendung des internationalen Privatrechts durch die Ausgleichsämter und die gemischten Schiedsgerichtshöfe", *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1920, pp. 425–428.
- Schmitz, E. y Schmid, K.: "Zur Dogmatik der Sektion V des Teiles X des Versailles Vertrag", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1931, pp. 17–85.
- Schuster, E.J.: "The Peace Treaty in its Effects on Private Property", *Brit. T.B. Int'l L.*, vol. 1, 1920–1921, pp. 167–189.
- Sperl, H.: "La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers", *Récueil des Cours de l'Académie de La Haye*, vol. 36, 1931.
- Tardieu, A.: *La Paix*, Paris, Payot & Cie, 1920.
- The Treaty of Versailles and After. Annotations of the Text of the Treaty*, United States Government Printing Office, Washington, 1947.
- Valéry, J.: "The World War and its Effect on Future Private International Law", *Harv. L. R.*, 1917–18, pp. 980–1010, 1064–1088.
- Witenberg, J.C.: *Étude sur la compétence des Tribunaux Arbitraux Mixtes institués en vertu de l'article 304 B alinéa 1 du Traité de Versailles*, Siréy, 1925.
- Wolff, E.: *Privatrechtliche Beziehungen zwischen früheren Feinden nach dem F.V.*, Berlin, Vahlen, 1921.
- Zitelmann, E.: "Zwischenstaatliche Gerichtsbarkeit und die Gemischten Schiedsgerichtshöfe des Versailler Vertrags", *Niemeyer's Zeitschrift für internationales Recht*, 1923, pp. 303–329.

Recibido: 5 junio 2017
Aceptado: 15 julio 2017

LA TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD EN GARANTÍA O FIDUCIA *CUM CREDITORE* EN EL COMERCIO INTERNACIONAL: SU VALIDEZ Y EFICACIA EN ESPAÑA

Rocío CARO GÁNDARA *

SUMARIO: I. Introducción: crisis económica y afianzamiento del crédito. II. El necesario recurso a la historia: surgimiento y evolución de la fiducia en Derecho romano y español. III. La fiducia *cum creditore* en Derecho privado español actual: 1. Introducción. 2. Admisibilidad y efectos de la fiducia *cum creditore* en la teoría general del Derecho civil español. 3. La transmisión de la propiedad como garantía financiera del RD Ley 5/2005, de 11 de marzo. IV. La fiducia *cum creditore* en Derecho francés y alemán: 1. Justificación de la elección de los ordenamientos jurídicos francés y alemán. 2. La *fiducie-sûreté*. 3. La *Sicherungsübereignung*. V. Los textos internacionales precursores de la circulación internacional de las garantías reales. VI. Validez y eficacia en España de la *fiducie-sûreté* y de la *Sicherungsübereignung*. 1. Introducción. 2. Problemas derivados de la teoría del título y el modo: A) Problemas derivados del principio de causalidad y de la relación de accesoriedad entre contrato principal y contrato de garantía; B) Problemas derivados del principio de tipicidad de los derechos reales; C) Problemas derivados de la prohibición del pacto comisorio y de la usura. 3. Problemas de eficacia en España de la *fiducie-sûreté* y de la *Sicherungsübereignung*: A) Introducción; B) Problemas relativos a su eficacia *inter partes*; C) Problemas relativos a su oponibilidad a terceros y en el concurso; D) Problemas relativos a su publicidad. VII. Conclusiones.

RESUMEN: Las crisis económicas de las últimas décadas han cuestionado los consolidados sistemas de garantías reales, especialmente el español, haciendo surgir la necesidad de buscar garantías más seguras, económicas y fáciles de ejecutar. Si bien esto se ha conseguido en nuestro país en el sector de las garantías financieras, constituye una excepción que contrasta con la penosa situación en la que se encuentra actualmente la venta en garantía en España y el efecto pernicioso que produce en la eficacia que las fiducias constituidas regularmente conforme a ordenamientos jurídicos vecinos como el francés y el ale-

* Profesora titular de Derecho internacional privado. Universidad de Málaga. Trabajo realizado en el seno del Proyecto de investigación I+D+I del MINECO, DER2016-77053-P (AEI/FEDER,UE), denominado “Reserva de dominio y transmisión de propiedad en garantía: eficacia nacional y transnacional” (ReDoG), del que la autora es IP, junto con el Dr. B. Rodríguez-Rosado Martínez-Echeverría, a quien agradece las valiosas observaciones que, como civilista y comparatista, ha realizado a este trabajo.

mán, en los que se ha consolidado legal o jurisprudencialmente. Por ello se propone una reforma de alcance general de nuestro Derecho interno, que tipifique la transmisión de propiedad como garantía real, lo que facilitaría la eficacia también de las extranjeras. Para asegurar dicha eficacia –y más allá de posibles propuestas de corrección de la conexión *lex rei sitae*–, parece más que aconsejable la creación de un registro internacional –o al menos europeo– de garantías que, siguiendo los modelos sectoriales ya existentes, concilie seguridad jurídica y seguridad del tráfico nacional e internacional.

PALABRAS CLAVE: GARANTÍAS REALES, TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD EN GARANTÍA, FIDUCIA, FIDUCIE–SÛRETÉ, SICHERUNGSÜBEREIGNUNG, RECONOCIMIENTO.

ABSTRACT: *Security Transfer of Ownership in International Trade: Validity and Effectiveness in Spanish Law*

*The economic crises of the last decades have questioned the consolidated systems of security rights, especially the Spanish ones, giving rise to the need to look for safer, cheaper and easier security rights. Although this has been achieved in Spain in the area of financial security rights, this is an exception that contrasts with the current situation of the security transfer of ownership in Spain and the detrimental effect it has on the effectiveness of security transfer of ownership regularly constituted in accordance with neighboring legal systems such as French and German, in which has been legally or by case law consolidated. That is why it is proposed a reform of the general scope of our domestic Law, which would classify the transfer of ownership as a security right, which would facilitate the effectiveness of foreigners as well. In order to ensure such effectiveness – and beyond possible proposals to correct the *lex rei sitae* connection –, it seems more than advisable to create an international – or at least European – register of security rights that, following existing sectorial models, reconciles legal security and national and international traffic security.*

KEYWORDS: SECURITY RIGHTS – SECURITY TRANSFER OF OWNERSHIP – FIDUCIA – FIDUCIE–SÛRETÉ, SICHERUNGSÜBEREIGNUNG – RECOGNITION.

I. Introducción: crisis económica y afianzamiento del crédito

1. Sin garantía no hay crédito y sin crédito no hay reactivación necesaria para remontar la crisis económica mundial vivida en la última década. Este ha sido un argumento al que se ha venido recurriendo recientemente en los últimos años para poner de manifiesto la necesidad de reforzar los sistemas crediticios a través de garantías que aumenten la confianza de los acreedores. Pero no todas las garantías, tampoco las reales, son igualmente eficaces para alcanzar este objetivo. No hay más que echar una mirada por un momento a las causas de la crisis, especialmente en España. El excesivo protagonismo del sector inmobiliario en nuestra economía permitió la concesión irresponsable de préstamos con garantía hipotecaria por parte de las entidades crediticias durante las décadas previas, hasta el estallido de la archiconocida burbuja inmobiliaria; cuando, debido al elevado precio de los inmuebles, los bancos concedían créditos hipotecarios con prolongados plazos de

amortización, confiando en la garantía hipotecaria y en la buena marcha de la economía, sin realizar una previa valoración de los riesgos¹.

La subsiguiente reestructuración del sistema financiero, avalada por la necesidad de volver a poner en funcionamiento el mercado crediticio que produzca una reactivación de la solvencia empresarial y, por ende, de la economía real, más allá del ladrillo, ha hecho girar la veleta de las garantías hacia otras figuras basadas en objetos productivos y valores mobiliarios². Entre ellas no se encuentra la hipoteca, por las razones ya apuntadas, pero tampoco la prenda, garantía mobiliaria por excelencia, por no resultar muy operativa desde el punto de vista económico: en su forma clásica, porque implica la desposesión del deudor del bien sobre el que recae, con la pérdida económica que ello supone no sólo para él –al salir el bien de su proceso productivo–, sino también para el acreedor –por los costes de almacenamiento que la operación le irroga– y, por ende, para la economía en general; y en sus formas más modernas (hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión), por la rigidez de los requisitos formales de constitución –la ley sólo la permite respecto de bienes perfectamente identificables–, de publicidad y de realización del valor, que limitan mucho su aplicabilidad³; así como por la ineficacia de estas garantías en caso de insolvencia del deudor, frente a los privilegios (Hacienda, Seguridad Social, salariales...) y a los actuales principios del Derecho concursal, especialmente el de conservación de la empresa en crisis⁴.

2. Frente a ellas han adquirido protagonismo –por considerarse formas más eficaces para asegurar el cobro de los créditos–, “nuevas” o viejas pero olvidadas –por sus inconvenientes– formas de garantía basadas en la propiedad⁵; en ellas el dominio actúa como garantía del crédito, bien reservándolo el vendedor bien transmitiéndolo el deudor: en el primer caso se trata de la reserva de dominio y en

¹ Uno de los innumerables análisis del fenómeno, con las correspondientes referencias bibliográficas de expertos en la materia, puede encontrarse en R. Caro Gándara, “La protección del consumidor en el funcionamiento de los registros de morosos: un análisis del Derecho español a la luz del Derecho europeo”, en F. Esteban de la Rosa (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 959–1011; esp. pp. 959–962.

² Vid., en este sentido, J.M. Miquel González, *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, “Introducción”, Madrid, La Ley, 2013, pp. 13 ss.

³ Vid. los arts. 12, 54, 55 y 56 de la Ley de 16 diciembre 1954, de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

⁴ Vid., en este sentido, N. Bouza Vidal, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1991, p. 39.

⁵ En realidad, eran las formas más antiguas de garantías reales, que surgieron cuando el Derecho no era capaz de distinguir entre la propiedad y otros derechos limitados sobre los bienes, como señala I. Arana de la Fuente, “Sobre la propiedad en función de garantía”, en L. Díez Picazo (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2014, pp. 309–352, esp. p. 311, nota 6.

el segundo de la transmisión de propiedad en garantía al acreedor. Su eficacia derivaría del hecho de que el bien sobre el que recaen, en principio, no debería quedar sujeto a la eventual ejecución por parte de otros acreedores, ni en procedimientos individuales ni en colectivos, al no pertenecer al patrimonio del deudor. Aunque articuladas mediante fórmulas diversas y con distintos efectos, alguna de ellas o ambas, según los casos, son conocidas en sistemas jurídicos de países vecinos, con los que mantenemos estrechas relaciones comerciales, como el inglés, el francés, el alemán, o el italiano; países que no perdieron o han vuelto a rescatar –legislativa o jurisprudencialmente– estas formas de garantía basadas en la propiedad, convencidos de su enorme eficacia para responder a las necesidades del mercado crediticio, reactivar sus economías y hacerlas más competitivas. En el caso de España la reserva de dominio está regulada expresamente en una Ley especial⁶, pero no en el Código civil; sin embargo los problemas técnicos y de coordinación con otras normas que presenta se ven superados con creces por los de la venta en garantía, que giran en torno a su validez y eficacia, derivados de su falta de regulación en Derecho civil común –con la excepción de alguna norma de Derecho foral y de una norma del sector financiero– y del incoherente tratamiento que viene recibido por parte de la jurisprudencia de nuestro TS.

3. A las dificultades que tales figuras de por sí presentan en un mismo sistema jurídico, derivadas del conjunto de intereses afectados y su correlativa vinculación con normas de otros diversos sectores, como el Derecho de los consumidores, las insolvencias o las actividades financieras, se añade su diversa configuración en los distintos ordenamientos jurídicos –desde su diferente formulación, hasta su desconocimiento o posible prohibición–, lo que plantea problemas de reconocimiento de su validez y eficacia transfronterizos. Por ello, desde hace ya décadas, instancias supranacionales de carácter internacional y regional, como, la CENUDMI, el UNIDROIT, así como la UE, incluso determinados entornos académicos que tienen como objetivo la unificación del Derecho privado europeo (Propuesta de Marco Común de Referencia –DCFR–), han pretendido armonizar o unificar la regulación de estas y otras garantías reales con objeto de facilitar su circulación internacional, mediante distintos tipos de normas⁷. Sin embargo, sus logros son aún escasos y limitados, bien porque las propuestas no han visto la luz⁸, bien porque los textos que sí lo han hecho no afectan a todas las garantías ni a todos los bienes

⁶ Ley 28/1988, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

⁷ Para un estudio de los primeros intentos *vid.* N. Bouza Vidal, *Las garantías...*, *op. cit.*, pp. 79–99.

⁸ Es el caso del Proyecto de Convenio sobre efectos extraterritoriales de las garantías mobiliarias sin desplazamiento, elaborado por la Federación Bancaria de la CEE, de 1979 y de la Propuesta de Directiva de la Comisión de la CE sobre reconocimiento de las garantías mobiliarias sin desplazamiento y de la reserva de dominio en la venta a plazos de bienes muebles de 1973.

y constituyen normas de *soft law*⁹, bien porque sólo contienen referencia a algunas de ellas¹⁰, bien, en fin, porque, a pesar de sus logros, sólo afectan a sectores económicos muy específicos¹¹.

4. La complejidad de la cuestión es de tal magnitud que con este trabajo no pretendemos más que realizar una aproximación a los problemas de validez y eficacia que plantea una de estas figuras: la venta en garantía. Hemos elegido esta precisamente no solo porque no está regulada nuestro ordenamiento jurídico, — con las excepciones del Derecho foral navarro y de una norma sectorial—, sino porque, aunque no es desconocida, ya en su fórmula simple es la que tradicionalmente ha planteado mayores problemas de admisibilidad y eficacia —sin que sea ahora oportuno detenernos siquiera en sus fórmulas complejas, ampliadas o extendidas—. Para plantear e intentar resolver tales problemas nos hemos acercado a la configuración que presenta en dos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno: el Derecho francés y el Derecho alemán. La elección no ha sido producto del azar, sino que responde al hecho de que ambos comparten tronco común con el Derecho español, sin embargo, presentan rasgos muy diferentes entre sí y con este, por lo que a la materia respecta. Esta circunstancia resulta relevante no sólo porque nos permitirá distinguir los diferentes problemas que plantea actualmente el reconocimiento en España de las figuras constituidas conforme a cada uno de ellos, sino también porque constituyen dos distintos paradigmas, de cara a una eventual reforma del nuestro Derecho material, en el seno de los trabajos de actualización de nuestro Código civil que se llevan a cabo en la Sección Civil de la Comisión General de Codificación. Estamos convencidos de que la introducción en nuestro Derecho común de una regulación de alcance general de la misma contribuiría a la seguridad jurídica, facilitaría su circulación internacional y, por tanto, daría confianza a los operadores económicos y coadyuvaría a la reactivación de nuestra economía. Como elegir supone excluir, ya desde esta presentación se intuyen muchas ausencias... cuestiones que quedarán abiertas y pendientes de futuros abordajes.

5. Antes de adentrarnos en sus perfiles históricos, que consideramos imprescindibles para una correcta comprensión de su configuración actual en los sistemas jurídicos español, francés y alemán, resulta necesaria una precisión terminológica. Para referirnos a la transmisión de propiedad en garantía, como negocio jurídico de naturaleza fiduciaria basado en la propiedad, utilizaremos en muchas ocasiones

⁹ Vid. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas y suplemento relativo a las garantías reales sobre propiedad intelectual; o la propuesta académica del Libro IX de DCF.

¹⁰ La Directiva 2011/7/UE, de 16 febrero 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, se refiere expresamente a la reserva de dominio, en su art. 9, pero nada dice de la venta en garantía.

¹¹ El Convenio de Ciudad del Cabo de 2001, que tendremos ocasión de analizar *infra*, tan solo abarca garantías constituidas sobre material aeronáutico, ferroviario y espacial.

el término fiducia (*cum creditore*) por ser la figura originaria de la que surgieron, con sus diversos perfiles, la venta en garantía española, la *fiducie-sûreté* francesa y la *Sicherungsübereignung* alemana, y a la vez porque sigue definiendo a cada una de ellas.

II. El necesario recurso a la historia: surgimiento y evolución de la fiducia en Derecho romano y español

6. En Derecho romano la fiducia se ha configurado como “un contrato formal por el que un propietario confía la propiedad de una *res mancipati* a alguien, llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en determinado momento aquella propiedad al fiduciante o a otra persona designada por éste. Para exigir tal restitución, el fiduciante dispone de una acción civil que sirvió de modelo a las acciones de buena fe: la *actio fiduciae*”¹², correspondiendo al fiduciario la *actio fiduciae contraria*. La propiedad se transmitía mediante un negocio a través del cual el fiduciario se obligaba a retransmitir el dominio al fiduciante. Es precisamente esa confianza del fiduciante en recobrar la propiedad la que explicaba el negocio, si bien no se elevó a la categoría de causa, pues se trataba de un negocio abstracto y formal¹³.

Con carácter general y siguiendo la distinción realizada por Gayo, se sostiene que el Derecho romano distinguía dos tipos de fiducia en atención a su función: la fiducia *cum amico* y la fiducia *cum creditore*¹⁴. La primera se utilizaba con fines de depósito, custodia, administración o comodato, mientras que la segunda, la que aquí interesa, cumplía la función de garantizar un crédito que el fiduciario tenía contra el fiduciante. Era precisamente el pacto que acompañaba al negocio (*pactum fiduciae*) el que determinaba las condiciones de la devolución del bien del fiduciario al fiduciante y, por tanto, permitía distinguirlas; así, en la fiducia *cum creditore* el *pactum fiduciae* condicionaba la obligación de retransmitir el bien a la devolución de la deuda garantizada¹⁵.

¹² Cf. A. D’Ors Pérez-Peix, *Derecho privado romano*, Pamplona, Aranzadi, 1997, § 464.

¹³ C. Fuenteseca, *El negocio fiduciario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 49.

¹⁴ Aunque también se conocía el efecto del *pactum fiduciae* en muchas instituciones del Derecho de familia; *vid.*, en este sentido, F. Bertoldi, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, Mucchi, 2012, pp. 12–14 y 109–131.

¹⁵ En cualquier caso la doctrina no es pacífica, pues algún autor entiende que mediante la fiducia no se producía traspaso de la propiedad del fiduciante al fiduciario sino tan sólo de la cosa, que quedaba bajo la potestad del fiduciario, pero sin adquirir la propiedad de Derecho civil, sino el ejercicio fiduciario de la función dominical con una finalidad concreta, en base al *pactum fiduciae* o pacto de confianza; Cf. P. Fuenteseca Díaz, “Líneas generales de la fiducia *cum creditore*, en Derecho romano de obligaciones”, en F.J. Paricio Serrano (coord.), *Derecho romano de obligaciones: Homenaje al profesor José Luis Murga*

7. Acompañada —como la prenda— del pacto de *lex commissoria*, en caso de incumplimiento del deudor de la deuda garantizada, aquél otorgaba al fiduciario la posibilidad de elegir, en el momento del vencimiento de la deuda, entre la reclamación de la misma —con la consiguiente renuncia a la garantía—, o la adquisición inmediata y solemne de la propiedad de la cosa fiduciada, liberando en este segundo caso al deudor de cualquier responsabilidad frente al acreedor. Dicha opción suponía, a su vez, que la transmisión del riesgo en caso de perecimiento de la cosa antes del vencimiento, no se producía, pues al acreedor siempre le quedaba la posibilidad de reclamar el crédito. De esta forma, la fiducia *cum creditore* constituyó una garantía de enorme eficacia como modo de superación del primitivo régimen de garantía personal de Derecho romano arcaico¹⁶.

Sin embargo, como la cosa fiduciada podía tener un valor distinto al de la deuda garantizada, el negocio podía llegar a resultar demasiado gravoso, bien para el fiduciante bien para el fiduciario, dependiendo, respectivamente, de que la cosa fiduciada tuviera un valor superior o inferior al del crédito garantizado. Para paliar estos desequilibrios a la fiducia se añadió otro pacto: el pacto *de vendendo* o *ius vendendi*, mediante el que se autorizaba al acreedor, llegado el vencimiento, a vender la cosa fiduciada para obtener el valor de su crédito y devolver el *superfluum*, o reclamar al deudor el resto, si con la venta no se conseguía obtener todo el valor de la deuda, denominado, igualmente, *superfluum*. En este caso, y a diferencia de lo que ocurría con el pacto comisorio, seguía vigente la obligación de restituir la cosa fiduciada en el supuesto de que el deudor pagara la deuda incluso una vez vencida la misma. En defecto de ambos pactos, al fiduciario tan sólo le quedaba la posibilidad de retener la posesión de la cosa pues, debido al carácter fiduciario del negocio, estaba sometido a una eventual acción de reclamación de la misma (*actio fiduciae*)¹⁷.

8. En virtud de la *actio fiduciae* (y de la *actio fiduciae contraria*), la más antigua de las acciones *bonae fidei*, ambas partes, fiduciante y fiduciario, podían reclamarse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones respectivas. En virtud de la primera, el fiduciante podía reclamar la devolución de la cosa dada en garantía una vez satisfecha la deuda, o bien el *superfluum* de la venta de la cosa, en caso de haber obtenido el fiduciario un precio superior a la deuda garantizada, o simplemente porque la venta no hubiera sido conforme a la buena fe. También

Gener, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 393; sobre la polémica *vid.*, M. C. Gómez Buendía, “La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución”, en S. Nasarre y M. Garrido Melero, *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 177–171, esp. pp. 165–167.

¹⁶ *Vid.* A. Burdese, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Turín, Giappichelli, 1949, p. 18.

¹⁷ *Ibid.* p. 72.

podía ejercitarla si el fiduciario hubiera enajenado la cosa antes del vencimiento de la deuda, en el caso de existir bien pacto comisorio bien pacto *de vendendo*; debido al carácter personal de la acción no se podía instar contra terceros. La segunda permitía al fiduciario reclamar el reembolso de los gastos o la responsabilidad por los daños ocasionados por la cosa fiduciada, o bien el *superfluum*, entendido aquí como cantidad de la deuda que no había quedado cubierta por el precio de venta de la misma¹⁸.

9. La fiducia fue perdiendo relevancia en Roma a medida que las relaciones jurídicas fueron adaptándose a las necesidades del tráfico. Tuvo que competir con la prenda, el depósito y el comodato, otros contratos que comenzaron a cumplir una función similar; además el formalismo de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, elementos básicos de la transmisión fiduciaria, resultaba poco adecuado para dar respuesta a dichas necesidades y dieron paso a la *traditio*, que constituyó el modo causal y no formal de transmisión de propiedad, que, sin embargo, no fue utilizado para constituir la fiducia, pues la de la fiducia no constituía *iusta causa traditio-nis*¹⁹. En efecto, la *mancipatio* y la *in iure cessio* se acompañaban de un pacto que tenía por objeto impedir el efecto típico de las mismas, la transmisión firme e irrevocable de la propiedad. Esas parecen ser las razones de que la *fiducia* no se incluyera en la clasificación de los contratos de Gayo, ni en la contenida en el *Corpus Iuris Civilis* justiniano, donde quedó mencionada pero fuera de los contratos²⁰; pues si el fin de la garantía podía alcanzarse mediante otro contrato que no implicara transmisión de la propiedad –*pignus* a través del ejercicio del *ius vendendi*–, ya no tenía sentido mantenerla²¹.

10. Ya en la época del Bajo Imperio y por influencia del cristianismo, en el año 326, el emperador Constantino prohibió el pacto de *lex commissoria* en la prenda, que permitía al acreedor adquirir la propiedad de la cosa entregada en garantía en caso de incumplimiento de la deuda, y ello por la misma razón que se prohibió el cobro de intereses (*usurae*) en el préstamo, es decir, por ser considerados contrarios a la justicia; ya que, en el caso del pacto comisorio, el deudor podría perder

¹⁸ Vid. A. Burdese, pp. 57–58; *El negocio...*, op. cit., pp. 26–28; M. C. Gómez Buendía, “La fiducia...”, loc. cit., pp. 167–168; P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni (Corso di diritto romano)*, vol. 2, *Le garanzie reali*, Padua, Cedam, 1963, pp. 45–57.

¹⁹ Sobre esta cuestión volveremos *infra*.

²⁰ Vid. P. Frezza, *Le garanzie...*, op. cit., pp. 5–9.

²¹ Vid. C. Fuenteseca, *El negocio...*, op. cit., pp. 21 y 40–45, donde explica cómo los compiladores del Digesto interpolaron los textos de los juristas romanos clásicos, sustituyendo el término *fiducia* por el de *pignus*; igualmente M.C. Gómez Buendía, “La fiducia...” loc. cit., p. 160; B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 21–23; F. Bertoldi, *Il negozio...*, op. cit., pp. 14–15.

de esta manera la propiedad de un bien entregado en garantía de una deuda, de un valor que podría ser muy superior a la misma²².

Correlativamente, en la Compilación Justiniana se introdujo un pacto con función de garantía que condicionaba suspensivamente la venta y que se denominó “pacto marciano”, en honor al apellido del autor del texto, posteriormente completado por los compiladores justinianos. En virtud de este pacto, en caso de que la deuda no fuera satisfecha llegado su vencimiento, el acreedor podía comprar la cosa entregada en prenda, descontándose del precio de la compra la cantidad adeudada, por lo que desaparecía el riesgo de que el acuerdo pudiera ser considerado usurario. A diferencia del pacto comisorio, con el pacto marciano, el acreedor no tenía la facultad de optar entre exigir el pago de la deuda, una vez vencida, o apropiarse definitivamente de la garantía; ni siquiera era un acreedor, porque carecía de acción de reclamación del crédito²³, tenía la exclusiva condición de comprador en una venta suspensivamente condicionada; de forma que, una vez cumplida la condición (impago), se perfeccionaba la venta, sin que él pudiera hacer otra cosa que exigir la entrega del bien vendido²⁴. Por tanto, mientras que el pacto marciano tenía efectos suspensivos, el pacto comisorio tenía efectos resolutorios (era un pacto resolutorio suspensivamente condicionado al pago). Es decir, mientras que en la venta en garantía la obligación de transmitir la propiedad no surgía hasta que se produjera el impago de la deuda, en la compraventa con pacto comisorio, la propiedad se transmitía, si bien existía un pacto resolutorio suspensivamente condicionado²⁵. Esta diferencia resultaba crucial, pues mientras el comprador bajo condición suspensiva no puede usucapirla ni apropiarse de los frutos, ni soporta el riesgo de la cosa comprada, todo lo contrario le ocurre al comprador bajo condición resolutoria²⁶.

11. Además de la venta suspensivamente condicionada con fin de garantía, más adecuada a la finalidad de aseguramiento, en Derecho romano existían otro acuerdo de parecida eficacia, pero con estructura diferente: la compraventa con *pactum de retrovendendo*. A diferencia de aquella, la venta se perfeccionaba sin que el pacto suspendiera la transmisión; aunque el efecto era el mismo –otorgaba al vendedor el derecho a recuperar la cosa una vez pagado el precio–, a este último el Derecho romano clásico le concedió la forma de lo que hoy pudiera llamarse condición resolutoria. En cualquier caso, ninguno de ellos suponía incumplimiento de la prohibición del pacto comisorio, pues la venta no garantizaba

²² *Ibid.* p. 24.

²³ *Vid.* A. Burdese, *Lex commissoria...*, *op. cit.*, p. 124.

²⁴ *Vid.* B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia...*, *op. cit.*, pp. 25–27.

²⁵ *Ibid.*, p. 28.

²⁶ *Vid.* A. Biscardi, “La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali”, en AA.VV., *Studi in honore di Emilio Betti*, vol. II, *Storia del diritto e diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1962, p. 578.

ningún derecho de crédito: el comprador era sólo comprador y no acreedor facultado para elegir entre reclamar el crédito o apropiarse de la garantía. Sólo el vendedor estaba facultado para devolver el precio cobrado y resolver la compraventa²⁷. Estas diferencias resultan fundamentales en la actualidad para distinguir la venta en garantía de otras compraventas con finalidad crediticia pero sin naturaleza fiduciaria²⁸.

12. Desaparecida la fiducia y siendo el *pignus* la garantía real por excelencia, durante el período visigodo, se prohibió expresamente en el Breviario de Alarico la venta, entre deudor y acreedor, del bien pignorado; sin embargo, en el *Liber Iudiciorum* la venta a terceros en caso de impago, por el precio fijado de manera objetiva por terceros con intervención de autoridad judicial y con obligación de devolver el *superfluum*, se convirtió en elemento esencial del contrato de prenda²⁹. Más tarde, en la alta EM, se volvió a permitir la venta por el deudor al acreedor pignoraticio, así como la venta en garantía, en ambos casos mediante el sistema de determinación objetiva del precio, lo que obligaba a pagar o a devolver –dependiendo de la parte a la que correspondiera– el *reliquum*³⁰.

13. Las Partidas recogieron la tradición romana y la visigoda, con mayor influencia de la primera, por lo que permitieron la venta de la prenda en subasta pública, pero sin intervención judicial; también prohibieron el pacto comisorio en la prenda, pero admitieron el pacto marciano, que permitía al acreedor apropiarse de la cosa pignorada, por justiprecio estimado objetivamente por terceros peritos. A partir de entonces se consideró un auténtico procedimiento de ejecución de garantías que no vulneraba las prohibiciones de pacto comisorio ni de ejecución privada. La regulación se mantuvo prácticamente idéntica en los proyectos de Código civil de 1836 y de 1851, salvo que en este último se volvió a exigir, como en el Derecho visigodo, que la venta tuviera lugar en un procedimiento judicial³¹.

La exigencia de subasta judicial se mantuvo en el anteproyecto de Código civil, redactado entre los años 1882 y 1888, que presentaba como novedad la admisión del pacto comisorio si se pactaba expresamente; pero fue finalmente prohibido en el texto definitivo del Código civil de 1889, para la prenda, la hipoteca (art. 1859) y la anticresis (art. 1884). Sin embargo, permitió la venta de

²⁷ B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia...*, op. cit., p. 32.

²⁸ *Ibid.*, pp. 147–179.

²⁹ Vid. A. Iglesia Ferreirós, *Las garantías reales en el Derecho histórico español*, vol. I, *La prenda contractual: desde sus orígenes hasta su recepción en el Derecho común*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1977, pp. 81–101.

³⁰ Vid. R. Fernández Espinar, “La compraventa en el Derecho medieval español”, *AHDE*, t. XXV, 1955, pp. 293–419.

³¹ Vid. B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia...*, op. cit., pp. 39–43.

la cosa pignorada en subasta pública con intervención de tercero, pero, si celebrada dos subastas la cosa no se hubiera vendido, el acreedor podía apropiarse de la misma, estando obligado a dar carta de pago al deudor por la totalidad de su crédito (art. 1872)³².

14. Las Partidas igualmente recogieron el pacto de retroventa o la compraventa con pacto de retro, también conocido posteriormente como venta a carta de gracia o retracto convencional, término este último con el que cristaliza en el Código civil. Este negocio despertó una enorme desconfianza en la doctrina española de las décadas previas a su inclusión definitiva, y ello por la falta de proporcionalidad, en muchos casos, entre el valor de la cosa –normalmente muy superior– y el precio establecido. Dicho recelo estaba justificado por la histórica persecución de la usura³³, a la que quedaban vinculadas, de uno u otro modo, la prohibición del pacto comisorio en las garantías, la corrección del pacto marciano –con la intervención de peritos que determinaran el precio–, y la desaparición de toda referencia a la venta en garantía suspensivamente condicionada³⁴. A pesar de los recelos, y como ya se ha adelantado, el Código civil recogió la compraventa con pacto de retro o retracto convencional. Así su art. 1508 regula un plazo de caducidad de la acción de retroventa de cuatro años, salvo pacto en contrario, que en ningún caso podrá superar el de 10 años, y su art. 1510 le atribuye naturaleza real³⁵.

³² *Ibid.*, p. 44.

³³ A pesar de que en 1856 se aprobó una ley de liberalización de intereses, que abolía la tasa de interés del capital, los abusos ocasionados durante su vigencia propiciaron la aprobación de Ley de 23 julio 1908, conocida como Ley Azcárate, que volvió a prohibir los contratos de préstamo considerados usurarios.

³⁴ Teniendo en cuenta que al retracto convencional acudían quienes necesitaban liquidez con la esperanza de recuperar el bien vendido en caso de que mejorara su situación económica, fue considerado por algunos un negocio de crédito –préstamo con garantía– simulado. Sin embargo se ha cuestionado la corrección técnica de esta solución pues, como ya se ha señalado *supra*, en la venta con pacto de retro el comprador es sólo comprador, es decir, no es titular de ningún derecho de crédito contra el vendedor; de modo que, si la devolución del precio no tiene lugar en el plazo establecido, el vendedor simplemente pierde la facultad de reintegrar a su patrimonio la cosa vendida, pero eso no supone ninguna apropiación de garantía; cf. B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia...*, *op. cit.*, pp. 46–50. Respecto a la distinción que en la misma época establecía la jurisprudencia del TS entre el préstamo con pacto comisorio y la venta con pacto de retro, sobre la base de que la simulación y el fraude no se presumen, *ibid.* pp. 51–52.

³⁵ La Compilación de Derecho civil foral de Navarra regula entre las garantías reales la compraventa con pacto de retro con finalidad crediticia (leyes 475–480), sin antecedentes en el Derecho histórico navarro; por su parte, y a diferencia del Código civil español, el Fuero Nuevo también regula la fiducia en garantía en la ley 466, admitiendo expresamente el pacto comisorio, prohibido, sin embargo, en el caso de la prenda y de la hipoteca (ley 469, en la que no obstante admite en la prenda “pactarse otra forma de venta siempre que la naturaleza del objeto lo permita”).

III. La fiducia *cum creditore* en Derecho privado español actual

1. Introducción

15. Definida la figura surgida en el Derecho romano clásico y sintetizados los avatares sufridos hasta la redacción del Código civil español, se nos plantean dos tipos de cuestiones: las primeras de naturaleza más teórica, relativas a su validez y las segundas, de dimensiones más prácticas, relativas a su eficacia. Las primeras se reconducen a la pregunta de si la fiducia es admisible en el Derecho español vigente: es decir, si es posible que una finalidad de aseguramiento justifique la transmisión de propiedad, existiendo como existen otras garantías reales que no producen ese efecto. Las segundas giran en torno al desequilibrio que supone que el fiduciante transmita la plena propiedad de un bien, a cambio de una obligación del fiduciario de devolverlo una vez extinguida la deuda que la transmisión garantiza. ¿Qué ocurre si este último frustra la confianza que el primero había depositado en él? ¿Cómo lo protege el Derecho frente a los derechos de terceros de buena y mala fe? ¿Qué protección tienen y qué posición ocupan fiduciante y fiduciario en los supuestos de embargo de los bienes e insolvencia de la otra parte?

2. Admisibilidad y efectos de la fiducia *cum creditore* en la teoría general del Derecho civil español

16. Es lugar común en la doctrina afirmar que los negocios fiduciarios –y la venta en garantía en particular– sólo son admisibles en sistemas abstractos de transmisión de propiedad sin causa de la obligación, como fue el Derecho romano clásico, hasta la sustitución de la *mancipatio* por la *traditio*, y es el alemán. En este último, la transmisión se produce, aunque el pago sea sin causa, siempre que exista voluntad de transmitir y de adquirir, porque el modo (la *traditio*) opera independientemente del título (contrato). Sin embargo, antes de abordar la cuestión, quizás sea necesario hacer alguna puntualización sobre qué sea la causa, incluso cuál sea el objeto de la causa, la obligación o el contrato. Todas cuestiones de histórica polémica y de enorme actualidad si tenemos en cuenta que el sistema causalista por excelencia, del que ha bebido el sistema el español, el Derecho contractual francés, acaba de eliminar la causa como elemento esencial del contrato en su reciente reforma del *Code civil* de 2016³⁶; sin embargo, una década antes de esta eliminación había incorporado la fiducia³⁷.

³⁶ Ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations; JORF n° 35, de 11 febrero de 2016.

³⁷ Vid. *infra*.

17. A pesar de no ser recogida en los códigos civiles, por no aparecer contenida en la Compilación justiniana, la fiducia fue reelaborada por la Pandectística alemana al volver a mirar al Derecho romano clásico. Acogida por la doctrina italiana, la teoría del negocio fiduciario pasó a España, siendo bien recibida en la doctrina española—principalmente Castán— y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁸. En virtud de la teoría clásica de la fiducia o teoría del doble efecto (real y obligacional), se trata de un contrato en virtud del cual el fiduciante transmite la propiedad de un bien y el fiduciario se obliga a retransmitírselo al primero, pasado un determinado período de tiempo, si bien en el caso de la fiducia *cum creditore* esto último queda condicionado al pago de la deuda que el fiduciante ha contraído con el fiduciario³⁹.

18. En contra de la teoría clásica se elevaron voces, principalmente De Castro, para poner de manifiesto que resulta insostenible en un sistema causalista como el español, por carecer de su propia causa, entendida ésta como contraprestación, al faltar el precio de la compraventa (art. 1445 Cc). Las mismas sostienen que el fin de administración (fiducia *cum amico*) o de garantía (fiducia *cum creditore*) no se consideran suficientes para producir el traspaso de titularidad dominical⁴⁰; concluyendo pues que, concretamente en la fiducia *cum creditore*, lo que existe es un contrato de garantía simulado bajo la apariencia de una enajenación: la fiducia sería un negocio relativamente simulado que produciría los efectos del negocio disimulado de garantía que encierra⁴¹.

Los partidarios de la teoría clásica han respondido a esta primera crítica que el negocio no carece de causa. En primer lugar, cada obligación del contrato tiene su causa en la contraprestación de la otra parte⁴²: la causa para el fiduciante es la obligación del fiduciario de retransmitirle la propiedad y para el fiduciario, la transmisión que le ha realizado el primero, lo que impide que se produzca enriquecimiento sin causa. Se trataría de un negocio con la misma estructura causal

³⁸ C. Fuenteseca, *El negocio...*, *op. cit.*, p. 49.

³⁹ *Vid.*, F. de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967 (reed. facsímil, Madrid, Civitas, 1985), pp. 406–407.

⁴⁰ Como defensa de la teoría clásica se contra-argumenta que esta crítica parte de un concepto de causa entendida como función económico-social, ajeno a nuestro ordenamiento jurídico; *vid.* B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia...*, *op. cit.*, p. 136.

⁴¹ *Cf.* F. De Castro y Bravo, *El negocio...*, *op. cit.*, pp. 423–424.; *id.*, “El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto”, *RDN*, jul.-dic., 1966, p. 7; *id.*, *AAMN*, 1972, p. 5; en este mismo sentido se pronuncian, entre otros, M. Albaladejo, “El negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente”, *Actualidad Civil*, 1993/4, pp. 663–675; M. Peña Bernaldo de Quirós, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, pp. 355–358; R. Durán Rivacoba, *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 177.

⁴² Art. 1274 Cc: “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, en los remuneratorios el servicio o beneficio que se remunera y en los de pura beneficencia la mera liberalidad del bienhechor”.

que el mutuo, una especie del género de los negocios *credendi causa*, que tiene como efecto la transmisión de la propiedad⁴³. Por lo que a la causa del contrato se refiere, se argumenta que ésta es la motivación de ambas partes al celebrarlo: en la fiducia *cum creditore*, la finalidad de ambos contratantes (que uno entregue la propiedad de una cosa en garantía de una deuda) no puede considerarse ilícita a efectos del art. 1275 Cc⁴⁴; si junto a la misma se da el resto de elementos esenciales del contrato –consentimiento y objeto–, será título o causa suficiente, junto con el modo (*traditio*), para transmitir la propiedad⁴⁵. Esta doctrina concluye que, existiendo en la fiducia causa de cada obligación y no pudiendo considerarse ilícita ni contraria a la moral la intención común de las partes, en principio no hay razón para que este contrato no pueda transmitir la propiedad⁴⁶.

El TS, a partir de la sentencia de 25 mayo 1944 (RJ 1944/800), ha entendiendo que se trata de un contrato verdadero y querido por las partes con una finalidad de garantía (*causa fiduciae* o causa del contrato y, por tanto, existente y lícita a efectos del art. 1275 Cc) o un negocio atípico de naturaleza compleja, integrado por dos contratos: uno real de transmisión de propiedad con eficacia *erga omnes* y otro con eficacia obligacional, válido *inter partes* (*pactum fiduciae*), que le obliga a actuar según lo convenido y de forma que no perjudique el derecho del fiduciante a recuperar la propiedad, en caso de pago de la deuda en el plazo establecido; negocio admisible en virtud de la libertad de pactos consagrada en el art. 1255 Cc, con el único límite de la prohibición del pacto comisorio. En cuanto a sus efectos, sin embargo, en las últimas décadas el TS sólo en contadas ocasiones le ha reconocido efecto transmisivo de la propiedad⁴⁷.

⁴³ Cf. J.B. Jordano Barea, *El negocio fiduciario*, Barcelona, Bosch, 1959, pp. 99 y 118; J. L. Lacruz Berdejo, “La causa en los contratos de garantía”, *RCDI*, 1981, pp. 709–955; J. Garrigues Díaz–Cañabate, *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 2016, p. 82 (reimpresión de la obra original publicada en 1955); B. Rodríguez–Rosado, *Fiducia...*, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁴ Art. 1275 Cc: “Los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno. Es ilícita la causa, cuando se opone a las leyes o a la moral”.

⁴⁵ J. Garrigues Díaz–Cañabate, *Negocios fiduciarios...*, *op. cit.*, pp. 37–40; La distinción entre causa de la obligación, causa del contrato y causa de la tradición, puede encontrarse en B. Rodríguez–Rosado, *Fiducia...*, *op. cit.*, pp. 59–103, donde además realiza una clarificadora exposición de las diferentes teorías de la causa.

⁴⁶ Cf. J.B. Jordano Barea, *El negocio...*, *op. cit.*, pp. 123–124; Cf. B. Rodríguez–Rosado, *Fiducia...*, *op. cit.*, pp. 94–96: donde sostiene que si la fiducia careciera de causa tampoco sería eficaz en los sistemas abstractos de transmisión de la propiedad, aunque con distinto alcance, pues quedaría condicionada al ejercicio de una acción personal por parte del que realizó la entrega; así en Derecho alemán se trataría de un supuesto de cobro de lo indebido que atribuye, al que hizo la entrega, una acción personal de enriquecimiento injusto contra el primer acreedor y no contra los cesionarios del crédito, salvo que estos últimos lo sea a título gratuito, mientras que en los sistemas causalistas nacería una acción real de reclamación de la propiedad (reivindicatoria).

⁴⁷ *Vid.*, A. Carrasco Perera, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2009, pp. 245–279, esp. p. 246. Entre otras, *vid.* SSTs de 30 marzo 2004 (RJ 2004/2603), de 26 julio 2004 (RJ 2004/6633); de 31 octubre 2003 (RJ 2003/7977) de 14 marzo 2002 (RJ

19. El segundo motivo para rechazar la concepción clásica de la fiducia, señalado por gran parte de la doctrina española, ha sido entender que entraña una falta de reciprocidad entre las prestaciones, contraria a la justicia, puesto que existe una transmisión real frente a una mera obligación personal de volver a transmitir (promesa de retransmitir o *pactum fiduciae*). En virtud del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 Cc) el fiduciante sólo dispondría de una acción personal contra el fiduciario para recuperar la propiedad⁴⁸; por ello, si el fiduciario incumple la palabra dada y vende el bien a un tercero, el fiduciante no podrá reclamar al tercero adquirente de mala fe, pues adquirió *a domino*, al ser considerado —el fiduciario— auténtico propietario. Esa conclusión, sin embargo, no tiene en cuenta a una consolidada jurisprudencia del TS, que desde 1921 hasta la actualidad viene flexibilizando los rigores del principio de relatividad de los contratos por aplicación del principio de buena fe, en el sentido de que el tercer adquirente de mala fe también queda sujeto a la acción personal contra su causahabiente, ya que la mala fe vicia su adquisición y pierde su condición de tercero; es decir, solo se considera tercero al que adquiere de buena fe a título oneroso⁴⁹.

En la misma línea también se critica de la teoría del doble efecto que sitúa al fiduciante en una posición de debilidad ante un eventual embargo del bien por los acreedores de fiduciario, pues no podrá ejercitar una tercería de dominio (art. 595 LEC) para levantar la traba⁵⁰; igualmente en caso de concurso del fiduciario, el bien quedaría integrado en la masa activa de este último, sometido a la ley del

2002/2476), de 1 febrero 2002 (RJ 2002/1586), de 5 diciembre 2001 (RJ 2001/ 9934), de 17 julio 2001 (RJ2001/6860); de 26 abril 2001 (RJ 2001/ 2037); vid. H. Simón Moreno, “El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sus aplicaciones prácticas”, en S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (coords.), *Los patrimonios...*, op. cit., pp. 173–192, esp. pp. 173–174. Para un análisis de la jurisprudencia anterior, vid., B. Rodríguez–Rosado, *Fiducia...*, op. cit., p. 110–116; C. Fuenteseca, *El negocio fiduciario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 96–207; J. Vidal Martínez, *La venta en garantía en el Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Madrid, Civitas, 1990, *passim*.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 407–408. Para sus defensores, dicho desequilibrio encontraría su explicación en la confianza (*fides, fiducia*) que deposita el fiduciante en la palabra dada por el fiduciario, de actuar conforme al fin propuesto. Cf., J.B. Jordano Barea, *El negocio...*, op. cit., p. 24.

⁴⁹ Vid. SS TS de 5 febrero 2014 (43/2014), de 8 abril 2015 (188/2015 y 192/2015), de 6 octubre 2015 (517/2015) y otras tantas en ellas citadas; como ya había mantenido en su día B. Rodríguez–Rosado, *Fiducia...*, op. cit., p. 137, quien encuentra su fundamento en el art. 1473 Cc que, en los supuestos de doble venta, exige buena fe en el tercero para quede protegido por el art. 34 LH y el art. 464 Cc.

⁵⁰ En, en virtud de la teoría del doble efecto, si el bien fiduciado fuera embargado por los acreedores del fiduciante, al fiduciario correspondería una tercería de dominio, sin que pudiera apropiarse del bien como pago de la deuda, ni determinar el procedimiento de ejecución forzosa del crédito, pues incurriría en la prohibición del pacto comisorio contenida en los arts. 1859 y 1884 Cc, para la prenda, la hipoteca y la anticresis, aplicables por analogía a los derechos reales de garantía atípicos.; vid., B. Rodríguez–Rosado, *Fiducia...*, op. cit., pp. 116–117.

dividendo, sin que al fiduciante corresponda un *ius separationis* sobre el bien fiduciado (art. 80 LC)⁵¹. La solución que se aporta desde la teoría clásica sería reconocer también al fiduciante una tercería de dominio para levantar el embargo o un derecho de separación del bien de la masa del concurso, condicionado al pago de la deuda, por extensión de la solución contemplada por doctrina y jurisprudencia en los supuestos de insolvencia del vendedor en la reserva de dominio, que ha tenido alguna acogida en el caso de la fiducia⁵².

20. Para superar tales críticas, un sector de la doctrina española ha elaborado la teoría que distingue entre propiedad material y propiedad formal. Partiendo también de que la fiducia no es un negocio simulado o fraudulento, sino lícito y querido realmente por las partes, entiende que se produce una transmisión limitada y formal de la propiedad, condicionada a su finalidad fiduciaria, propiedad que se reparte entre fiduciante y fiduciario. En virtud de esta teoría, el fiduciario deviene propietario *erga omnes*, menos frente al fiduciante, que sigue siendo el verdadero propietario en las relaciones *inter partes*, así como frente al tercero de mala fe. La consecuencia es que el fiduciante tiene derecho a los frutos de la cosa y soporta sus cargas, salvo que las partes hayan convenido otra cosa en el contrato; podrá reivindicarla salvo frente a tercero que hubiera adquirido del fiduciario de buena fe a título oneroso; en caso de embargo del bien por parte de los acreedores del fiduciario, el fiduciante podrá ejercitar una tercería de dominio y en el supuesto de concurso del fiduciario, tiene un *ius separationis* frente al resto de acreedores, por ser verdadero propietario en las relaciones internas, siempre que se haya extinguido la deuda garantizada. Ello es posible porque los acreedores no son terceros, sino que ocupan la posición de su causahabiente-deudor. Todas estas situaciones dependen, evidentemente, de la prueba del carácter fiduciario de la transmisión⁵³.

Por su parte, como el fiduciario es sólo un propietario formal y, en virtud del pacto fiduciario, tiene una obligación de restituir los bienes al fiduciante una vez

⁵¹ En virtud de la teoría del doble efecto, en caso de concurso del fiduciante el fiduciario tendría un derecho de separación.

⁵² *Ibid.*, pp. 141–144.

⁵³ Entre los autores partidarios de esta construcción, *vid.* J.L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2º, Barcelona, Bosch, 1987, p. 188. Se suele mantener que esta es la doctrina que sigue mayoritariamente la jurisprudencia española actual; entre otras las SSTs de 28 marzo 2012 (RJ 2012/5588) y de 13 julio 2009 (RJ 2009/4466) sobre fiducia *cum amico*; la jurisprudencia reciente que aplica la tesis de la propiedad formal en la fiducia *cum creditore* se encuentra analizada en I. Arana de la Fuente, “Sobre la propiedad...”, *loc. cit.*, p. 333–335; para la jurisprudencia anterior *vid.* B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia...*, *op. cit.*, pp. 116–124. Sin embargo, si se realiza un análisis exhaustivo de las distintas sentencias se observa que la jurisprudencia del TS es vacilante e incoherente; *vid.* el en este sentido, A. Carrasco Perera, *de garantía en la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 245–279, a lo largo de todo el capítulo; igualmente A. Carrasco/E. Cordero/M.J. Marín, *Tratado de los derechos de garantía*, t. I, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 3ª ed., 2015, p. 654.

cumplida la obligación garantizada, goza tan solo de un derecho de retención (*ius retinendi*) frente al fiduciante y sus acreedores, y no está legitimado para ejercitar frente a los acreedores del fiduciante una tercería de dominio (art. 595 LEC), sino de mejor derecho (art. 614 LEC); en caso de concurso del fiduciante, el fiduciario no tendrá un *ius separationis* del art. 80 LC, al no ser verdadero propietario, sólo un derecho preferente al cobro sobre el resto de acreedores con cargo a dicho bien (art. 155 LC)⁵⁴, equiparándolo a otros privilegios especiales del art. 90 LC.

Concretamente se propone que si el bien fiduciado fuera un bien mueble o derecho corporal cuya posesión se transfiriera al acreedor o a un tercero, se aplicaría analógicamente el art. 90.1.6º LC (prenda constituida en documento público). Por su parte, si recayera sobre un bien inmueble con traspaso de la posesión, podría aplicarse el art. 90.1.2º LC –si se entiende la anticresis como una “hipoteca mobiliaria”– y, por último, el art. 90.1.1º LC en caso de que la fiducia se hubiera constituido sobre un bien o derecho corporal sin desplazamiento posesorio inscritos en los registros previstos al efecto⁵⁵. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la DGRN no suele admitir la inscripción de la venta en garantía, por lo que sólo podría acceder disimulado tras una compraventa⁵⁶.

21. Como puede deducirse de la doctrina resumidamente expuesta, tales soluciones siguen dejando muchos interrogantes abiertos, como el carácter de *numerus clausus* que en nuestro ordenamiento jurídico tienen los derechos reales, que impediría “crear” un nuevo tipo de dominio repartido entre fiduciante y fiduciario más allá de la copropiedad⁵⁷, no tanto por lo que se refiere a las relaciones entre

⁵⁴ Esta afirmación se cuestiona en caso de que se haya constituido conforme al Derecho navarro (ley 466 Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra) que sí lo considera propietario; Cf. F. Pantaleón Prieto, “De la clasificación de los créditos”, en L. Fernández de la Gándara y M.M. Sánchez Álvarez (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 501–540, esp. p. 533.

⁵⁵ Para que los créditos contenidos en los números 1º a 5º del párrafo 1 sean considerados privilegios especiales a efectos de esta ley, el art. 90.2 exige que la respectiva garantía esté constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. Existen distintas normas especiales; vid. F. Cordón Moreno (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2010, pp. 1021–1038; E. López López, *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 506–515.

⁵⁶ Cf. F. Pantaleón Prieto, “De la clasificación...”, *op. cit.*, pp. 533–534; A. Carrasco Perera, *Los derechos...*, *op. cit.*, pp. 252 y 258; H. Simón Moreno, “El negocio...”, *loc. cit.*, p. 174, nota 3.

⁵⁷ Un análisis crítico de esta doctrina puede verse en G. Galicia Aizpurua, *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Madrid, Scientia Iuridica, 2014, pp. 28–48; vid. también sobre esta cuestión concreta, F. de Castro, *El negocio...*, *op. cit.*, p. 422; J.B. Jordano Barea, *El negocio...*, *op. cit.*, 108; C. Fuenteseca, *El negocio...*, *op. cit.*, p. 207; B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia...*, *op. cit.*, pp. 120 y 174–179, este autor señala que la teoría del doble efecto no plantea ese problema, al considerar que el derecho real que se transmite en virtud de estos contratos no es otro que el derecho de propiedad tal como se conoce en nuestro ordenamiento jurídico.

las partes, amparadas por el principio de la libertad de pactos del art. 1255 Cc, como por su imposibilidad de hacerlos valer frente a terceros⁵⁸.

Dicho obstáculo se ha pretendido salvar por doctrina y jurisprudencia —esta última partiendo del presupuesto no siempre confesado de que se trata de un negocio simulado de compraventa que esconde una garantía—, mediante el intento de “conversión” de la fiducia en una garantía típica⁵⁹. Sin embargo, otro sector de la doctrina ha demostrado cómo la operación resulta muy poco eficaz. En efecto, si el bien afecto a la garantía es un inmueble no es posible su conversión en hipoteca, pues además de exigir que la escritura pública de constitución se inscriba en el Registro de la Propiedad, el principio de especialidad hipotecaria y los requisitos de publicidad, impedirían que se pudiera convertir en hipoteca un asiento en que el título inscrito fuera la propiedad del fiduciario. Igualmente ocurriría en caso de que el objeto fiduciado fuera un bien mueble y tuviera que convertirse en prenda, teniendo en cuenta que el Código civil exige como condición de eficacia la entrega de la posesión —como requisito de publicidad— y el otorgamiento de escritura pública, como requisito de eficacia frente a terceros (arts. 1863 y 1865 Cc); o una prenda sin desplazamiento⁶⁰, o una reserva de dominio⁶¹, en cuyo caso se exige la inscripción en el registro correspondiente. Por otra parte, el fiduciario tampoco dispondrá de un título ejecutivo para realizar la garantía, pues no se darán las condiciones para el procedimiento de ejecución hipotecaria o prendaria de los arts. 681 y ss. LEC (además, en caso de subasta notarial de la prenda del art. 1872 Cc, el título debe expresar una cantidad líquida y la tasa de interés pactada), ni el previsto en la Ley 28/1988 de venta a plazos de bienes muebles para la reserva de dominio, o el de los arts. 94 y ss. de la LHMPSD. Por lo que el fiduciario deberá proceder a ejecutar la garantía conforme a las reglas ordinarias de ejecución de las deudas dinerarias de los arts. 571 y ss. LEC. En fin, los perfiles más que dudosos del *ius retinendi* que esta teoría atribuye al fiduciario en el concurso del fiduciante y el derecho a la ejecución separada como si de una garantía privilegiada del art. 90 LC se tratara, suponen que tampoco tiene en cuenta el principio de que no hay privilegios sin ley, ya sean concursales (art. 89. 2 LC) o extraconcursales (1925 Cc)⁶². Por tanto, debemos concluir que la eficacia de la fiducia en el Derecho civil

⁵⁸ A. Carrasco Perera, *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 258.

⁵⁹ M.J. Marín López, en A. Carrasco/E. Cordero/M.J. Marín, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 627–632.

⁶⁰ Así, la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, de 16 diciembre 1954 (LHMPSD), BOE nº 352 de 18 diciembre 1954, establece como requisito para la oponibilidad, la inscripción en el Registro de Bienes Muebles, cuyo régimen jurídico se encuentra en el R.D. 1828/1999. Última modificación, texto consolidado de 25 julio 2015 (Documento consolidado BOE–A–1954–15448).

⁶¹ Regulada en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (BOE nº 167, de 14 julio 1998).

⁶² En este sentido, *vid.* A. Carrasco/E. Cordero/M. Marín, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 655, donde critica lo mantenido por Marín en la 2ª edición, de 2008, de la misma obra; A. Carrasco Perera, *Los derechos...*, *op. cit.*, pp. 257–260, 268, 269, 276 y 277; H. Simón Moreno, “El negocio fiduciario...”, *loc. cit.*, pp.

común español actual es bastante incierta y reclama una regulación específica que dé seguridad jurídica a los acreedores sin descuidar los intereses de terceros.

3. La transmisión de la propiedad como garantía financiera del RD Ley 5/2005, de 11 de marzo

22. El RD Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que traspuso al ordenamiento español la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 junio 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, regula en su Título I, Capítulo II (arts. 2 a 17) junto con la prenda, la transmisión de la propiedad de un bien o de un derecho de crédito en garantía. Concretamente, su art. 6.2 establece que los acuerdos de garantía financiera con cambio de titularidad son aquéllos en virtud de los cuales el garante transmite la plena propiedad de un bien o derecho objeto de una garantía financiera a un beneficiario a los efectos de garantizar o dar otro tipo de cobertura a las obligaciones principales del deudor⁶³.

Su ámbito de aplicación subjetivo está reservado a las relaciones en las que al menos una de las partes es una entidad pública, un banco u otra entidad financiera contemplada en su art. 4, entidades normalmente sujetas a supervisión; pudiendo ser la otra parte una persona jurídica o, incluso en algunos supuestos, una persona física. Su ámbito de aplicación objetivo se circunscribe al efectivo, los valores negociables y otros instrumentos financieros, así como los derechos de crédito (art. 7).

Teniendo en cuenta los bienes sobre los que puede recaer la garantía (normalmente activos fungibles), para su constitución, validez, eficacia frente a terceros, ejecutabilidad y admisibilidad como prueba, basta con que el contrato entre acreedor y garante conste por escrito o en una forma “jurídicamente equivalente”; además deberá aportarse el activo objeto de la garantía, de forma que obre en poder o se sitúe bajo el control del beneficiario o de la persona que actúe en su nombre. Para permitir su identificación, este también habrá de constar por escrito o de forma “jurídicamente equivalente”, entendiéndose por tal el registro o anotación por medios electrónicos y en cualquier soporte duradero (art. 8).

El RD Ley 5/2005 permite que las garantías financieras puedan ejecutarse mediante venta, compensación o apropiación por el acreedor del bien objeto de la

173–192, esp. p. 181. En cuanto a los problemas que encuentran los derechos reales previstos en normas especiales o forales no tenidas en cuenta en la LC, *vid.*, P. del Pozo Carrascosa, “Los derechos reales de garantía en el Código civil de Cataluña”, en J.M. Miquel González, *Cuestiones actuales...*, *op. cit.*, pp. 205–243, esp. pp. 235–238.

⁶³ Redacción dada por la Ley 7/ 2011, de 11 de abril.

garantía, siempre que se haya previsto en el contrato (art. 11); si bien las valoraciones de los valores negociables aportados como garantías, deberán realizarse de “manera comercialmente correcta”, es decir, ajustarse al valor actual de mercado; además deberá reintegrarse al garante el sobrante que resulte, una vez satisfecha por este medio la deuda (art.13), lo que recuerda al pacto marciano y conjura así el peligro de enriquecimiento injusto del acreedor a costa del deudor⁶⁴.

Finalmente, en caso de procedimiento concursal o de liquidación administrativa del garante, su art. 15 establece que los acuerdos de garantía financiera y las garantías financieras constituidas con anterioridad no se verán afectados y podrán ejecutarse inmediatamente, de manera anticipada y separada, de acuerdo con lo pactado y previsto en esta Ley, sin que le afecte la paralización de ejecuciones prevista por el art. 56 LC, ni la prohibición de compensación del art. 58 LC; salvo que la administración concursal pruebe que se han celebrado en fraude de acreedores (art. 15.5º), en cuyo caso podrán impugnarse en virtud de art. 71 LC⁶⁵.

23. Sin embargo, esta ley ha sido objeto de serias objeciones por derogar de hecho los principios y las normas de la Ley Concursal. Con el objetivo confesado⁶⁶ de hacer más competitivo y seguro el sector financiero español, ha aplicado el ámbito subjetivo de la Directiva, más allá de las operaciones interbancarias y financieras entre las entidades pertenecientes a ese sector. En efecto, la Ley amplía su ámbito a las operaciones de financiación que las mismas realicen respecto de actividades empresariales o profesionales llevadas a cabo por otras personas jurídicas; permitiéndoles asegurarlas con garantías sometidas a escasos requisitos de forma (escrita), baratas, fáciles de ejecutar –incluso admite la apropiación si se ha pactado–, y prácticamente inmunes a las acciones de revocación en el concurso, es decir garantías super–privilegiadas (valga la expresión) en manos de las entidades de crédito, que, afortunadamente, aún no han abusado de las mismas⁶⁷.

⁶⁴ Vid. *supra* el pacto marciano en Derecho romano. Concretamente por lo que a esta ley respecta, vid. F. Redondo Trigo, “El pacto marciano, el pacto *ex intervallo* y la fiducia *cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto Ley 5/2005”, *RCDI*, 2007, pp. 355 ss; A. Galindo Aragoncillo y F. Navarro Coderque, “El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía”, *Diario La Ley*, nº 8314, de 20 mayo 2014, pp. 1–19; A. Carrasco Perera, *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 210.

⁶⁵ Un análisis pedagógico del RD Ley 5/2005 se realiza en F.J. Garcimartín Alférez, “Las garantías financieras: más baratas, más fáciles, más seguras”, en J.M. Miquel González (dir.), *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, Madrid, La Ley, 2013, pp. 69–92; igualmente, A. Carrasco Perera, E. Cordero, y M. Jesús Marín López, *Tratado...*, *op. cit.*, Tomo II, pp. 587–636.

⁶⁶ Vid. exposición de motivos.

⁶⁷ J.M. Garrido, “Los efectos de las garantías financieras en el concurso”, en E. Beltrán y P. Prendes, *Los problemas de la Ley Concursal*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 2009, pp. 285–299.

IV. La fiducia *cum creditore* en Derecho francés y alemán

1. Justificación de la elección de los ordenamientos jurídicos francés y alemán

24. Como ya se ha dicho en la introducción, la realización de un estudio de derecho comparado basado en los ordenamientos jurídicos francés y alemán, responde a la circunstancia de que ambos pertenecen a la misma familia jurídica que el español, herederos del Derecho romano, que conocen la fiducia (*cum creditore*) aunque en cada uno de ellos presenta perfiles muy distintos. Como se sabe, el Derecho alemán es el paradigma actual de los sistemas abstractos de transmisión de la propiedad, mientras que el francés lo ha sido de los sistemas causalistas, al menos hasta la actualidad, pues como también ha sido señalado *supra*, tras la reforma del *Code civil* por la ley 2016–121 de 10 febrero 2016, relativa a la reforma del derecho de los contratos, ha suprimido la causa como condición de validez de los mismos⁶⁸. Por tanto, seguía siendo un sistema causalista en los años de introducción de la fiducia en el *Code civil* (2007) y de las leyes que la completan (hasta 2009). Sirve así para rebatir la afirmación de quienes mantiene que sólo es posible en los sistemas formalistas y abstractos como el romano, donde nació, y el alemán del *BGB*.

Los dos ordenamientos jurídicos elegidos responden además a modelos o paradigmas diversos de fiducia: el francés, de regulación legal, que considera se transmite al fiduciario la propiedad plena con correlativa admisión del pacto comisorio, aunque basado en la idea de la creación de un patrimonio separado; mientras que en el alemán, que responde a la teoría de la titularidad formal o titularidad fiduciaria válida, es un negocio no regulado expresamente, pero de enorme trascendencia práctica, al que se recurre con suma frecuencia en el sector bancario, por lo que cuenta con una importante elaboración doctrinal y jurisprudencial. Estas circunstancias, no solo permiten aportar dos modelos distintos para una revisión de nuestro sistema, de cara a una eventual introducción de la regulación de la fiducia en el Código civil, sino que, entre tanto, permiten plantear diversos escenarios de eficacia en España de las fiducias constituidas conforme a sendos ordenamientos jurídicos, tarea esta última que reservamos para nuestro último epígrafe.

⁶⁸ Vid. A. Quiñones Escámez, “El derecho contractual francés”, en Sixto Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, t. I, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 2016, pp. 243–284, esp. pp. 267–269.

2. La fiducie–sûreté

25. En Francia, la regulación de las garantías contenida en el *Code Napoléon* de 1804 no había sido prácticamente reformada a lo largo de dos siglos, hasta que a partir de la segunda mitad del S. XX comenzó a reclamarse su modernización y adaptación a las necesidades económicas⁶⁹. La rigidez de las garantías reales clásicas como la prenda, la hipoteca y la anticresis, unida a las reformas paralelas que se fueron produciendo en sector de la insolvencia⁷⁰—que superponía el principio de conservación de la empresa a los intereses de los acreedores particulares, con el consiguiente debilitamiento de las garantías reales clásicas—, se veían como obstáculos serios para convertir al francés en un Derecho competitivo desde el punto de vista económico, frente al *trust* de los sistemas de *common law* y de otros países de tradición civilista que habían regulado la fiducia⁷¹. Por ello, en la práctica fueron surgiendo nuevas formas de garantía de origen convencional basadas en la propiedad —en ocasiones avaladas por la jurisprudencia— y legislador fue introduciendo algunas novedades en leyes especiales, principalmente en el ámbito bancario⁷².

Finalmente, la Ley de 26 julio 2005 para la confianza y la modernización de la economía, habilitó al Gobierno para modificar el derecho de las garantías; tras un largo debate doctrinal y político, fue aprobada mediante la *Ordonnance* 2006–346, de 23 marzo 2006, y ratificada por Ley 2007–212, de 20 febrero 2007. La reforma introdujo el Libro IV del *Code civil*, dedicado exclusivamente a las garantías —personales y reales— en sus arts. 2284 a 2488, que derogó la antigua regulación de las garantías que se contenía en el Libro III. A pesar de los recelos mostrados hacia la generalización de la cesión de la propiedad a título de garantía, por su fama de usuraria, la fiducia (*fiducie*) fue incorporada mediante la Ley 2007–211, de 19 febrero 2007, que introdujo los arts. 2011 a 2030 del *Code civil*.

Con un ámbito de aplicación subjetivo bastante limitado —por temor a la evasión fiscal⁷³—, establecía que sólo podían constituir la personas jurídicas sometidas al

⁶⁹ Entendidas en sentido estricto y conocidas con el término *surêtés*, como forma de asegurar el pago de una deuda. A su vez se clasifican en *surêtés personnelles* (fianza) y *surêtés réelles* (prenda, hipoteca y anticresis); sobre su definición, distinción del término más amplio *garanties* y clasificación, *vid.*, entre otros, L. Aynès y P. Crocq, *Droit des surêtés*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 13–14; P. Simler y P. Delebecque, *Droit civil. Les Surêtés. La publicité foncière*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 5–29; I. Arana de la Fuente, “La reforma francesa de las garantías mobiliarias”, *InDret*, 2/2012, pp. 1–58, esp. p. 6, nota 2.

⁷⁰ Insertado en la Ley de 25 enero 1985 sobre *Difficultés des entreprises* y la Ley de 26 julio 2005 de *Prevention et traitement des difficultés des entreprises*.

⁷¹ Como fue, en Europa, el caso de Luxemburgo; *vid.* P. Simler y P. Delebecque, *Droit civil...*, *op. cit.*, p. 614.

⁷² *Vid.*, M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *Droit des surêtés*, Paris, Lexis–Nexis, 2015, pp. 441–443; L. Aynès y P. Crocq, *Droit des surêtés*, *op. cit.*, pp. 405–407 y 418–419.

⁷³ *Vid.*, M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *Droit des surêtés*, *op. cit.*, p. 441; L. Aynès y P. Crocq, *Droit des surêtés*, *op. cit.*, p. 420.

impuesto de sociedades. Además, no distinguía entre fiducia–gestión (*fiducie–gestion*) y fiducia–garantía (*fiducie–surêté*), adaptándose difícilmente a esta última, lo que obligó a realizar una serie de reformas en los dos años siguientes, que concluyeron con la relativa a la introducción de la regulación de la fiducia–garantía en los arts. 2372–1 a 2372–5 (muebles) y 2488–1 a 2488–5 (inmuebles) del *Code civil*, por la *Ordonnance* 2009–112, de 30 enero 2009, ratificada por la Ley 2009–526, de 12 mayo 2009. Por tanto, el régimen general de la fiducia ha quedado contenido en los arts. 2011 a 2030 del *Code civil*, mientras que el régimen especial de la fiducia–garantía, que desplaza algunas de las reglas generales, se encuentra regulado en los arts. 2372–1 a 2372–5, para los muebles, y en los arts. 2488–1 a 2488–5, de manera idéntica, para los inmuebles.

26. La fiducia regulada en el *Code civil* es la operación por la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, derechos o garantías, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su patrimonio propio, lo gestionan con un fin determinado a favor de uno o varios beneficiarios (art. 2011). Se constituye mediante un contrato solemne que, bajo pena de nulidad, debe constar por escrito y contener determinadas menciones obligatorias, como la designación de los bienes, la duración, la identidad de constituyente, fiduciario y beneficiarios y las funciones del fiduciario (art. 2018); además, tratándose de una fiducia–garantía, incluirá la deuda garantizada, así como el valor estimado del bien transferido al patrimonio fiduciario (art. 2372–2 y 2488–2); por último, debe ser registrado en el servicio de impuestos (art. 2019) y en el Registro nacional de fiducias (art. 2020), que no cumple una función de publicidad –pues no está destinado a ser consultado por los terceros–, sino de control por parte de la administraciones destinadas a perseguir la evasión fiscal y el blanqueo de dinero⁷⁴. Este quizás sea uno de sus puntos más débiles, pues si bien en el caso de que el objeto fiduciado sea un inmueble, este queda sometido al régimen de publicidad registral, en la fiducia sobre bienes muebles corporales sin desposesión, el fiduciario no queda protegido y corre el riesgo de que se le oponga el art. 2276 *Code civil*, por parte de un tercero adquirente del bien fiduciado⁷⁵.

En la actualidad toda persona física o jurídica puede constituir una fiducia, que en el caso de la fiducia–garantía suele ser el deudor de la obligación garantizada; sin embargo, también se permite que el constituyente–garante sea un tercero. Si es una persona física, por derogación de la regla general, el contrato de fiducia no se extingue en caso de muerte (art. 2372–1 y 2488–1)⁷⁶. Por su parte, fiduciario

⁷⁴ Vid. en este sentido, L. Aynès y P. Crocq, *Droit des surêtés*, op. cit., p. 426.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 427.

⁷⁶ En el régimen de la fiducia–garantía sobre inmuebles no puede ser constituyente una persona jurídica (art. 2488–6).

puede ser el acreedor o un tercero, pero en todo caso tiene que ser una entidad o un profesional sometido a reglamentación y control (art. 2015). A falta de pago de la deuda garantizada, y salvo estipulación contraria del contrato, el fiduciario acreedor adquiere la libre disposición del bien o del derecho cedido a título de garantía; si el fiduciario fuera un tercero, el acreedor podrá exigirle la entrega del bien del que podrá disponer libremente, o –en caso de preverlo el contrato– la venta y entrega de todo o parte del precio (art. 2372–3 y 2488–3)⁷⁷. Si el acreedor adquiere la libre disposición del bien o derecho, deberá devolver al constituyente la diferencia en caso de que el bien o derecho exceda del montante de la deuda garantizada, conforme a la valoración llevada a cabo por terceros independientes, y deducidos los eventuales gastos de conservación y gestión; si exigió la venta al fiduciario, será este quien deba devolver la diferencia al constituyente (2372–4 y 2488–4). Esta realización sigue el modelo de la prevista en el pacto comisorio, introducido en el art. 2348 *Code civil* para la prenda⁷⁸, cuya regulación aleja todo peligro de enriquecimiento injusto del acreedor, se considera de orden público⁷⁹ y recuerda también al pacto marciano⁸⁰.

27. A diferencia de lo que ocurre en el caso del *trust* anglosajón (que separa *equitable ownership* y *legal ownership*)⁸¹ y de la *Sicherungsübereignung* alemana (que reparte *wirtschaftlichen Eigentum* y *formellen Eigentum*)⁸², el fiduciario adquiere una propiedad plena y entera sobre los bienes o derechos objeto de la fiducia, que queda afecta a un fin de garantía, por lo que deberá conservarlos a favor del beneficiario (que puede ser el constituyente o un acreedor tercera persona, dependiendo de que se pague o no la deuda). Ese patrimonio separado del patrimonio personal del fiduciario, patrimonio de afectación o patrimonio fiduciario, queda protegido frente a los acreedores de este y de cualquier procedimiento

⁷⁷ En virtud de estos mismos preceptos, el valor del bien o derecho cedido deberá determinarse por un experto designado por acuerdo de las partes o judicialmente, salvo que se trate de dinero o bienes sujetos a cotización oficial, considerándose no puesta cualquier estipulación en contrario.

⁷⁸ Por *Ordonnance* 2006–346, de 23 marzo 2006.

⁷⁹ Vid. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac y P. Pétel, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 649, n° 870.

⁸⁰ Vid. *supra*.

⁸¹ Teniendo en cuenta la diversa técnica legislativa que caracteriza al *trust* y que lo aleja de la fiducia, queda excluido de este estudio, aunque pendiente de un abordaje de Derecho comparado, uniforme y conflictual en futuros trabajos del proyecto de investigación que coordinamos; vid. sobre el tema, en la doctrina internacional privatista española, M. Virgós Soriano, *El trust y el Derecho español*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2006, *passim*, esp. pp. 35–82; M. Checa Martínez, *El trust angloamericano y el Derecho español*, Madrid, McGraw–Hill, 1998, *passim*, esp. p. 124; C. González Beilfuss, *El trust. La institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1997, *passim*, esp. pp. 62–63.

⁸² Vid. *infra*.

colectivo abierto contra el mismo (art. 2024)⁸³, respondiendo tan solo de las deudas nacidas de su conservación o gestión (art. 2025); también quedará a salvo de los acreedores del constituyente, que no podrán embargarlo, aunque este haya conservado la posesión (art. 2018–1), salvo que se trate de créditos anteriores a su constitución o esta haya tenido lugar en fraude de acreedores (art. 2025)⁸⁴.

28. Por tanto, el Derecho francés resuelve muchas de las cuestiones que aún siguen pendientes en Derecho español: impide la protección del tercero de mala fe que haya adquirido del fiduciario; ha regulado el pacto comisorio, como remedio práctico que facilita la ejecución en caso de impago del deudor a través de la apropiación del bien transmitido como garantía, pero ha conjurado cualquier peligro de enriquecimiento injusto del fiduciario, a través de un sistema objetivo de valoración por terceros y de la obligación del fiduciario de restituir al fiduciante el exceso del precio; ha evitado los problemas derivados de la incidencia del concurso del fiduciario o de la ejecución forzosa de sus bienes sobre el bien transmitido en garantía, concediendo al fiduciante un derecho de separación frente a los acreedores de aquél. Por lo que a su reconocimiento en España se refiere, como se verá en el último epígrafe, así regulado no debe plantear problemas de validez; en cuanto a su eficacia, a pesar de cumplir con determinados requisitos formales que exigen las garantías típicas españolas, pueden seguir existiendo otros más difíciles de salvar relativos a la publicidad.

3. La Sicherungsübereignung

29. En el caso de Alemania, el *BGB* sólo regula expresamente la reserva de dominio (*Eigentumsvorbehalt*), en el § 449, pero la jurisprudencia y la doctrina alemana han realizado una construcción muy elaborada de la transmisión de propiedad en garantía (*Sicherungsübereignung*), con base en una práctica muy consolidada a la que recurren con frecuencia las entidades de crédito y cuyos efectos se regulan en la *Insolvenzordnung* (*InsO*) y en la *Zivilprozeßordnung* (*ZPO*).

⁸³ La eficacia de esta garantía ha sido puesta de manifiesto de manera muy gráfica por la doctrina francesa; *vid.*, A. Cerles, “La fiducie, nouvelle reine des sûretés”, *JCP E*, 2007, p. 2054.

⁸⁴ Si bien habría que distinguir entre las fiducias que se constituyen con o sin desposesión del fiduciante. En el primer caso, ésta no se ve afectada por la apertura de un procedimiento colectivo gracias al efectivo ejercicio del derecho de retención (*vid.* art. L 622–7, II *Code de commerce*), mientras que en el segundo caso le afectaría la paralización contemplada en el art. L 622–23–1 *Code de commerce*; aunque siempre le quedaría al fiduciario la acción reivindicatoria; *vid.*, en este sentido, L. Aynès y P. Crocq, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 430; como señalan M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac y P. Pétel, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 649, n° 871, de esta forma se salva el equilibrio entre el principio de conservación de la empresa que preside los procedimientos colectivos y la eficacia de la fiducia–garantía.

Téngase en cuenta que en Alemania las garantías reales se desarrollaron de manera significativa en el siglo XX, cuando, tras su descapitalización, a consecuencia de los desastres económicos sufridos por las dos guerras mundiales, las empresas tuvieron que recurrir a financiación externa apoyada en garantías clásicas; sin embargo, ante la dificultad que presentaba la prenda –que exigía desplazamiento de posesión como forma de publicidad sin excepciones (§ 1205 BGB) –, se recurrió a otras formas de garantía basadas en el acuerdo entre las partes, como la reserva de dominio y la transmisión en garantía. En el caso de esta última, al no estar regulada expresamente en el BGB y tratarse de una figura que no respondían al principio de publicidad, encontró en su día cierto rechazo por parte de un sector de la doctrina; sin embargo, su aceptación y desarrollo por parte de la jurisprudencia y por otro sector de la doctrina que nunca la consideró *contra legem*, la han convertido en una de las garantías más utilizadas en el tráfico comercial alemán⁸⁵.

30. Con el término *Sicherungsübereignung* (SÜ) se hace referencia a la transmisión de propiedad de uno o varios bienes muebles determinados, con la finalidad de asegurar un crédito que tiene el adquirente –que suele ser una entidad bancaria–, normalmente contra el enajenante. El adquirente recibe en realidad un derecho eventual de acceso a la cosa que normalmente sigue en posesión del deudor transmitente, quien conserva las facultades de uso y explotación, que le permitan continuar con su actividad económica, aunque limitadas en interés del tomador⁸⁶. Ese derecho será efectivo si el deudor no cumple la obligación garantizada con la transmisión. El tomador de la garantía adquiere la propiedad del bien del § 903 BGB (propiedad formal, frente a terceros), pero se obliga a retransmitirla al otorgante (dimensión obligacional *inter partes*), mediante un acuerdo de garantía⁸⁷.

⁸⁵ Para un análisis de la figura, partiendo de sus orígenes y su evolución histórica vid. R. Gaier (Re.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6, *Sachenrecht*, Munich, Beck, 2013, pp. 1046–1075, esp. pp. 1048–1049; W. Wiegand, “Anhang zu §§929–931 Eigentum 2”, en K.–H. Gursky, A. Pfeifer, W. Wiegand, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB–Buch 3: Sachenrecht*, §§ 929–984, Berlin, Sellier–De Gruyter, 2016, pp. 252–383, esp. p. 283.

⁸⁶ Que podrá reclamar contra el otorgante la cosa dada en garantía, si este no cumple su obligación de conservación, o instar la indemnización por daños, contenida en el §280 BGB, porque la hubiera perdido o transmitido a un tercero de buena fe protegido (§§ 932 y 933 BGB).

⁸⁷ Vid., entre otros, H. Westermann, H.P. Westermann, K.–H. Gursky y D. Eickmann, *Westermann Sachenrecht*, 7. Auflage, Heidelberg, Müller, 1998, pp. 340–341 (traducción española de A. Cañizares Laso, J.M. Miquel González, J.M. Rodríguez Tapia y B. Rodríguez–Rosado, *Derechos reales*, Madrid, Fundación cultural de Notariado, 2007, pp. 585–587); K. H. Schwab y H. Prütting, *Sachenrecht*, 32. Auflage, Munich, Beck, 2006, pp. 163–170; R. Stürmer (Her.), *Jauernig BGB Kommentar*, Munich, Beck, 16. Auflage, 2015, pp. 1497–1502.

31. El acuerdo de garantía, que reglamenta básicamente la relación interna entre las partes, es un negocio jurídico atípico, no formal, que con carácter general no tiene que constar por escrito –aunque resulta recomendable–, siendo suficiente la existencia de actos concluyentes. En él se contempla la obligación del prestador de transmitir al tomador el bien o los bienes objeto de la garantía, que deben quedar claramente determinados, así como el crédito garantizado; también debe incluir la llamada declaración sobre la finalidad de garantía, así como el resto de los derechos y deberes de las partes. A diferencia de la figura clásica, en la figura alemana la confianza constituye una componente recíproca: no sólo el prestador debe confiar en que el tomador devolverá la propiedad del bien, una vez cumplida la deuda garantizada, sino que el tomador debe confiar en que aquél hará un buen uso de la cosa, sin extralimitarse en sus facultades⁸⁸.

Si el prestador no satisface el crédito garantizado –o incurre en grave incumplimiento de sus obligaciones, o su patrimonio se ve reducido de manera grave–, al tomador le corresponde un derecho de realización del valor de la garantía. El tomador podrá entonces exigir la posesión inmediata del bien que –normalmente– se encuentra en poder del prestador. Pero si el prestador se negara, el tomador podría ejercitar la acción reivindicatoria del § 985 *BGB* y realizar su valor. Salvo que se establezca otra cosa en el acuerdo de garantía, la realización del valor puede tener lugar mediante subasta pública, según las normas previstas para la prenda⁸⁹.

Del acuerdo de garantía nace el deber de obtener el mejor precio posible, por lo que, en caso de venta extrajudicial, el tomador queda obligado a indemnizar en caso contrario. El acuerdo de garantía también podría contemplar una cláusula comisorias, que permitiera al tomador apropiarse del bien en caso de incumplimiento del deudor. En este supuesto la doctrina se encuentra dividida de nuevo, para algunos sería aplicable la prohibición del pacto comisorio previsto para la prenda en el § 1229 *BGB*, mientras que para otros, este precepto no debe aplicarse a la transmisión en garantía pues el tomador tiene una posición más libre en la ejecución que el acreedor pignoraticio, bastando, para evitar situaciones de injusticia contractual, que el tomador compense la diferencia de valor, previo sometimiento de dicha valoración a peritaje⁹⁰.

⁸⁸ Vid. A. Macía Morillo, “Una aproximación a la transmisión en garantía en el Derecho alemán”, *InDret*, 1/2013, pp. 1–46.

⁸⁹ Aunque la aplicación del procedimiento previsto para la prenda no es una solución unánime en la doctrina; *ibid.*, p. 36.

⁹⁰ Vid. H. Westermann, H.P. Westermann, K.-H. Gursky y D. Eickmann, *Westermann Sachenrecht*, *op. cit.*, pp. 354–356 (de la traducción pp. 606–609); sobre las distintas posiciones doctrinales, *vid.*, A. Macía Morillo, “Una aproximación...”, *loc. cit.*, p. 37.

La transmisión de este derecho de propiedad al adquirente, frente a la mera expectativa del retroadquisición del otorgante, también en Derecho alemán puede plantear problemas de justicia, como la sobregarantía (*Übersicherung*) o, incluso, la vinculación total de sus activos, que no sólo perjudicaría al deudor, sino también al resto de sus acreedores. La jurisprudencia ha intentado evitar algunos de estos desequilibrios de diferente manera: mediante los llamados límite de cobertura (*Deckungsgrenze*) y el deber legal de liberación de la garantía (*gesetzliche Freigabepflicht*), cuando esta ya no sea necesaria (derivados del § 242 *BGB*), así como a través de un control del contenido del acuerdo (*Inhaltskontrolle*), que permite declarar la nulidad de las cláusulas que se consideren contrarias a la moral y a la buena fe, ya se contengan en un acuerdo entre las partes (§ 138 *BGB*) o en condiciones generales (§ 307 *BGB*); quedando siempre a salvo la indemnización por daños y perjuicios⁹¹.

32. La transmisión, que se regula por las normas generales sobre la compraventa, es un negocio dispositivo abstracto, es decir, en principio no le afecta la invalidez del acuerdo de garantía, salvo que las partes lo hayan hecho depender del mismo. Sin embargo, el prestador podrá instar una acción de enriquecimiento sin causa del § 812 *BGB* contra el adquirente que haya obtenido la propiedad de la cosa sin un fundamento jurídico para ello⁹². Por su parte, tampoco le afectaría la eventual inexistencia del crédito garantizado, porque son negocios independientes, salvo que las partes, de forma inequívoca, hayan hecho depender la transmisión en garantía de la subsistencia del crédito garantizado. Si bien resulta posible que la transmisión se realice mediante la entrega de la cosa, en virtud del § 929 *BGB* –contenido frecuentemente en un formulario o contrato tipo–, resulta más común que tenga lugar mediante la creación de una relación de mediación posesoria por parte del prestador de la garantía o *constitutum possessorium* (*Besitzkonstitut*) del § 930 *BGB*, o mediante cesión de la acción reivindicatoria al tomador, en virtud del § 931 *BGB*⁹³.

En principio, una vez satisfecha la deuda, la propiedad no retorna automáticamente al transmitente, sino que surge la obligación del tomador de retransmitir, en virtud del acuerdo de garantía; aunque las partes también pueden prever una transmisión en garantía con condición resolutoria, es decir, que contemple

⁹¹ Vid., H. Westermann, H.P. Westermann, K.-H. Gursky y D. Eickmann, *Westermann Sachenrecht*, op. cit., pp. 356–361 (de la traducción, pp. 609–617); K. H. Schwab y H. Prütting, *Sachenrecht*, op. cit., p. 167–170.

⁹² Vid. A. Macía Morillo, “Una aproximación...”, loc. cit., p. 19.

⁹³ Vid. H. Westermann, H.P. Westermann, K.-H. Gursky y D. Eickmann, *Westermann Sachenrecht*, op. cit., pp. 343–348 (de la traducción, pp. 589–597); R. Gaier (Re.) *Münchener Kommentar...*, op. cit., pp. 1051–1052.

que una vez extinguido el crédito asegurado, la propiedad retorne automáticamente al transmitente que, recordemos, conserva la posesión. Como propiedad fiduciaria sólo otorga al adquirente la condición de propietario frente a terceros: eso significa que el tomador podrá enajenar el bien objeto de la garantía y el tercero consolidaría su posición porque adquiriría del verdadero propietario. Pero, aunque la prohibición de enajenar sólo tiene eficacia *inter partes*, en caso de cesión de la acción reivindicatoria del § 931 *BGB*, el prestador de la garantía conserva las excepciones nacidas del acuerdo de garantía conforme al § 986 (2) *BGB*, pudiendo negarse a la entrega de la cosa antes de producirse el incumplimiento⁹⁴. Además, si se hubiera pactado en el acuerdo de garantía una condición resolutoria de la transmisión para el caso del cumplimiento de la obligación, la mayoría de la doctrina entiende que el tercero también quedaría afectado por la misma, en virtud del §161 *BGB*, no estando protegido por la buena fe, por aplicación del 936 *BGB*⁹⁵.

33. El tomador de la garantía puede ejercitar la tercería de dominio prevista en el § 771 *ZPO*, contra el acreedor ejecutante, que impida la ejecución forzosa sobre el bien, ya que el deudor suele quedarse con la posesión del mismo, incluso puede venderlo para satisfacer la deuda al tomador. No obstante, los acreedores del transmitente podrán oponerse a la misma, alegando contrariedad de la transmisión a la moral o perjuicio desproporcionado del § 138.1 *BGB*. Sin embargo, en los procedimientos colectivos contra el deudor, ante la inexistencia de publicidad de este tipo de garantía y el consiguiente riesgo de depreciación de la masa del concurso, la *InsO* ha reducido los privilegios del tomador, que no tiene un derecho de separación del bien objeto de la garantía, sino tan solo un derecho limitado a exigir la satisfacción separada del crédito (§ 51.1 *InsO*)⁹⁶.

Este debilitamiento de los poderes del fiduciario y correlativo fortalecimiento de la posición del fiduciante, consecuencia directa del carácter fiduciario del negocio, ha sido denominado “principio de conversión” (*Umwandlungsprinzip*), en virtud del cual “el derecho pleno transmitido al fiduciario pasa de nuevo sin solución de continuidad al fiduciante mientras que el fiduciario se constituye como un acreedor pignoraticio”, pues al haberse utilizado un derecho pleno de contenido más amplio que el requerido para la finalidad de garantía, con una sola finalidad

⁹⁴ Vid., H. Westermann, H.P. Westermann, K-H. Gursky y D. Eickmann, *Westermann Sachenrecht*, op. cit., pp. 347–351 (de la traducción, pp. 596–602).

⁹⁵ Vid. A. Macía Morillo, “Una aproximación...”, loc. cit., p. 28.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 29; igualmente, R. Gaier (Re.) *Münchener Kommentar...*, op. cit., p.1052; K. H. Schwab y H. Prütting, *Sachenrecht*, op. cit., p. 170.

fiduciaria, ello debe tener relevancia en un procedimiento colectivo⁹⁷. Su justificación la encuentra la doctrina alemana en los principios concursales (*par conditio creditorum* y principio de conservación de la empresa), que considera no llegan a poner en entredicho la eficacia real de la transmisión en garantía, ya que el tomador consigue lo que perseguía: obtener el producto de realización del valor del bien garantizado⁹⁸.

34. La función fiduciaria de la propiedad en garantía, que permite distinguir entre la propiedad económica (*wirtschaftlichen Eigentum*) que corresponde al otorgante de la garantía, frente a la formal que se atribuye al tomador (*formellen Eigentum*)⁹⁹ y que lleva a la doctrina alemana a hablar de eficacia “cuasi real” del acuerdo fiduciario¹⁰⁰, también se observa en los procedimientos de insolvencia del tomador. Si el bien se encontrara bajo la posesión de éste —lo que ya se ha dicho, sería algo excepcional—, al otorgante le correspondería un derecho de separación sobre la masa, del § 47 *InsO*, se haya pactado o no una condición resolutoria en el acuerdo de garantía, siempre que el crédito garantizado se haya extinguido, se satisfaga o se ofrezca su satisfacción al administrador concursal, a quien el otorgante no podrá imponer un cumplimiento anticipado¹⁰¹.

35. En conclusión, la circunstancia de que esta garantía no exija desplazamiento de la posesión no parece un obstáculo para su reconocimiento en España, que conoce, admite y regula la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, a cuya regulación se aproximan los efectos que doctrina y jurisprudencia alemana atribuyen a la posición del adquirente en los procedimientos colectivos contra prestatario, similar a la del acreedor pignoraticio. Ello permite también concluir que, como modelo a seguir, quizás para ese viaje no se necesiten estas alforjas; es decir, que una transmisión de la propiedad en garantía que distingue la propiedad material de la propiedad formal o fiduciaria, que la aproxima en sus efectos a la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento, sólo alcanza sentido en un Derecho como el alemán, que no conoce ni permite la hipoteca mobiliaria o prenda sin

⁹⁷ Cf. R. Serick, *Garantías mobiliarias en Derecho alemán. Perfiles y principios* (traducción de A. Carrasco Perera de la obra original *Deutschen Mobiliarsicherheiten. Aufriss und Grundgedanken*), Madrid, Tecnos, 1988, pp. 36–37: el autor entiende que el fiduciario es titular de un derecho de propiedad pleno, aunque excepcionalmente puede ver reducida la intensidad de este derecho y, correlativamente, su posición jurídica, que queda reconducida a la de un acreedor pignoraticio.

⁹⁸ *Vid.*, en este sentido, A. Macía Morillo, “Una aproximación...”, *loc. cit.*, p. 30 y H. Westermann, H.P. Westermann, K.-H. Gursky y D. Eickmann, *Westermann Sachenrecht, op. cit.*, p. 352 (de la traducción, pp. 603–604).

⁹⁹ *Vid.* K. H. Schwab y H. Prütting, *Sachenrecht, op. cit.*, p. 163.

¹⁰⁰ *Vid.* H. Westermann, H.P. Westermann, K.-H. Gursky y D. Eickmann, *Westermann Sachenrecht, op. cit.*, pp. 352–353 (de la traducción pp. 602–605).

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 353 (de la traducción 605); igualmente A. Macía Morillo, “Una aproximación...”, *loc. cit.*, pp. 32–33.

desplazamiento, pero no en el español; salvo que se pretenda relajar los rigores formales de las garantías sin desplazamiento previstas en la legislación española. Son precisamente tales exigencias las que pueden dificultar la eficacia en España, de una garantía carente de requisitos formales: que no se exija su acceso a un registro público, ni constancia en escritura pública y ni siquiera en un documento, resulta difícil de admitir desde el punto de vista de la seguridad del tráfico que impone en Derecho español la publicidad de este tipo de garantías. Este y otros tantos problemas relativos a su validez y eficacia en España serán tratados en el último epígrafe.

V. Los textos internacionales precursores de la circulación internacional de las garantías reales: especial referencia al Convenio de Ciudad del Cabo

36. La enorme diversidad de soluciones contempladas en los derechos nacionales —de la que los ordenamientos analizados no constituyen más que una muestra— no sólo afecta a las garantías reales, sino a todos los sectores con los que aparece estrechamente relacionada esta materia (normas procesales, concursales, contractuales, y registrales), lo que provoca una enorme inseguridad jurídica en el comercio internacional, insostenible desde el punto de vista económico. Concretamente el problema surge cuando el derecho de garantía constituido conforme a un ordenamiento jurídico extranjero tiene efectos limitados en el foro, es desconocido o, incluso, está prohibido.

Teniendo en cuenta la importancia que en el comercio internacional representan las garantías reales como formas de financiación y, por tanto, de circulación del crédito¹⁰², desde la última década del siglo XX ha existido una gran preocupación en diversas instancias internacionales por facilitar la circulación de las constituidas conforme a los derechos nacionales o, incluso, por la creación de nuevas formas de garantía con eficacia internacional entre las que se incluya la propiedad y más concretamente la transmisión de la propiedad en garantía¹⁰³.

37. Comenzando por los intentos regulatorios con alcance mundial, el derecho de propiedad como forma de garantizar el cumplimiento de una obligación se encuentra incluido en el ámbito de aplicación material de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre operaciones garantizadas y suplemento relativo a las garantías

¹⁰² *Vid. supra*, la introducción a este trabajo.

¹⁰³ *Vid.*, entre otros, U. Drobnig, “Transfer of Property”, en A. Hartkamp et al., *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Kluwer, 2004, pp. 725–740; E.–M. Kieninger, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; *ibid.* “Perspektiven für ein europäisches Mobiliar Sicherungsrecht”, *ZEuP*, 2016–I, p. 201.

reales sobre propiedad intelectual. Aunque no sólo abarca operaciones internacionales, este texto contiene reglas de Derecho internacional privado que determinan la ley aplicable a la “garantía real” –sea cual sea la calificación que reciba– (*lex rei sitae*; ley del lugar de situación del cedente en caso de bien inmaterial; ley del Estado donde esté protegida la propiedad intelectual, salvo algunas excepciones). Para su eficacia frente a terceros exige con carácter general la inscripción, salvo excepciones en caso de posesión o “control” por el acreedor garantizado de algunos bienes gravados. La prelación se establece generalmente por el orden temporal de la inscripción, teniendo preferencia el crédito inscrito en un registro especializado sobre el que lo esté en un registro general, si bien el derecho sobre determinados bienes que se hagan oponibles a terceros por la posesión o el “control”, tiene prelación sobre otras garantías. Establece, en fin, la “super–prelación” de las garantías reales para financiar adquisiciones¹⁰⁴.

38. A nivel regional, en el ámbito de la UE la transmisión de propiedad en garantía también ha sido incluida en la regulación de un texto de naturaleza académica como el *DCFR* de 2009¹⁰⁵. Las garantías reales sobre bienes muebles se encuentran recogidas concretamente en el Libro IX (*Proprietary security in movable assets*) y divididas en siete capítulos (art. IX.–1:101 y siguientes), estando regulada expresamente la transmisión de propiedad en garantía [art. IX.–1:103 (3), *security transfer of ownership*]. Establece un régimen de constitución, de prelación, de publicidad registral y crea un registro internacional de garantías, cuya inscripción constituye un requisito de oponibilidad frente a terceros de las garantías inscritas. Además, regula la eficacia de tales garantías en situaciones de insolvencia y ejecución forzosa.

Concretamente, para su creación o constitución basta con un acuerdo entre las partes (art. IX–2: 101), pero para su oponibilidad frente a terceros se establecen tres sistemas: el registro, la posesión y el control (art. IX–3:102), aunque se establece un sistema especial de registro para la financiación de adquisiciones (art. IX–3:107). Resulta especialmente destacable que se contempla la creación de un Registro central europeo de garantías (art. IX–3:303), en el que quedará registrada una mera notificación de la garantía con un contenido mínimo (art. IX–3:308), cuya función es la de fijar la fecha de la garantía, que servirá a efectos de prelación. No considera válido el pacto comisorio anterior al incumplimiento de la obligación garantizada (art. IX–5:101), salvo que se trate de bienes fungibles que se comercialicen en mercados conocidos con precios publicados (art. IX–7:105), pero en todo caso será posible el pacto una vez producido el incumplimiento. En

¹⁰⁴ Vid. Naciones Unidas, *Textos sobre garantías reales preparados por la CNUDMI, la Conferencia de La Haya y el UNIDROIT*, Viena, Oficina de las Naciones Unidas, 2012.

¹⁰⁵ C. von Bar, E. Clive y H. Schulte–Nölke (ed.), *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCF)*, Múnich, Sellier, 2009.

caso de incumplimiento de la obligación garantizada prevé dos mecanismos de ejecución: uno judicial y otro extrajudicial, debiendo este último tener lugar de forma “comercialmente razonable” y, si es posible, en cooperación con el garante (art. IX-7:103)¹⁰⁶.

39. Pero, sin duda, de mayor trascendencia, por tratarse de un texto de *hard law* y haber entrado en vigor en España recientemente, merece especial consideración el Convenio celebrado a iniciativa de UNIDROIT y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI/ICAO), relativo a las garantías internacionales sobre elemento de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 noviembre 2001 y ratificado por España en 2013¹⁰⁷. Su ámbito de aplicación material se refiere a las “garantías internacionales”, concepto autónomo que concilia todas las figuras conocidas en las distintas tradiciones jurídicas y en el que quedarían incluidas las transferencias de propiedad en garantía [arts. 1 o) y 2]. Respecto de las mismas establece un régimen uniforme de constitución, de producción de efectos, de remedios del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, de prelación en los procedimientos colectivos y de publicidad, a través de su inscripción en un Registro internacional (art. 16), que otorga eficacia internacional a todas esas garantías, con independencia del lugar donde se encuentren los bienes gravados¹⁰⁸. Para poder conciliar su objetivo unificador con el respeto a la diversidad de tradiciones jurídicas de los Estados parte, el Convenio combina normas materiales con otras de remisión a las normas de conflicto del foro¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Vid. H. Eidenmüller, F. Faust, H.C. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner y R. Zimmermann, “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)”, traducción de B. Rodríguez-Rosado, *ADC*, 2009, pp. 1461–1522; U. Drobnig, “The Rules on Proprietary Security in Book IX DCF”, en E. Lauroba Lacasa (dir.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp.15–38; J.M. Rodríguez Olmos, “Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el Derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos”, *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 13, n° 2, julio–diciembre–2014, pp. 3–27.

¹⁰⁷ Instrumento de ratificación publicado en *BOE* n° 238, de 4 octubre 2013. Con anterioridad se produjo la adhesión de la CE al Convenio y al Protocolo aeronáutico, mediante depósito de su instrumento de adhesión el 28 abril 2009, que entraron en vigor para la CE el 1 agosto 2009; vid. la *Decisión del Consejo de 6 abril 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico*, adoptados conjuntamente en Ciudad del Cabo el 16 noviembre 2001 (2009/370/CE), D.O. L 121/3, de 15 mayo 2009.

¹⁰⁸ Vid., R. Goode, *Official Commentaries on the Convention on International Interest in Mobile Equipment and Protocols Thereto*, Unidroit, 3rd. edition, 2013, *passim*; disponible en <http://www.unidroit.org/official-commentary>.

¹⁰⁹ Para un análisis del complejo sistema de coordinación de normas que establece el convenio, vid., T. Rodríguez de las Heras Ballell, “El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil”, *ADC*, 2012, pp. 1605–1651; *ibid.*, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional, El Convenio de ciudad del Cabo y su Protocolo*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

A pesar de la innata internacionalidad (carácter transfronterizo o, incluso anacional) de los bienes objeto de la garantía, el Convenio se aplica no sólo a relaciones transfronterizas, sino también internas –ya que podrían devenir internacionales con el transcurso del tiempo–, salvo que el Estado parte haya declarado que no se aplique a las internas, mediante reserva contemplada en su art. 50 y de la que ni España ni la mayor parte de los Estados ha hecho uso. Su ámbito de aplicación espacial viene determinado por la circunstancia de que el deudor de la garantía esté situado en un Estado contratante en el momento de constitución de la misma (arts. 3 y 4).

En cuanto a su ámbito de aplicación objetivo, el Convenio pretende facilitar la financiación¹¹⁰ de la adquisición y el uso de ciertos elementos de transporte aéreo, ferroviario y espacial (células y motores de aeronaves y helicópteros, material rodante ferroviario y bienes de equipo espacial –art. 2.3º–), de fuerte importancia económica, carácter eminentemente transfronterizo y débil vinculación territorial, en los que la controvertida regla *lex rei sitae* resulta especialmente ineficaz. Aunque el Convenio se acompaña de tres Protocolos (aeronáutico, ferroviario y espacial), Convenio y Protocolos deben considerarse e interpretarse como un único instrumento (art.6.1º). La adhesión al Protocolo aeronáutico en 2016¹¹¹, ha permitido la entrada en vigor en España del Convenio y su aplicación a ese tipo de bienes a partir del 1 marzo 2016¹¹².

40. Por lo que aquí interesa, la garantía podrá constituirse mediante un contrato (art. 2.2º), en caso de transmisión de propiedad, un contrato constitutivo de garantía¹¹³. Su art. 7 establece sencillos requisitos de validez formal del mismo: debe constar por escrito, debe identificarse el objeto de la garantía –del que el otorgante pueda disponer– y la obligación garantizada. La calificación del contrato, su vali-

¹¹⁰ Internacionalizando el mercado de las garantías mobiliarias para hacerlo más competitivo; *vid.*, en este sentido, Y. Zasu y I. Sato, “Providing credibility around the world: effective devices of the Cape Town Convention”, *Eur. J. L. & Economics*, 21 junio 2011, pp. 1–25.

¹¹¹ Instrumento de adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, publicado en BOE 1.2.2016.

¹¹² En el complejo proceso de implementación deben tenerse en cuenta otros hitos, como determinadas declaraciones realizadas por España, así como la aprobación del nuevo Reglamento de Registro de Aeronaves, por R.D. 348/2015, de 22 mayo 2015, cuya DA 6ª permite articular el funcionamiento de este registro nacional y el Registro internacional creado por el Convenio y regulado en su Protocolo aeronáutico; para un análisis de esta cuestión; *vid.* en este sentido, T. Rodríguez de las Heras Ballell, “La adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo” (Parte I y II), *Bitácora Millenium*, nº 2, 2015, pp. 88–100; igualmente *vid.*, F.J. Gómez Gállego e I. Heredia Cervantes, “El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 731, mayo 2012, pp. 1415–1449.

¹¹³ Para el resto de las garantías: un contrato de venta con reserva de dominio o un contrato de arrendamiento.

dez de fondo, la capacidad y el consentimiento de las partes, y cualquier otra cuestión relativa a su eficacia y efectos, así como las cuestiones regidas por el Convenio, pero no reguladas expresamente en el mismo, quedan sometidas a la ley aplicable en virtud de las normas de conflicto del foro (arts. 5.2º y 3º). De esta forma se salva la competencia legislativa de la UE por lo que se refiere a la ley aplicable al contrato, regulada en el Reglamento Roma I.

Una vez constituida válidamente la garantía conforme a la ley aplicable al contrato, gozará de la consideración de garantía internacional en virtud del Convenio y le será de aplicación el régimen uniforme de protección frente al incumplimiento del deudor, de publicidad, eficacia y oponibilidad frente a terceros, derivada de su inscripción en el Registro internacional que crea cada Protocolo, que le permite tener preferencia, incluso frente a las garantías nacionales constituidas con anterioridad que no hayan accedido a dicho Registro internacional¹¹⁴.

La inscripción no constituye un requisito de validez de la garantía, sino de publicidad, eficacia y oponibilidad frente a terceros, lo que asegura su prioridad; por tanto, no es requisito para que el acreedor garantizado pueda gozar de las medidas de protección previstas por el Convenio en caso de incumplimiento del deudor, por tratarse de efectos *inter partes* derivados del contrato de constitución de la garantía. Tales medidas de protección se contienen en normas sustantivas y algunas de remisión a los Derechos nacionales: así, los arts. 8 y 9 detallan las medidas de protección del acreedor garantizado para el supuesto de incumplimiento del deudor previsto en el art. 11. El acreedor podrá tomar la posesión o el control del bien gravado, venderlo o arrendarlo previo aviso a las personas interesadas, percibir los frutos de su gestión o su explotación, directamente o solicitarlo al tribunal, que deberá hacerlo en forma “comercialmente razonable”, entendida esta, de acuerdo con las cláusulas contempladas en el contrato constitutivo de la garantía, salvo que se consideren “excesivas”. Las cantidades percibidas se imputarán al pago de la deuda¹¹⁵.

Por tanto, y aunque los arts. 8 y 9 contemplan el pacto comisorio, establecen ciertas cautelas; así, se exige para ello un acuerdo posterior al incumplimiento previsto en el art. 11; además, el tribunal sólo podrá otorgar la medida consistente en la transferencia al tomador de la propiedad del bien gravado, si el valor del bien se corresponde con el montante de la deuda. En cualquier caso, España ha hecho

¹¹⁴ Como se verá *infra*, Las garantías nacionales también pueden protegerse y gozar de la prioridad de las garantías internacionales, mediante su inscripción previa en un registro nacional y la inscripción de un aviso de su creación en el Registro internacional que crea el Convenio (art. 1 t).

¹¹⁵ Salvo que el tribunal disponga otra cosa, el acreedor garantizado deberá repartir el excedente entre los acreedores de menor rango cuyas garantías hayan sido inscritas o de las que haya sido informado, debiendo entregar el saldo sobrante al otorgante de la garantía.

uso de la reserva prevista en el art. 54 para limitar sus efectos y someterlo a autorización del tribunal. No obstante, con posterioridad y con motivo de la adhesión al Protocolo Aeronáutico, España ha hecho uso de la declaración prevista en el art. 53, que extiende el término “tribunal” a todas las autoridades competentes en España en cada caso y en cada momento.

Además, el art. 12 del Convenio permite adoptar cualquier otra medida adicional permitida por la ley aplicable, incluyendo las acordadas por las partes, siempre que no se opongan a las normas imperativas contempladas en el art. 15. Este precepto permite, además, que las partes puedan acordar por escrito la inaplicabilidad o la modificación de esas medidas, siempre que se respeten tales normas imperativas (contenidas en los arts. 8.3º a 8.6º, 9.3º, 9.4º, 13.2º y 14).

Como ya se ha señalado, la oponibilidad de la garantía frente a terceros y su prioridad se asegura mediante la inscripción en el Registro internacional (arts. 16 y ss.) cuyos requisitos se establecen en cada Protocolo (art. 18), sin función calificadora, y que le otorga preferencia sobre las que accedan al registro con posterioridad y sobre las que no accedan. La garantía internacional creada por el Convenio tiene preferencia incluso sobre las garantías nacionales constituidas con anterioridad conforme a los ordenamientos jurídicos internos, aunque se hayan hecho constar mediante aviso en el Registro internacional de garantías (art. 29). Además, el Convenio prevé el reconocimiento de tales garantías en los procedimientos de insolvencia contra el deudor, siempre que hayan sido inscritas de conformidad con el Convenio con anterioridad a la apertura del procedimiento, salvo que la *lex concursus* no exija inscripción (art. 30)¹¹⁶.

41. A pesar de su complejidad, el balance del Convenio de Ciudad del Cabo es positivo, pues ha conseguido superar con fórmulas originales las enormes divergencias nacionales en el tratamiento de las garantías mobiliarias. Sus logros parecen significativos: creación de un concepto autónomo de garantía internacional; creación de un conjunto de reglas, también uniformes, de protección del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, que conviven con otras previstas por la *lex causae*, incluso por la autonomía de la voluntad, siempre que esta última y el propio Convenio las permita; creación de un importante sistema de publicidad de tales garantías mediante su inscripción en el Registro Internacional que regulan los Protocolos respectivos; todo ello les otorga un importante grado de eficacia, a través de la oponibilidad frente a terceros de la preferencia

¹¹⁶ En todo caso, téngase en cuenta las declaraciones realizadas por España en relación a los arts. 39 y 40 del Convenio; sobre esta cuestión, *vid.* T. Rodríguez de las Heras Ballell, “Claves para la aplicación en España del Convenio Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico (Parte I y Parte II)”, *Bitácora Millennium*, nº 3, 2016, pp. 100–114; A Galindo Aragoncillo y F. Navarro Coderque, “El pacto comisorio...”, *loc. cit.*, pp. 16–18.

de la que gozan. Tan solo queda que los jueces nacionales, al interpretar el Convenio en virtud de su art. 5, no desvirtúen tales logros. El tiempo y la práctica judicial dirán.

VI. Validez y eficacia en España de la *fiducie-sûreté* y de la *Sicherungsübereignung*

1. Introducción

42. Recapitulando lo dicho hasta aquí, podemos concluir que los logros alcanzados por los intentos unificadores analizados, especialmente los del Convenio de Ciudad del Cabo, son aún muy escasos y sectoriales, a pesar de la innegable importancia económica de la materia objeto de regulación. Por tanto, más allá de ello, la mayor parte de las operaciones fiduciarias que tienen lugar en el comercio internacional siguen suscitando dos tipos de problemas, unos de alcance más teórico, relativos a su validez y los otros de mayor trascendencia práctica, que se refieren a su eficacia. Cuestiones que, como ya se ha visto, no están resueltas ni siquiera cuando las operaciones son puramente internas, porque tienen lugar íntegramente en el mercado español, pues nuestro Derecho privado no las regula, y su encaje no provoca respuestas unánimes ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. En realidad, ya se ha dicho también, las dudas relativas a su admisibilidad no son tales y tienen respuestas difícilmente cuestionables porque ya cuentan con el apoyo unánime de la jurisprudencia; menos unanimidad doctrinal y jurisprudencial encuentran, sin embargo, los aspectos derivados de su eficacia frente a terceros.

43. En este contexto se propone ahora abordar, desde una óptica internacional privatista, qué problemas reales de validez y eficacia plantearían a las autoridades españolas la *fiducie-sûreté* y la *Sicherungsübereignung*, algunos de los cuales ya han sido apuntados *supra*, en los epígrafes dedicados a sus análisis respectivos, aunque en este serán tratados de forma sistemática y recapitulativa. El punto de partida es que en DIPr español, además de la validez del contrato (título), todos los aspectos relativos al contenido obligacional de la venta en garantía se regulan por la *lex contractus* (art. 12 RR I). Por su parte, la constitución del derecho real, su transmisión o adquisición, el contenido y los efectos (*inter partes* y frente a terceros), así como su publicidad, se rigen por la *lex rei sitae* (art. 10.1º Cc). Por último, pero no menos importante, los efectos de la venta en garantía en los procedimientos de insolvencia quedan sometidos a los principios y las normas concursales conforme a la *lex concursus*. Como puede intuirse, la situación no es nada simple y plantea un gran número de problemas de aplicación de las normas de

conflicto. En todo caso, debe decirse que este epígrafe no tiene por objeto ni mucho menos agotarlos, sino plantear e intentar resolver los derivados estrictamente de la distinta configuración que la fiducia *cum creditore* presenta en los ordenamientos que hemos elegido para este estudio, y su encaje en nuestro sistema jurídico¹¹⁷.

2. Problemas de reconocimiento de la validez en España de la fiducia-sûreté y de la Sicherungsübereignung

A) Introducción

44. Para que la *fiducie-surété* y la *Sicherungsübereignung* puedan ser reconocidas en España es necesario que hayan sido creadas válidamente conforme a la ley de situación del bien en el momento de su transmisión o adquisición (*lex rei sitae*). Además, para asegurar la continuidad del derecho real de garantía, será necesario resolver los problemas de conflicto móvil que provoquen el desplazamiento del bien a España, siendo la nueva *lex rei sitae* la que determine los aspectos relativos a su contenido y oponibilidad *inter partes* y frente a terceros —como se verá *infra*—; pero eso tampoco es suficiente, será necesario también que la ley española reconozca esa garantía extranjera, lo que no debe plantear problemas si encuentra una análoga o equivalente en el foro¹¹⁸.

Dicho reconocimiento se realiza mediante el método que la doctrina denomina transposición: procedimiento para resolver los problemas que plantea el fraccionamiento de las relaciones jurídicas continuadas, en caso de conflicto móvil¹¹⁹. Este procedimiento se compone de dos fases. En la primera, o de calificación, se busca la equivalencia entre la garantía extranjera y una interna; en la segunda, o de subsunción, se determina si reúne los requisitos de la garantía interna para producir los efectos que el Derecho interno le atribuye. Sin embargo, en principio, la técnica de la equivalencia de instituciones se encuentra con una serie de obstáculos a salvar, derivados de la propia configuración que presenta la venta en garantía en Derecho español, que ya han sido planteados *supra* con carácter general y que ahora traemos a colación¹²⁰.

¹¹⁷ La clasificación de los problemas responde básicamente a la realizada por la mayor parte de la doctrina internacional privatista; *vid.* en este sentido N. Bouza Vidal, *Las garantías mobiliarias...*, *op. cit.*, pp. 103–107 y S. Sánchez Lorenzo, *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 163–176.

¹¹⁸ N. Bouza Vidal, *Las garantías...*, *op. cit.*, pp. 195 y 199.

¹¹⁹ *Cf.* N. Bouza Vidal, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 81–92.

¹²⁰ N. Bouza Vidal, *Las garantías...*, *op. cit.*, p. 200.

B) Problemas derivados de la teoría del título y el modo

45. En España, la transmisión de la propiedad o la constitución de cualquier derecho real, requiere que exista un título (acuerdo de voluntades o contrato), así como un modo o acto generador de la adquisición del derecho real, que puede ser un traspaso posesorio (*traditio*) o el cumplimiento de determinados requisitos formales (otorgamiento de escritura pública) o de publicidad (inscripción registral). Sin embargo, en otros ordenamientos jurídicos basta el mero acuerdo de las partes (principio consensualista). Será la ley del lugar de situación del bien en el momento de la realización del acto constitutivo o transmisivo, o de la perfección del contrato o acuerdo, la que determine cuáles sean los requisitos exigidos. Si el bien se encuentra en Francia en ese momento, aunque el Derecho francés, (*lex rei sitae*) sea el típico modelo de sistema consensualista, en este caso exige como requisito de validez de la *fiducie-surété*, que se constituya mediante contrato solemne, que debe constar por escrito y contener determinadas menciones obligatorias, incluida la deuda garantizada, así como el valor estimado del bien transferido al patrimonio fiduciario; además, el contrato debe ser registrado en el servicio de impuestos y en el Registro nacional de fiducias, inscripción que no cumple una función de publicidad para su oponibilidad frente a terceros –pues no está destinado a ser consultado por éstos–, sino de control fiscal.

Si el bien se encuentra en Alemania en el momento de constitución, el Derecho alemán, en cuanto *lex rei sitae*, exige para la constitución de la *Sicherungsübereignung*, la transmisión –negocio abstracto respecto del acuerdo de garantía–, que puede realizarse mediante la entrega de la cosa, aunque resulta más común que tenga lugar mediante acuerdo de transmisión (*constitutum possessorium*) o a través de cesión de la acción reivindicatoria al tomador.

Si el bien es trasladado a España después de haberse perfeccionado el contrato y constituido la *fiducie-sûreté* conforme al Derecho francés (*lex rei sitae* en el momento de la constitución), no debe plantearse ningún problema de reconocimiento de su validez en España, pues en caso de garantías reales sin desplazamiento tampoco hay *traditio* en Derecho español, sino cumplimiento de determinados requisitos formales o de publicidad. Ahora bien, si estos últimos no son considerados por los tribunales españoles como modos de adquisición del derecho real, en el sentido de condiciones de validez de su constitución, sino como condiciones de oponibilidad frente a terceros, quedarían sometidos a la ley española si el bien se encontrara en España en el momento en que se hicieran valer sus efectos. Pero esta será una cuestión de eficacia a abordar en el epígrafe dedicado a los efectos frente a terceros¹²¹.

¹²¹ Vid. N. Bouza Vidal, *Las garantías*, op. cit., pp. 197–198.

Del mismo modo, si el bien se encontraba en Alemania en el momento de constitución de la *Sicherüberweisung* mediante *constitutum possessorium*, esta forma de transmisión tampoco parece vulnerar ninguna norma imperativa española, ni el orden público del foro. Dicho acuerdo traslativo expreso es admitido en Derecho español para los casos en que la cosa vendida no pueda trasladarse al poder del comprador en el momento de perfeccionarse la venta, según el art. 1463 Cc, precepto que, interpretado en sentido amplio, lleva a la doctrina a concluir que en Derecho español es admisible la transmisión de la propiedad o la constitución de cualquier otro derecho real por mero acuerdo de las partes¹²².

C) Problemas derivados del principio de causalidad y de la relación de accesoriadad entre contrato principal y contrato de garantía

46. Aunque los aspectos relativos a la validez del título se determinen conforme a la *lex contractus* [art. 10, 11 y 12.1 e) RR I], mientras que los referidos a la transmisión o modo de adquisición del derecho real se rijan por la *lex rei sitae* en el momento de constitución, (art. 10.1º Cc), en un sistema causalista como el español, la validez del contrato es un *prius* lógico a resolver, pues condiciona la validez de la garantía. Así, la validez material del contrato viene determinada por la *lex contractus*: en virtud del art. 3 RR I, la elegida por la partes y, en defecto de elección conforme al citado precepto, si se trata de una venta en garantía de un inmueble, sería aplicable la ley del país donde esté sito el bien inmueble [art. 4.1 c)], mientras que si se trata de una venta en garantía de un bien mueble, será aplicable la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2º RR I), en este caso el fiduciante; salvo que del conjunto de las circunstancias se desprenda claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado, en cuyo caso se aplicará la ley de este último (art. 4.3 RR I).

A diferencia del Derecho español, como ya se ha dicho, en el Derecho alemán, la *Sicherungsüberweisung* es un negocio abstracto, al que no le afecta, en principio, la invalidez del acuerdo de garantía, salvo que las partes expresamente lo hayan hecho depender del mismo. Pero si finalmente, aunque al acuerdo resultara aplicable el derecho alemán en virtud del RR I, el bien estuviera situado en España en el momento de la transmisión, a los aspectos relativos a la constitución del derecho real le sería aplicable la ley española (art. 10.1º Cc) y, por tanto, la constitución de la garantía real quedaría sometida a las vicisitudes del acuerdo de garantía, en virtud del principio de causalidad sobre el que se sustenta el Derecho español.

¹²² *Ibid.*, p. 75, siguiendo a Díez-Picazo.

47. Por otra parte en Derecho español el contrato de garantía es un contrato accesorio respecto del contrato principal (préstamo)¹²³, mientras que en Derecho alemán a la transmisión en garantía tampoco le afecta la validez del contrato de préstamo, no en virtud del principio de abstracción, sino de la inexistencia de accesoriedad entre contrato principal y acuerdo de garantía, pues son dos negocios independientes, salvo que las partes, expresa e inequívocamente lo hayan hecho depender de la subsistencia del crédito garantizado¹²⁴. Pues bien, si la ley aplicable al contrato de garantía es la española, la nulidad del contrato de préstamo –conforme a su propia *lex contractus*–, determinará la de la venta en garantía (por aplicación del principio de accesoriedad) y la inexistencia del derecho real de garantía, por establecerlo así la ley rectora del contrato accesorio de garantía¹²⁵.

D) Problemas derivados del principio de tipicidad de los derechos reales

48. En Derecho español, a diferencia del sistema alemán, en el que el principio de autonomía de la voluntad y la costumbre constituyen fuentes de creación de nuevos derechos reales, rige el principio de *numerus clausus* de estos derechos y el correlativo principio de inexistencia de privilegios sin ley, que tienen por objeto proteger la seguridad del tráfico. Ello podría impedir la eficacia en España de la *fiducie-sûreté* y de la *Sicherungübereignung*, constituidas válidamente conforme a cualquiera de estos dos ordenamientos jurídicos. Como ya se ha dicho, el contrato de venta en garantía es considerado válido por nuestra jurisprudencia, es decir, no plantea problemas en las relaciones *inter partes*, tanto si se acepta la teoría clásica de la fiducia o teoría del doble efecto, como si se rechaza. En el primer caso, ya lo hemos dicho, esta mantiene que lo que se transmite es un derecho real conocido y típico como es la propiedad plena (como en la *fiducie-sûreté* francesa). En el segundo, sin embargo, se trata de un derecho real atípico, pero no descono-

¹²³ Como señala B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia...*, *op. cit.*, pp. 203 y 253–254: cantidad entregada en concepto de préstamo y bien fiduciado no constituyen prestación y contraprestación, sino que son obligaciones diversas de estructura inversa una de las cuales garantiza la otra; precisamente, esto es lo que distingue la fiducia *cum creditore* o venta en garantía, de la venta con pacto de retro, venta suspensivamente condicionada al impago de una deuda o venta con pacto de reventa, o cualquier otro negocio de compraventa con finalidad indirecta de crédito, que no sea técnicamente negocio de préstamo con garantía.

¹²⁴ En Derecho alemán la transmisión en garantía no es accesorio del contrato de préstamo, por lo que la inexistencia del crédito garantizado no afecta a la primera [H. Westermann, H.-P. Westermann, K.H. Gursky, d. Eickmann, *Derechos reales*, *op. cit.*, p. 348 (de la traducción p. 597)], mientras que en Derecho español un contrato de préstamo usurario, y por tanto nulo, afectaría a la venta en garantía (cf. B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia...*, *op. cit.*, p. 254).

¹²⁵ S. Sánchez Lorenzo, *Garantías...*, p. 164; aunque este autor atribuye también al principio de causalidad la incidencia de la validez del contrato principal sobre la garantía; por su parte N. Bouza Vidal, *Las garantías...*, *op. cit.*, p. 126, entiende, sin embargo, que la ley aplicable al contrato principal determinará las consecuencias de la nulidad de éste sobre la exigibilidad del contrato de garantía.

cido en la práctica ni rechazado por la jurisprudencia (como la *Sicherungsübereignung* alemana, derecho de propiedad limitado), y ello porque las partes pueden crear derechos reales atípicos en virtud del principio de libertad de pactos del art. 1255 Cc. La cuestión a dilucidar no es, por tanto, de validez, sino de eficacia (y frente a terceros) que tal garantía podría desplegar en España, donde sí actúa el principio de tipicidad de los derechos reales, lo que será abordado *infra* en el apartado correspondiente a los efectos frente a terceros¹²⁶.

E) Problemas derivados de la prohibición del pacto comisorio y de la usura

49. La prohibición del pacto comisorio, permitido en Derecho francés y en Derecho alemán, en principio, podría plantear problemas para su admisibilidad en España, si se considerara de orden público. Aunque ya hemos señalado *supra* que el Código civil lo prohíbe sólo en relación a las garantías reales típicas –prenda e hipoteca (art. 1.859) y anticresis (art. 1.884 Cc)–, no parece de recibo entender que por esa razón no estaría prohibido para las atípicas, que no están previstas en la ley. Mantener esa afirmación supondría, además, frustrar el fin de la norma, incluida en el Código civil para impedir que el acreedor se lucre a costa del deudor, como consecuencia del desequilibrio económico de las prestaciones. Por tanto, al ser la venta en garantía o fiducia *cum creditore* un auténtico contrato de garantía real, debe someterse a los principios generales del derecho de garantías en España, que prohíbe el pacto comisorio, entendido en su sentido tradicional¹²⁷.

En principio y teniendo en cuenta que tanto el Derecho francés como el Derecho alemán –aunque con cautelas– permiten el pacto comisorio, que, sin embargo, es nulo conforme al Código civil, se ha mantenido que en nuestro país no produciría efectos el pacto, pero sí la garantía¹²⁸, si se hubiera constituido válidamente conforme a la *lex rei sitae* (modo) y a la *lex contractus* (título); es decir el pacto sería considerado nulo incluso aunque no fuera la española la *lex contractus* ni la *lex rei sitae*¹²⁹, y ello por aplicación de la excepción de orden público. Como solución se ha propuesto proceder de la misma forma que si el contrato no hubiera incluido pacto comisorio –ello ocurre cuando el contrato de venta en garantía no atribuye al acreedor fiduciario la posibilidad de quedarse con el bien fiduciado, en caso de impago de la deuda, una vez vencido el préstamo–, pudiendo el acreedor

¹²⁶ J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 2016, pp. 707 y 710.

¹²⁷ *Vid. supra*.

¹²⁸ Cf. A. Carrasco Perera, “Comentario a la RDGRN de 30 junio 1987”, *CCJC*, nº 381, pp. 4929–4933, esp. p. 4933; R. Durán Rivacoba, *La propiedad en garantía...*, *op. cit.*, p. 21, B. Rodríguez-Rosado, *Fiducia...*, *op. cit.*, p. 182 y 204–206.

¹²⁹ Sobre la calificación del pacto como cuestión real u obligacional y su subsunción en una u otra norma de conflicto, *vid. infra* el apartado siguiente.

realizar el valor de la garantía conforme a los modos generales previstos para la ejecución de las garantías en nuestro Derecho: enajenar el bien en subasta judicial o notarial, para realizar el valor y cobrarse la deuda, devolviendo en su caso el exceso¹³⁰. Sin embargo, hay que señalar que la garantía extranjera, como le ocurre a la venta en garantía española, en muchos casos no cumplirá los requisitos previstos en nuestra legislación para dicha realización¹³¹, pero esa es una cuestión de eficacia que trataremos en el apartado siguiente.

Se sostiene que de este modo quedaría conjurado el peligro de que se produjera un enriquecimiento del acreedor garantizado a costa del deudor, finalidad de la prohibición del pacto comisorio. Pero debemos plantearnos si es esa la única solución. Concretamente en el caso de la *fiducie-sûreté* francesa, como se ha señalado *supra*, la consecuencia del impago de la deuda es precisamente la apropiación del bien por parte del acreedor, salvo que se hubiera pactado otra cosa en el contrato –como la venta del mismo–. En todo caso se prevé que el acreedor o el fiduciario (cuando no sean una misma persona) devuelvan al fiduciante la diferencia, una vez realizadas las operaciones de valoración por parte de terceros independientes. ¿No es este el procedimiento permitido en nuestra Ley de garantías financieras? ¿No está permitido el pacto comisorio en el Convenio de Ciudad del Cabo, en vigor en España?¹³² ¿No se evita de este modo el peligro de enriquecimiento injusto por parte del acreedor a costa del deudor? ¿No produce las mismas consecuencias que la realización del valor de la garantía según los modos previstos en nuestro ordenamiento jurídico? Como todas estas preguntas reciben una respuesta afirmativa, debemos concluir que no hay razón para que opere la excepción de orden público¹³³.

La *Sicherungsübereignung* tampoco vulneraría el orden público internacional español, si tenemos en cuenta que atribuye un derecho a la realización del valor, normalmente mediante subasta pública, judicial o extrajudicial, pues del acuerdo

¹³⁰ S. Sánchez Lorenzo, *Garantías reales...*, op. cit., pp. 165–167.

¹³¹ *Vid. supra*.

¹³² Con las cautelas que el Convenio prevé para evitar precisamente el enriquecimiento del acreedor a costa del deudor, y teniendo en cuenta que España ha hecho uso de la reserva prevista en el art. 54, para limitar sus efectos y someterlo a autorización de los tribunales, entendido este último término en sentido de “autoridades”, en virtud de la declaración realizada conforme a su art. 53 (*vid. supra*).

¹³³ Así lo ha entendido también la STS 390/2010, de 24 de junio (RJ 2010/5410), en cuyo fundamento de Derecho quinto ha establecido que, si bien el TS “tiene declarado que el pacto comisorio configurado como la apropiación por el acreedor de lo dado en garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado... las razones que en su día justificaron los recelos del legislador no son aplicables a determinadas modalidades de garantía, como lo demuestra el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo... que... admite de forma expresa la licitud de la apropiación en el primer párrafo del art. 11.1”. En el caso objeto del recurso “los valores pignoralados fueron enajenados en un mercado público y transparente –la Bolsa de Nueva York–, en un procedimiento paralelo al previsto en el art. 322 del Código de comercio”, por lo que termina concluyendo que “no aprecia la concurrencia de posibles causas de orden público para rechazar la licitud de la ejecución prevista en el contrato sujeto al Derecho inglés”.

de garantía surge, entre otras obligaciones del tomador, el deber de obtener el mejor precio posible. Además, por las mismas razones dadas en el caso francés, tampoco deberá declararse nulo el pacto que prevea la apropiación, si queda sometido a peritaje y compensación por la diferencia de valor¹³⁴.

3. Problemas de eficacia en España de la *fiducie-sûreté* y de la *Sicherungsübereignung*

A) Introducción

50. En el epígrafe relativo a la validez hemos podido concluir que la *fiducie-sûreté* y la *Sicherungsübereignung* no deben presentar problemas de validez en España, si se han constituido válidamente conforme al Derecho francés y el alemán (*lex rei sitae* en el momento de constitución), y ello porque se admite su existencia y continuidad en Derecho español en caso de traslado del bien a España con posterioridad a dicha constitución (*lex rei sitae* actual / *lex fori*). Sin embargo ello no significa que vayan a ser eficaces y, por tanto, oponibles a terceros adquirentes, a los acreedores del fiduciante o en los procedimientos colectivos contra éste; para eso resulta necesario que mediante la técnica de la transposición puedan subsumirse o reconducirse a algún derecho real típico, encontrándose aquí con los exigentes requisitos formales y de publicidad previstos en la ley española para que la mayoría de estas garantías reales típicas puedan desplegar tales efectos; si ello no fuera posible estas dos figuras serían ineficaces en España¹³⁵.

B) Problemas relativos a su eficacia *inter partes*

51. Como ya se ha señalado, el contenido obligacional de la venta en garantía queda sometido a la *lex contractus* (art. 12 RR I): ésta abarca la obligación del fiduciario de retransmitir el bien una vez cumplida la obligación garantizada, así como los deberes de conservación y administración de este, que pueden corresponder a fiduciante o fiduciario, dependiendo de si ha habido o no desplazamiento de la posesión. Por su parte, el contenido del derecho real se rige por la *lex rei sitae* (art. 10.1º Cc) en el momento de perfeccionarse el contrato de venta en garantía.

La doctrina se ha preguntado si no sería más adecuado distinguir entre efectos *inter partes* y frente a terceros, para reconducir los primeros a la misma ley que regula los derechos y deberes de las partes (*lex contractus*), considerando que se trata de una solución que garantiza mejor la seguridad jurídica y la previsibilidad

¹³⁴ Vid. *supra* el análisis de la figura alemana.

¹³⁵ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho...*, op. cit., pp. 710–711.

de las partes. Esta cuestión ha surgido precisamente en la doctrina y la jurisprudencia extranjera en torno al pacto comisorio y se ha recurrido a la teoría de la calificación para resolverla: si se considera una cuestión obligacional, vinculada a los derechos y deberes de las partes, consideran aplicable la *lex contractus*, ley previsible para las partes, que protege mejor las legítimas expectativas de su titular; mientras que quienes la consideran parte del contenido del derecho real, le aplican la *lex rei sitae*, entendiendo que forma parte de la organización interna del derecho real y afecta al interés de terceros y, por ende, a la seguridad del tráfico¹³⁶. En Derecho internacional privado español vigente no parece posible tal solución, pues el tenor literal del art. 10.1º Cc es claro y se refiere a todos los derechos sobre los bienes, sin distinguir entre situaciones *inter partes* y frente a terceros, por lo que todas deben quedar reguladas por la *lex rei sitae*. Así lo ha corroborado la SAP Burgos 8 febrero 2011¹³⁷.

52. Si el bien se encontraba en Alemania en el momento de perfeccionarse el contrato, el Derecho alemán reconoce al tomador tan solo la propiedad formal o propiedad fiduciaria, una propiedad limitada a una finalidad de aseguramiento que le confiere un derecho eventual de acceso al bien fiduciado (*ius retinendi*), bien que normalmente queda bajo la posesión del otorgante, con la obligación de conservarlo. Dicho derecho se convertirá en un derecho efectivo de realización del valor del bien para cobrarse su crédito contra el fiduciante (*ius distrahendi*), en caso de impago de la deuda garantizada, incluso con preferencia a otros acreedores; mientras que el fiduciante puede hacer valer su derecho de propiedad (real o material) frente al fiduciario, e incluso frente a terceros, salvo que sean de buena fe¹³⁸. Incluso cabría la posibilidad de que se apropiara del bien, siempre que se establecieran las cautelas necesarias para evitar el enriquecimiento del tomador a costa del otorgante.

Si el bien se encontraba en Francia en el momento de perfeccionarse el contrato, el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad plena sobre los bienes o derechos objeto de la fiducia, que queda afecta a un fin de garantía, por lo que deberá conservarlos a favor del beneficiario (que, recordemos, puede ser el constituyente o el acreedor —en el caso de que sea una tercera persona—, dependiendo de que se pague o no la deuda). Si no se pagara, y salvo estipulación contraria del contrato, el fiduciario acreedor adquiriría la libre disposición del bien o del derecho cedido a título de garantía. Si el acreedor adquiere la libre disposición del bien o derecho,

¹³⁶ N. Bouza Vidal, *Las garantías reales...*, op. cit., pp. 139–144.

¹³⁷ La SAP de Burgos (Sección 3ª), nº 47/2011, de 8 de febrero, en su F. J. 6º considera que a la cláusula de reserva de dominio no le resulta de aplicación la ley sueca, a la sazón *lex contractus*, sino la ley española, “porque tratándose de una cuestión de propiedad sobre un bien mueble la norma de conflicto es el art. 10.1 del Código Civil”. En el mismo sentido se pronuncian J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho...*, op. cit., p. 701.

¹³⁸ S. Sánchez Lorenzo, *Garantías reales...*, op. cit., p. 169.

deberá devolver al constituyente la diferencia, en caso de que el bien o derecho exceda del montante de la deuda garantizada, conforme a la valoración llevada a cabo por terceros independientes.

Como ya se ha señalado *supra*, no habría especial inconveniente para reconocerlas en España, en caso de desplazamiento posterior del bien, pero ¿qué efectos produciría? Como estamos hablando de efectos entre las partes, se ha sostenido que no debería aplicarse la técnica de la transposición o conversión a un derecho real típico del sistema español. En efecto, el principio de tipicidad de los derechos reales sólo se justifica frente a terceros, pero en las relaciones entre las partes rige el principio de libertad de pactos (art. 1255 Cc), en virtud del cual podrían crear derechos reales atípicos. Por lo que sus relaciones quedarían regidas por la *lex rei sitae* en el momento de su creación y el Derecho español sólo debería intervenir en caso de vulneración de normas imperativas o de normas de orden público (buena fe o justicia contractual, como se ha puesto de manifiesto *supra*)¹³⁹. Sin embargo, si el fiduciante incumple su obligación de pago y el fiduciario pretende proceder a la realización de su valor en España por encontrarse el bien aquí en dicho momento, aunque la regulación de la fiducia contenida en la *lex rei sitae* del momento de la constitución pueda ser tenida en cuenta como hecho —lo que quizás valdría para la apropiación que dichos ordenamientos prevén con todas las cautelas para evitar un enriquecimiento injusto—, se toparía en muchas ocasiones con la imposibilidad de cumplir los requisitos previstos por la ley española para la ejecución de las garantías reales, planteando problemas similares a los que presentan los efectos frente a terceros; si bien es cierto que posiblemente sean menores que los que presente una venta en garantía española, porque las extranjeras aquí analizadas —al menos la francesa—, suelen cumplir más requisitos formales.

C) Problemas relativos a su oponibilidad a terceros y en el concurso

53. La oponibilidad constituye el aspecto más significativo de todo derecho real y también queda regido por la *lex rei sitae*. Las situaciones son varias. En primer lugar, puede ocurrir que, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del fiduciario que tenga la posesión de la cosa, este pretenda transmitir la propiedad del bien fiduciado a un tercero.

Esta cuestión queda sometida a la ley de situación del bien en el momento de la transmisión al tercero o en que el tercero toma posesión de la cosa, ley que determinará el régimen de protección de los terceros adquirentes, las condiciones de la posesión, el alcance de la buena fe, los supuestos excluidos de protección posesoria, el momento de adquisición del derecho por el tercero, la determinación

¹³⁹Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 707 y 710.

del alcance de la fe pública registral o la eficacia de las garantías mobiliarias no inscritas¹⁴⁰.

54. La solución dependerá, en todo caso, de cómo se haya resuelto el contenido real de la venta en garantía, de modo que se constituye en una cuestión previa. Si la *lex rei sitae* en el momento de perfeccionarse el contrato considera que mediante la venta en garantía el fiduciante transmite al fiduciario un derecho real de propiedad pleno, el tercero habrá adquirido *a domino*, mientras que si considera que se transmite una propiedad fiduciaria o formal el tercero adquirirá *a non domino*. Ya estemos en uno u otro caso, hemos sostenido *supra* que en Derecho español tan solo puede ser considerado protegido el tercero de buena fe¹⁴¹. Así lo ha considerado el TS que habla de la “mitigación” del efecto del principio de relatividad de los contratos, por aplicación del principio de buena fe: es decir, que el de mala fe deja de ser tercero –protegido–, situándose en la posición de su causahabiente¹⁴². Por tanto, la cuestión previa deja de tener trascendencia a estos efectos¹⁴³.

55. Como ya se ha dicho, en la determinación de los efectos frente a terceros, sí influye el principio de tipicidad de los derechos reales, de forma que habría que utilizar la técnica de la transposición, para encontrar la institución equivalente. En el caso de la *Sicherungsübereignung*, en virtud de la cual el tomador adquiere tan solo la propiedad formal, podría equipararse a un derecho real de prenda sin desplazamiento, en la mayor parte de los casos, pero entonces habría que determinar qué función cumplen los requisitos de publicidad de las garantías inscribibles que regula la LHMPD¹⁴⁴. Teniendo en cuenta que tienen como función la seguridad del tráfico ¿Sería eficaz en España la transferencia de propiedad constituida conforme al Derecho alemán, que no exige ni registro, ni escritura pública, ni siquiera documento escrito? Para supuestos marginales de desplazamiento tampoco podría equipararse a la prenda clásica, pues, aunque la posesión constituye un requisito de publicidad (1865 Cc), además, debe constar en escritura pública (1863 Cc), como requisito de oponibilidad frente a terceros. La *fiducie-sûreté*, por su parte, plantearía menos problemas de reconversión en una prenda clásica cuando se hubiera constituido sobre un bien mueble con desplazamiento de la posesión, pues la legislación francesa exige que conste en escritura pública, pudiendo producir los efectos de la prenda. Pero, de nuevo chocaría con los problemas de publicidad

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 702.

¹⁴¹ En caso de adquisición *a non domino* de bienes muebles en España, la posesión de bienes muebles de buena fe equivale al título (art. 464 Cc).

¹⁴² *Vid. supra*.

¹⁴³ En contra S. Sánchez Lorenzo, *Garantías reales...*, *op. cit.*, p. 174, siguiendo a De Castro.

¹⁴⁴ *Vid. supra*.

registral, si se hubiera constituido sobre bienes sujetos en España a inscripción como requisito de publicidad y oponibilidad frente a terceros de la garantía real.

56. Cuando el bien afectado es objeto de un embargo por parte de los acreedores del fiduciante, la ley del lugar de situación del bien en el momento de trabarse el embargo determinará los requisitos para que la garantía pueda oponerse en el procedimiento de ejecución de los bienes del deudor, los requisitos de publicidad para que goce de derecho de preferencia y se determine el rango de su derecho en relación al del acreedor ejecutante, mientras que la *lex fori* —que normalmente será la misma, salvo supuestos excepcionales como el de bienes en tránsito o medios de transporte¹⁴⁵—, establecerá las acciones con las que cuenta el titular de la garantía (tercería de dominio o de mejor derecho), los efectos de tales acciones sobre el proceso de ejecución (derecho de separación o cobro preferente), así como los medios de prueba y de acreditación de la condición de tercerista¹⁴⁶.

57. Por lo que a los procedimientos de insolvencia se refiere, el Reglamento (UE) 2015/848 sólo se aplica a los concursos europeos, entendiendo por tales los procedimientos de insolvencia que se abran sobre deudores cuyo centro de intereses principales (COMI) se localice en un Estado miembro de la UE, mientras que si se localiza en un tercer Estado será aplicable el régimen de la LC, fuertemente inspirada en su Reglamento predecesor¹⁴⁷. El Reglamento establece un procedimiento principal, de carácter universal en el Estado donde el deudor tenga su centro de intereses principales, a cuya ley quedan sometidos, en principio, todos los bienes, se encuentren o no en ese Estado (*lex fori concursus principalis*), aplicable a todos los aspectos sustantivos y de procedimiento (art. 7 R. 2015/848 y 200 LC), con una serie de excepciones (arts. 8–18 Reglamento, en relación a otros Estados miembros y 201–209 LC en relación a terceros Estados); además permite la apertura de procedimientos territoriales, limitados a los bienes del deudor que se encuentren en un EM donde tenga un establecimiento.

A la *lex concursus* quedan sometidos los efectos del concurso sobre los derechos reales constituidos conforme a la *lex rei sitae* del momento de la constitución, salvo las excepciones: así, si el bien gravado con el derecho real se encuentra en el territorio de otro Estado, la declaración de apertura no afecta a ese derecho real (art. 8 Reglamento), o los efectos concursales de la misma quedan sometidos a la legislación concursal del Estado de situación del bien en el momento de declararse

¹⁴⁵ Vid. art. 10.1º, párrafo tercero y 10.2º Cc.

¹⁴⁶ N. Bouza Vidal, *Las garantías...*, op. cit., p. 225; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho...*, op. cit., p. 709.

¹⁴⁷ Reglamento (CE) 1346/2000.

la apertura del concurso (art. 201 LC)¹⁴⁸. Tanto el Reglamento como la LC permiten abrir un procedimiento territorial en España, pese a que el deudor tenga su COMI en el extranjero, si tiene un establecimiento en España (art. 2 Reglamento y 10.3º II LC), ya se haya abierto, el procedimiento territorial, antes o después del principal. En estos casos la masa activa sólo se compone de los bienes situados en España y será aplicable la ley española.

Por tanto, si el bien se encuentra en España en el momento de apertura del concurso, se aplicará la ley española (*lex fori concursus*) al régimen de oponibilidad de los derechos reales. Lo mismo ocurrirá si en España se declara un procedimiento territorial —en ese supuesto *lex fori concursus* y *lex rei sitae* coinciden—. El problema en estos casos, que ya hemos analizado *supra*, es que la Ley Concurso tan solo permite los privilegios contemplados en la misma (art. 89.2º y 90), salvo la excepción de los contemplados en leyes especiales, como el RD Ley 5/2005 sobre garantías financieras. A su vez, el art. 90.2º LC establece que tales privilegios deben estar constituidos con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros (*lex rei sitae* actual), por lo que la *fiducie-sûreté* y la *Sicherungsübereignung* no podrán producir eficacia como créditos privilegiados en el concurso abierto en España.

D) Problemas relativos a su publicidad

58. No existe en Derecho español un registro que permita dar publicidad a la venta en garantía, la *fiducie-sûreté* ni la *Sicherungsübereignung*. Estamos por tanto ante garantías “ocultas”¹⁴⁹, cuya eficacia frente a terceros acreedores será negada en los supuestos en que la publicidad registral se constituye como requisito de oponibilidad *erga omnes*, con objeto de proteger la seguridad del tráfico. Como ya se ha señalado, ni la venta en garantía, ni la *fiducie-sûreté*, ni la *Sicherungsübereignung* lograrán acceder al Registro de la Propiedad de bienes inmuebles, ni al Registro de Bienes Muebles, ni al resto de los registros previstos en las leyes españolas, si no cumplen con los requisitos previstos en las mismas para proteger la seguridad del tráfico. Por tanto, su eficacia quedará muy cuestionada también y principalmente por esta razón¹⁵⁰.

¹⁴⁸ La declaración de apertura del concurso tampoco afectará a las reservas de dominio (art. 10 Reglamento y 201.1, II y 201.2 LC), o a los derechos que recaigan sobre un bien inmueble, buque o aeronave sometidos a registro, que se rigen por la ley del registro (art. 14 Reglamento y 202 LC).

¹⁴⁹ Vid. N. Bouza Vidal, *Las garantías...*, *op. cit.*, p. 217.

¹⁵⁰ Ni siquiera cuando el objeto de la venta en garantía fuera aquel para cuya adquisición se contrató el préstamo, podría pensarse en la posibilidad de que accediera al Registro de bienes muebles como préstamo de financiación, pues esta posibilidad queda vetada en la LVP a las constituidas en el extranjero;

VII. Conclusiones

59. La valoración que merece la admisibilidad y eficacia en España de la fiducia *cum creditore* en la actualidad no puede ser positiva. En primer lugar, podemos concluir que el hecho de que se trate de una garantía basada en el derecho de propiedad, no regulada en Derecho civil común español con carácter general, dificulta su eficacia en el tráfico jurídico interno. Tal y como se manifiesta en la práctica comercial española, presenta perfiles poco claros. Si se puede afirmar, no sin cautelas, que la mayor parte de la jurisprudencia española actual considera la venta en garantía un negocio jurídico válido, dicho reconocimiento no va acompañado de un régimen jurídico que le permita desplegar sus efectos como garantía real. La falta de regulación legal, acompañada de una titubeante jurisprudencia que no ha sido capaz de elaborar una teoría general de la venta en garantía a modo de la jurisprudencia alemana, la reduce a una suerte de garantía en muchas ocasiones “oculta” e incapaz de producir efectos principalmente frente a terceros. En segundo lugar, llegamos a la conclusión de que todas esas circunstancias dificultan enormemente su desarrollo en el tráfico externo. Para demostrarlo, hemos elegido dos tipos de transferencia de propiedad en garantía, una regulada legalmente y otra desarrollada jurisprudencialmente, una configurada en un sistema causalista, otra en un sistema abstracto, para concluir que, constituidas válidamente conforme a cualquiera de estos sistemas jurídicos, su reconocimiento en España prácticamente no plantea problemas de validez, pero sí de eficacia, lo que perjudica enormemente la circulación internacional de las mismas.

60. La elección de los sistemas jurídicos francés y alemán, no ha tenido como objeto únicamente poner de manifiesto los problemas de eficacia que tales transmisiones de propiedad en garantía presentan en España; también se ha pretendido traerlas al debate de una –consideramos– necesaria reforma de nuestro Derecho material de garantías. La tipificación y regulación de la fiducia (*cum creditore*), con carácter general en el Derecho civil español, no sólo permitiría acabar con la incertidumbre sobre la suerte que corren los derechos, expectativas e intereses de partes y terceros de las ventas en garantía constituidas en España, sino que también facilitaría la eficacia en nuestro país de las constituidas conforme a un ordenamiento jurídico extranjero, al encontrar aquí una institución análoga de perfiles nítidos que presentara requisitos formales y de publicidad más flexibles y adaptados a su propia naturaleza de derecho de garantía basado en la propiedad.

además, su art. 5.1 excluye de su ámbito de aplicación las ventas a plazos de bienes muebles que se destinen a la reventa al público; *vid.*, L. Garau Juaneda, “La reserva de dominio en el comercio internacional”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 275–282.

61. Aún así –y más allá de una aconsejable corrección de la conexión *lex rei sitae*–, sería necesario un elemento más para que estas garantías extranjeras basadas en la transmisión de la propiedad desplegaran toda su eficacia en España, elemento en el que ponen su acento los textos internacionales que hemos analizado. Tanto la Guía Legislativa de la CNUDMI, como el DCFR y, especialmente, el Convenio de Ciudad del Cabo, prevén sus respectivos registros centrales de garantías. Aunque la importancia de dichos textos es innegable, no resultan suficientes: los primeros porque constituyen *soft law* y el último porque, a pesar de ser *hard law* y estar en vigor en España, tiene un ámbito limitado sólo a ciertos bienes, aunque de indiscutible valor económico. Por ello concluimos que sería necesaria, además, la creación de un registro europeo y de un registro internacional que abarcara todos los bienes y todas las garantías reales, también las basadas en la transmisión de la propiedad. Ello permitiría conciliar seguridad jurídica y seguridad del tráfico, intereses de los acreedores garantizados e intereses del tráfico nacional e internacional.

Bibliografía

- Albaladejo, M.: “El negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente”, *Actualidad Civil*, 1993/4, pp. 663–675.
- Arana de la Fuente, I.: “La reforma francesa de las garantías mobiliarias”, *InDret*, 2/2012, pp. 1–58.
- Arana de la Fuente, I.: “Sobre la propiedad en función de garantía”, en L. Díez Picazo (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2014, pp. 309–352.
- Aynès, L. y Crocq, P.: *Droit des sûretés*, Paris, LGDJ, 2015.
- Bertoldi, F.: *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Módena, Mucchi, 2012.
- Biscardi, A.: “La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali”, en AA.VV., *Studi in honore di Emilio Betti*, vol. II, *Storia del diritto e diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1962, p. 578 ss.
- Bouza Vidal, N.: *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1991.
- Bouza Vidal, N.: *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977.
- Burdese, A.: *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Turín, Giappichelli, 1949.
- Cabrillac, M./ Mouly, C./Cabrillac, S. /Pétel, P.: *Droit des sûretés*, París, Lexis–Nexis, 2015.
- Caro Gándara, R.: “La protección del consumidor en el funcionamiento de los registros de morosos: un análisis del Derecho español a la luz del Derecho europeo”, en F. Esteban de la Rosa (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015, pp. 959–1011.
- Carrasco Perera, A.: “Comentario a la RDGRN de 30 junio 1987”, *CCJC*, n° 381, pp. 4929–4933.
- Carrasco Perera, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/ Aranzadi, 2009.

- Carrasco, A., Cordero, E. y Marín, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, Thomson / Reuters / Aranzadi, 2015, t. I y t. II.
- Cerles, A.: “La fiducie, nouvelle reine des sûretés”, *JCPE*, 2007.
- Checa Martínez, M.: *El trust angloamericano y el Derecho español*, Madrid, McGraw–Hill, 1998;
- Cordón Moreno, F. (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, t. I, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters/ Aranzadi, 2010.
- D’Ors Pérez–Peix, A.: *Derecho privado romano*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967 (reed. facsimil, Madrid, Civitas, 1985).
- De Castro y Bravo, F.: “El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto”, *RDN*, jul.–dic., 1966, pp. 7 y ss; (también publicado en *AAMN*, 1972, pp. 5 ss).
- Del Pozo Carrascosa, P.: “Los derechos reales de garantía en el Código civil de Cataluña”, en J.M. Miquel González, *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, Madrid, La Ley, 2013, pp. 205–243.
- Drobnig, U.: “The Rules on Proprietary Security in Book IX DCFR”, en E. Lauroba Lacasa (dir.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 15–38.
- Drobnig, U.: “Transfer of Property”, en A. Hartkamp et al., *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Kluwer, 2004, pp. 725–740,
- Durán Rivacoba, R.: *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- Eidenmüller, H., Faust, F., Grigoleit, H.C., Jansen, N., Wagner, G. y Zimmermann, R.: “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)”, traducción de B. Rodríguez–Rosado, *Anuario de Derecho Civil*, 2009
- Fernández Espinar, R.: “La compraventa en el Derecho medieval español”, *AHDE*, t. XXV, 1955, pp. 293–419.
- Fernández Rozas J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson/ Reuters/Civitas, 2016.
- Frezza, P.: *Le garanzie delle obbligazioni (Corso di diritto romano)*, Volume 2, *Le garanzie reali*, Padua, Cedam, 1963.
- Fuenteseca Díaz, P.: “Líneas generales de la fiducia *cum creditore*, en Derecho romano de obligaciones”, en F.J. Paricio Serrano (coord.), *Derecho romano de obligaciones: Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 393 ss.
- Fuenteseca, C.: *El negocio fiduciario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 1997.
- Gaier, R. (Re.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6, *Sachenrecht*, Munich, Beck, 2013, pp. 1046–1075.
- Galicia Aizpurua, G.: *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Madrid, Scientia Iuridica, 2014.
- Galindo Aragoncillo, A., y Navarro Coderque, F.: “El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía”, *Diario La Ley*, nº 8314, de 20 mayo 2014, pp. 1–19.
- Garau Juaneda, L.: “La reserva de dominio en el comercio internacional”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 275–282.

- Garcimartín Alférez, F.J.: “Las garantías financieras: más baratas, más fáciles, más seguras”, en J.M. Miquel González (dir.), *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, Madrid, La Ley, 2013, pp. 69–92.
- Garrido, J.M.: “Los efectos de las garantías financieras en el concurso”, en E. Beltrán y P. Prendes, *Los problemas de la Ley Concursal*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 2009, pp. 285–299.
- Garrigues Díaz-Cañabate, J.: *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 201 (reimpresión de la obra original publicada en 1955).
- Gómez Buendía, M. C.: “La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución”, en S. Nasarre y M. Garrido Melero, *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- Gómez Gállego, F.J. y Heredia Cervantes, I.: “El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 731, mayo 2012, pp. 1415–1449.
- González Beilfuss, C.: *El trust. La institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1997.
- Goode, R.: *Official Commentaries on the Convention on International Interest in Mobile Equipment and Protocols Thereto*, Unidroit, 3rd. edition, 2013, disponible en <http://www.unidroit.org/official-commentary>.
- Iglesia Ferreirós, A.: *Las garantías reales en el Derecho histórico español*, vol. I, *La prenda contractual: desde sus orígenes hasta su recepción en el Derecho común*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1977.
- Jordano Barea, J.B.: *El negocio fiduciario*, Barcelona, Bosch, 1959.
- Kieninger, E.–M.: *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; *id.* “Perspektiven für ein europäisches Mobiliar Sicherungsrecht”, *ZEuP*, 2016–1, pp. 201 ss.
- Lacruz Berdejo, J. L.: “La causa en los contratos de garantía”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981.
- Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2º, Barcelona, Bosch, 1987.
- López López, E.: *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, Madrid, La Ley, 2012.
- Macía Morillo, A.: “Una aproximación a la transmisión en garantía en el Derecho alemán”, *InDret*, 1/2013, pp. 1–46.
- Miquel González, J. M.: *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, “Introducción”, Madrid, La Ley, 2013.
- Pantaleón Prieto, F.: “De la clasificación de los créditos”, en L. Fernández de la Gándara y M.M. Sánchez Álvarez (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 501–540.
- Peña Bernaldo de Quirós, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999.
- Quiñones Escámez, A.: “El derecho contractual francés”, en S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, t. I, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson / Reuters / Civitas, 2016, pp. 243–284.
- Redondo Trigo, F.: “El pacto marciano, el pacto *ex intervallo* y la fiducia *cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto Ley 5/2005”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007, p. 355.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T.: “Claves para la aplicación en España del Convenio Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico (Parte I y Parte II)”, *Bitácora Millenium*, n° 3, 2016, pp. 100–114.

- Rodríguez de las Heras Ballell, T.: “El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil”, *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pp. 1605–1651.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T.: *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de ciudad del Cabo y su Protocolo*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T.: “La adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo” (Parte I y II), *Bitácora Millenium*, nº 2, 2015, pp. 88–100.
- Rodríguez Olmos, J.M.: “Algunas observaciones generales sobre las garantías mobiliarias en el Derecho europeo por medio de tres ejemplos concretos”, *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 13, nº 2, julio–diciembre–2014, pp. 3–27.
- Rodríguez–Rosado, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- Sánchez Lorenzo, S.: *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, Madrid, Civitas, 1993.
- Schwab, K. H. y Prütting, H.: *Sachenrecht*, 32. Auflage, Munich, Beck, 2006.
- Serick, R.: *Garantías mobiliarias en Derecho alemán. Perfiles y principios* (traducción de A. Carrasco Perera de la obra original *Deutschen Mobiliarsicherheiten. Aufriss und Grundgedanken*), Madrid, Tecnos, 1988, pp. 36–37.
- Simler, P. y Delebecque, P.: *Droit civil. Les Surétés. La publicité foncière*, Paris, Dalloz, 2012.
- Simón Moreno, H.: “El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sus aplicaciones prácticas”, en S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 173–192.
- Stürner, R. (Her.): *Jauernig BGB Kommentar*, München, Beck, 16. Auflage, 2015.
- Vidal Martínez, J.: *La venta en garantía en el Derecho civil común español. Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Madrid, Civitas, 1990.
- Virgós Soriano, M.: *El trust y el Derecho español*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2006.
- Von Bar, C., Clive, E., Schulte–Nölke, H. (ed.): *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference(DCFR)*, Munich, Sellier, 2009.
- Westermann, H., Westermann, H.P., Gursky, K–H. y Eickmann, D.: *Westermann Sachenrecht*, 7. Auflage, Heidelberg, Müller, 1998, (traducción española de A. Cañizares Laso, J.M. Miquel González, J.M. Rodríguez Tapia y B. Rodríguez–Rosado, *Derechos reales*, Madrid, Fundación cultural de Notariado, 2007).
- Wiegand, W.: “Anhang zu §§929–931 Eigentum 2”, en K.–H. Gursky, A. Pfeifer, W. Wiegand, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB–Buch 3: Sachenrecht*, §§ 929–984, Neubearbeitung 2016, Berlin, Sellier–De Gruyter, pp. 252–383.
- Zasu, Y./ Sato, I.: “Providing credibility around the world: effective devices of the Cape Town Concension”, *European Journal of Law and Economics*, 21 junio 2011, pp. 1–25.

Recepción: 16 mayo 2017

Aceptación: 9 julio 2017

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO QUE VIENE: EL FUTURO YA ESTÁ AQUÍ

Federico F. GARAU SOBRINO *

SUMARIO: I. Introducción. II. Las obligaciones contractuales inteligentes. III. El intercambio de bienes y servicios a través de Internet. ¿Economía colaborativa o negocio colaborativo? IV. La filiación 3.0. V. Cuando Derecho y religión se confunden. VI. El estatuto personal de las personas electrónicas. VII. A modo de conclusión.

RESUMEN: La realidad está planteando constantemente nuevas cuestiones que exigen una adaptación de las normas jurídicas. El DIPr, como parte del ordenamiento jurídico, debe plantearse si sus soluciones actuales dan respuesta a estos nuevos retos. Para ello, en este trabajo se analizan desde la perspectiva del DIPr algunas de estas cuestiones: los *smart contracts* y la tecnología de la *blockchain*; la economía colaborativa como intercambio de bienes y servicios a través de *marketplaces*; la determinación de la filiación de un ser nacido mediante la técnica de la transferencia mitocondrial; el reconocimiento en el ámbito de la UE de divorcios o repudios decretados en aplicación de la *Sharia* por “tribunales” islámicos radicados en Estados miembros; el posible estatuto personal de los robots. La cuestión es saber cuánto tiempo tardará el DIPr en dar soluciones satisfactorias a estas cuestiones.

PALABRAS CLAVE: OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y EXTRACONTRACTUALES – FILIACIÓN – COMERCIO COLABORATIVO – MATRIMONIO – DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL.

ABSTRACT: *Forthcoming Private International Law: the Future is already here*

Reality is constantly raising new concerns that require the adaptation of legal norms. PIL, as part of any given legal system, should reflect on whether the current in-force solutions match the new challenges. This paper analyses some upcoming demands from the perspective of PIL: the smart contracts and the blockchain technology; the collaborative economy as an exchange of goods and services through marketplaces; the determination of the parentage of a child born by mitochondrial transfer technique; the recognition in the EU of divorces or repudiation enacted under Sharia law by Islamic “courts” located in Member States; and the possible personal status of robots. The question is how long it will take for PIL to provide satisfactory answers to these issues.

* Catedrático de Derecho Internacional Privado (UIB) y miembro del *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)* (Universidad Complutense de Madrid).

KEYWORDS: CONTRACTUAL AND NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS – COLLABORATIVE COMMERCE – FILIATION – MARRIAGE – INTERNATIONAL CIVIL PROCEDURAL LAW.

I. Introducción

Dice el personaje de Don Sebastián en la popular zarzuela “La Verbena de la Paloma” que “hoy las ciencias adelantan que es una barbaridad”; y conste que esto lo cantaba a finales del siglo XIX. Como de costumbre, el Derecho del siglo XXI va por detrás de los acontecimientos, intentando poner parches, tarde y mal, a los avances de la realidad. Y el DIPr, como rama del ordenamiento jurídico, tiene el mismo problema de desajuste con los problemas reales. Baste recordar que en la actualidad el ordenamiento español carece de una norma que regule específicamente el reconocimiento en España de la filiación de los sujetos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. En todos los sectores sociales, los cambios son constantes y ante el silencio del Derecho positivo, la jurisprudencia intenta salir al paso de los acontecimientos con los instrumentos que tiene para interpretar y colmar las lagunas legales. Pero a nadie se le escapa que sus soluciones muchas veces consisten en taponar con barro las grietas que se han abierto en el muro de contención de la presa, que amenaza con saltar por los aires cualquier día y llevarse por delante todo lo que encuentre a su paso.

En las páginas que siguen intentaré abordar desde la óptica del DIPr algunas de estas cuestiones que son ya una realidad. No pretendo hacer un catálogo completo de ellas, porque por más que lo intentase siempre me dejaría alguna, tal es el ritmo al que se producen los cambios. Así pues, he seleccionado cinco cuestiones de actualidad que considero representativas de distintos sectores jurídicos y que, a la vez, presentan múltiples facetas. Desde ahora advierto al lector que no va a encontrar un estudio en profundidad cada tema, puesto que ello exigiría un tratamiento monográfico de una amplitud mayor que la de un artículo doctrinal. Mi intención es realizar un trabajo de prospectiva, presentando la cuestión e intentar observarla y analizarla desde la óptica del DIPr. Para ello, introduzco primero el tema o el problema, porque en caso contrario no sabremos de qué estamos hablando; por ejemplo, en el apartado de las obligaciones contractuales inteligentes es preciso explicar primero qué es un *smart contract* y en qué consiste la tecnología del *blockchain*. A continuación cabe identificar las cuestiones que se plantean desde la perspectiva del DIPr, lo que ha de permitir determinar si el instrumental normativo con el que cuenta en la actualidad el DIPr es capaz de dar respuesta satisfactoria a estas cuestiones, o si deben articularse nuevas soluciones. En algunos temas queda patente que el DIPr va por detrás de la realidad. Sus soluciones “analógicas”, estáticas, no sirven para abordar problemas de tecnología “digital”, en la que los cambios son constantes, ni para salir al paso de una problemática en

constante cambio. Por ejemplo, tan pronto se ha abordado jurídicamente la problemática de las plataformas de Internet para el intercambio de bienes y servicios en materia de alojamiento turístico, han empezado a surgir plataformas en las que al alojamiento se le une una oferta complementaria de carácter artístico o gastronómico, desplazando el mero alojamiento como objeto único del contrato. Otro ejemplo son los avances constantes que se están produciendo en el tema de la autonomía y proceso de toma de decisiones de los robots. En ocasiones, debido a su novedad, me limito a plantear interrogantes sobre posibles soluciones de DIPr. Queda todavía mucho camino por recorrer.

Quiero dejar claro que no voy a entrar en la cansina discusión –propia de los antiguos ejercicios de oposición a los cuerpos docentes universitarios– de si una materia es o no DIPr. Así, no me parece adecuado perder aquí el tiempo –ni hacérselo perder al lector– justificando la “internacionalidad”, o el carácter “transfronterizo”, o el “elemento extranjero” de los problemas de fiscalidad, o de Derecho de la competencia, o de Derecho de establecimiento, o de contratación que surgen en el comercio colaborativo. Debatir aquí y ahora sobre si las cuestiones que voy a plantear forman parte de un concepto estricto y reduccionista del DIPr o de una concepción amplia, me parece un debate empobrecedor y estéril. Considero mucho más útil dejar de dar vueltas a la noria de los eternos problemas del DIPr, especialmente cuando a nuestro alrededor está surgiendo constantemente una realidad con nuevos problemas. La legislación frenética –y de una técnica legislativa más que dudosa– que vivimos en julio de 2015 nos dio una tregua y permitió que durante unos meses nos solazásemos escribiendo de nuevo sobre los “eternos” temas del DIPr, pero al final las novedades envejecen –dejan de ser novedades– y no podemos continuar reflexionando sobre las mismas cuestiones. De lo contrario, las ideas se acaban repitiendo peligrosamente y corremos el riesgo de acarrear una y otra vez, como Sísifo, la roca a la cima desde donde vuelve a caer para iniciar con ella un nuevo ascenso. Aunque haya quien no lo crea, hay vida más allá de la botella de vino de Jerez de M. Dupont. Basta con observar, pues la realidad es muy rica y cambiante. Si no adaptamos nuestra investigación a los nuevos problemas, podemos acabar convirtiendo el DIPr en una disciplina desconectada de la realidad de nuestro entorno y en una rama del ordenamiento jurídico centrada siempre en las mismas viejas cuestiones.

II. Las obligaciones contractuales inteligentes

Empieza a ser frecuente la contratación a través un tipo específico de contrato de gran actualidad y cuya característica principal es que se autoejecuta. De aquí la denominación que se le viene dando de *smart contract* o contrato inteligente, que es fundamentalmente software, porque contiene un código informático para

articular, verificar y ejecutar un acuerdo entre las partes. Es un programa informático con instrucciones condicionales que son verificadas por uno varios ordenadores para asegurar su fiabilidad¹. Una vez que se activan las instrucciones y condiciones, las partes dejan de tener control sobre su cumplimiento². El antepasado de este tipo de contratos inteligentes sería la máquina expendedora de refrescos, que controla el bien, transmitiendo su propiedad a cambio de la introducción de las monedas; además, tiene la ventaja de que permite obtener el refresco a un coste más módico que el que supondría romper la máquina para sacar por la fuerza el producto.

Para su funcionamiento, el *smart contract* precisa del complemento de unos intermediarios de absoluta confianza. Esta labor de intermediación completamente fiable y segura se confía a la tecnología de *blockchain* o cadena de bloques, que es una base de datos en la que se van anotando datos de todo tipo que no pueden ser alterados o revisados, aunque pueden ser consultados en cualquier momento. Cada bloque de información de la cadena se enlaza mediante apuntadores *hash* (dirección criptográfica del bloque anterior) que conectan cada nuevo bloque con el anterior hasta llegar al bloque originario. La seguridad, o confianza, de los datos contenidos en la *blockchain* se basa en que el control sobre su contenido no se encomienda a nadie en particular sino a todos los ordenadores en los que se graba la cadena, y que pueden ser decenas o centenares de miles³. Cada copia de la cadena existente en cada ordenador se mantiene sincronizada con el resto de copias de los demás ordenadores, y en caso de discrepancia entre las copias se otorga fiabilidad a la versión mayoritaria –funcionamiento muy democrático–. De este modo, para alterar el contenido de una *blockchain* es necesario modificar simultáneamente el 51 por 100 de las copias existentes de la cadena, es decir, hay que hackear simultáneamente el 51 por 100 de los ordenadores en los que existe

¹ Vid. J. Morell Ramos, “Smart contracts: teoría, práctica y cuestiones legales”, entrada publicada en el blog *Términos y Condiciones* el día 21.9.2016, apartado 1 (accesible en: <https://terminosycondiciones.es/2016/09/21/como-crear-smart-contract-mediante-terminos-condiciones/>). El término “smart contract” fue acuñado en el año 1996 por N. Szabo (“Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”, accesible en http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOT_winterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html). Último acceso a los enlaces citados en el trabajo: 30.6.2017.

² J. Morell Ramos, “Smart contracts...”, *loc. cit.*, apartado 1; J. Prenafeta Rodríguez, “Smart contracts: aproximación al concepto y problemática legal básica”, *Diario La Ley*, nº 8824, 15 septiembre 2016), ap. I. Igualmente, la entrada Grupo ENATIC, “Contratos inteligentes: los ‘smart contract’”, entrada publicada en la web de la Abogacía Española el 6.3.2017, apartado 3 (accesible en: <http://www.abogacia.es/2017/03/06/contratos-inteligentes-los-smart-contract/>).

³ Uno de los problemas de fiabilidad de las transacciones electrónicas es que su proceso de verificación esté encomendado a un número limitado de intermediarios, que, además, pueden ser hackeados. *V.gr.*, si un pirata informático accede a la base de datos de un proveedor de servicios de pago electrónico puede hacerse con los números de tarjetas y claves de los usuarios e interferir en transacciones electrónicas.

copia de la cadena. Cuando más grande es la *blockchain*, cuantas más copias tiene, más difícil es modificarla maliciosamente, por eso es imposible alterarla. Por ejemplo, no es posible modificar la *blockchain* de *Bitcoin* debido a su gran tamaño, de aquí su alta fiabilidad. Existen otros factores que también dificultan, convierten en muy improbable, la alteración de la *blockchain*. Por un lado está el ser una base de datos en la que se puede escribir, con un proceso criptográfico, nuevos datos y recuperar los antiguos, pero no se pueden borrar ni modificar los ya existentes (base de datos *append –only*); además, la utilización de procesos criptográficos permite que la cadena detecte inmediatamente y rechace cualquier copia alterada de los datos registrados. El proceso de sincronización constante de la cadena evita el problema de las anotaciones falsas o pirateadas –como el doble gasto en el caso de las monedas digitales– porque no se pueden registrar a la vez múltiples transacciones sobre la misma moneda gastada. Finalmente, la transparencia de la *blockchain*, al ser pública, permite consultar en todo momento las anotaciones que se han realizado⁴.

Un complemento que precisa el *smart contract* es la herramienta que le permite constatar que se cumplen determinados hechos o circunstancias que van a posibilitar la autoejecución de las cláusulas. Por ejemplo, que las acciones en bolsa cotizan por encima, o por debajo, de determinado valor; o que cierto bien se halla situado en un país; o que ha transcurrido un tiempo; o que se ha hecho frente a determinado pago, etc. A esta herramienta se la denomina “oráculo” y su función es verificar el cumplimiento de determinadas condiciones del contrato⁵. Así, por ejemplo, las partes del *smart contract* pueden establecer que cuando las acciones de la sociedad Z alcancen un nivel de cotización X se procederá a la compra, o a la venta, de acciones de dicha sociedad por valor N; o que cuando se haya procedido a la entrega de un bien (geolocalizado) en unas determinadas coordenadas, se procederá a la transferencia de una cantidad de bitcoins a favor de una persona⁶. La autoejecución del contrato precisa, pues, recibir determinada información de fuentes prestablecidas que un programa pueda verificar.

Alguien se puede preguntar qué tiene que ver la tecnología de la cadena de bloques con los *smart contract*. Antes he dicho que estos precisan de intermediarios de absoluta confianza; pues bien, la *blockchain* se encarga de controlar la

⁴ Sobre la *blockchain* Vid. extensamente Morell Ramos, J., “Smart contracts...”, *loc. cit.*, ap. 1.3.

⁵ Vid. Grupo ENATIC, “Contratos inteligentes...”, *loc. cit.*, apartado 3.

⁶ Aun cuando la normativa actual no lo permite, cabría pensar en un futuro en un *smart contract* de alquiler de un bien inmueble en el que el impago de determinados gastos del inmueble después de determinada fecha activase el bloqueo electrónico de la cerradura de la puerta de acceso a la casa. Este contrato precisaría para su autoejecución de uno o varios oráculos que transmitiesen a la *blockchain* la información sobre el pago de las cantidades adeudadas, el tiempo transcurrido o el cumplimiento de una fecha para que pudiera proceder a emitir las correspondientes órdenes de ejecución.

clave criptográfica (inalterable) de los activos digitales (dinero, acciones, registros,...) asociados al contrato, o de recibir del “oráculo” la información que precisa para su autoejecución. Además, la ejecución del contrato no se confía a un ordenador sino a un conjunto de ordenadores en los que se aloja la cadena de bloques. Finalmente, siempre se ha dicho que el Derecho va por detrás de los acontecimientos, por lo que en muchas ocasiones se convierte más en un problema que en la solución. Pues bien, esta nueva tecnología opera al margen de estrictas regulaciones estatales, dando a sus aplicaciones una gran versatilidad y, como consecuencia de ello, un uso muy extendido⁷.

En el ámbito jurídico, la tecnología de la *blockchain* ya se viene utilizando en determinados sectores. *Binded* intenta proporcionar protección de los derechos de autor para fotos, dibujos e imágenes en general⁸. Así, cuando un autor quiere publicar en Internet una imagen original suya y la quiere proteger, previamente la registra en *Binded*, quien emite un certificado digital con prueba criptográfica registrada en la *blockchain* de *Bitcoin*. En la cuenta del autor en *Binded* figura la obra registrada, de manera que si otra persona quiere hacer pasar por suya esa imagen, se podrá demostrar que no la tiene registrada a su nombre. Obviamente, este sistema es mucho más rápido que obtener un *copyright* de la imagen de acuerdo con las normas de propiedad intelectual, a la vez que la verificación de su protección es también mucho más rápida; también evita solicitar el registro en cada país para el que se quiera obtener su protección. “Help us democratize copyright”, se afirma en la web de *Binded*. Por otro lado, *Ujo* permite a los músicos comercializar directamente sus creaciones con los usuarios, a quienes venden las licencias de sus creaciones musicales mediante *smart contracts* creados y diseñados a través de la tecnología de la *blockchain* de la plataforma *Ethereum*, a la que ya me he referido⁹. *Ujo* opera al margen del circuito de la creación musical, permitiendo una más ágil y mayor difusión de la creación de los artistas. Del mismo modo, el laboratorio español *NevTrace*¹⁰ está trabajando sobre el uso de la tecno-

⁷ Los nuevos sistemas de pagos asociados a la tecnología de la *blockchain* se han desarrollado al margen de la estricta regulación sobre el uso del dinero como medio de pago y sobre movimiento de capitales, siendo los tres sistemas de pagos más conocidos *Bitcoin* (<https://bitcoin.org/es/>), *Ethereum* (<https://www.ethereum.org/>) y *Ripple* (<https://ripple.com/>). Vid. J. Morell Ramos, J., “Smart contracts...”, *loc. cit.*, apartado 1.4.

⁸ <https://binded.com/> Binded es la *blockchain* conocida antes como “Blockai”. Su lema es “Copyright made simple”, de manera que permite proteger las fotos que se publican en Instagram y en Twitter introduciendo una etiqueta o #Hastag.

⁹ <http://ujomusic.com/> En su página web se afirma: “We’re building a home for artists that allows them to own and control their creative content and be paid directly for sharing their musical talents with the world”.

¹⁰ <http://nevtrace.com/>

logía de la *blockchain* para gestionar un registro fiable para las ONGs de las personas que huyen de las guerras de Irak o de Siria¹¹. Al estar basado en la tecnología *blockchain*, este registro no dependería solamente de la UE y sería totalmente fiable, de manera que no podría ser alterado ni por la UE ni por las propias ONGs, que muchas veces se ven presionadas para alterar los datos de las personas a las que atienden.

La *Red Lyra*, también de creación española, integra una *blockchain* transversal y multisectorial que servirá para validar con absoluta seguridad servicios básicos y explotar aplicaciones, identificando personas físicas y jurídicas en la Red¹². Cada usuario de la Red tendrá un *smart contract* en el que se almacenará de forma segura su identificación y firma legal, hasta el punto que los notarios puedan certificar la correspondencia entre una identidad digital y una identidad real.

Los *smart contracts* se crean y almacenan en una “Plataforma de Smart Contracts” (PSC o SCP), como las mencionadas *Bitcoin* o *Ethereum*. Para su gestión también se puede utilizar un “Sistema de Gestión de Smart Contracts” (SGSC o SCMS), que es un servicio más amplio y completo que el ofrecido por una PSC, y que puede resultar muy útil cuando no se sabe crear y programar un *smart contract*. Así, un SGSC se encarga de la edición de los borradores de contratos, de su almacenamiento, del calendario de actividad –cuándo empieza y cuándo finaliza–, de registrar su actividad, de gestionar los contactos que han suscrito el contrato¹³.

Los problemas jurídicos que puede plantear un *smart contract* son múltiples¹⁴, desde cuestiones de privacidad, cómo encajar el derecho al olvido en una *blockchain*, hasta que tenga por objeto actividades cuyo ejercicio está estrictamente regulado, como el juego, sin cumplir sus requisitos legales; o cómo articular los efectos retroactivos de una cláusula del *smart contract* declarada judicialmente nula; o la diferente interpretación de una cláusula por parte del *smart contract* –de su programación– y por parte de un tribunal. Por otro lado, se ha afirmado que en un *smart contract* no se podrán regular determinadas cuestiones de presencia normal en los contratos tradicionales, como los incumplimientos por fuerza mayor o por circunstancias imprevisibles o fortuitas, o cuestiones subjetivas como los conflictos de intereses o el carácter abusivo de dichas cláusulas; y que los *smart contracts*

¹¹ Vid. la edición digital del diario *El Mundo* del día 21.3.2016: <http://www.elmundo.es/economia/2016/03/21/56efe212ca4741534a8b45fc.html>.

¹² Vid. “Nace la Red Lyra, la red blockchain española multisectorial de referencia en el mundo”, publicado el 31.5.2017 en la web Law&Trends: <http://www.lawandtrends.com/noticias/tic/nace-la-red-lyra-la-red-blockchain-espanola.html>.

¹³ Un ejemplo de SGSC es <https://smartcontract.com/> Sobre las diferencias entre ambos tipos de plataformas, J. Morell Ramos, “Smart contracts...”, *loc. cit.*, apartado 2.

¹⁴ Una relación en *ibíd.*, apartado 3.

tampoco permiten verificar todos los elementos del contrato, como comprobar la plena capacidad de las partes o la presencia de vicios del consentimiento¹⁵.

En relación más específicamente con el DIPr se plantean problemas vinculados con la competencia judicial internacional y con la ley aplicable. Si los *smart contracts* se verifican, ejecutan y almacenan utilizando la tecnología de una *blockchain*, que implica el uso de miles, o millones, de ordenadores a la vez, ¿dónde se entiende situado el contrato o realizada la prestación a efectos de determinar la competencia internacional o la *lex contractus*? ¿A qué ordenamiento queda sometido el contrato? ¿Qué tribunales pueden conocer de las desavenencias surgidas? Aquí juega un papel decisivo la autonomía de la voluntad a la hora de incluir en los términos y condiciones del contrato cláusulas de sumisión expresa y cláusulas de elección del ordenamiento que lo rige. Así, por ejemplo, en las condiciones puede incluirse una cláusula en la que se establezca: “Ley aplicable: Este Acuerdo se regirá por la ley del Estado de Delaware, no siendo aplicable ninguna otra norma de conflicto. Las partes renuncian a cualquier oposición a una acción basada en la falta de jurisdicción por razón de la persona, lugar de residencia, foro inadecuado o *forum non conveniens*”¹⁶. Una cláusula de este tenor, cuyo contenido tiene que ser aceptado sin discusión por las partes del *smart contract*, podría plantear el problema de sus límites si se admitiese –lo que no queda claro– que en este tipo de contratos pueden existir partes jurídicamente débiles; ya hemos visto que en ellos no pueden regularse determinadas cuestiones subjetivas, como el carácter abusivo de una cláusula. Por tanto, deberá estudiarse si los actuales límites a la autonomía de la voluntad, como la aceptación de la competencia de determinados tribunales con posterioridad al nacimiento del litigio o la aplicación de un ordenamiento jurídico vinculado con la parte contractualmente débil, continúan siendo soluciones viables y satisfactorias. Ahora bien, ello supone que, primero, se legisle sobre estos temas y, en segundo lugar, desde qué ángulo deberá abordarse la solución. Posiblemente la actuación normativa deberá incidir en la esfera de las condiciones generales, estableciendo límites y fijando criterios subsidiarios aplicables en defecto de autonomía de la voluntad¹⁷. De todas maneras, no debe perderse de vista que una parte del éxito del uso de la tecnología de la *blockchain* deriva de su capacidad para adaptarse a las nuevas exigencias de la técnica y de que no se halla sometida a rígidos y encorsetados imperativos legales.

¹⁵ Vid. J. Prenafeta Rodríguez, “Smart contracts...”, *loc. cit.*, apartado III.

¹⁶ Vid. la cláusula “Governing Law” de los términos y condiciones del servicio de la citada web del SGSC SmartContract: <http://tos.smartcontract.com/>.

¹⁷ Se ha afirmado que los *smart contracts* “podrían equilibrar el poder de negociación de las partes si la tecnología llega a ofrecer garantías de validez y eficacia en la exigencia del cumplimiento de sus respectivas obligaciones” (Grupo ENATIC, “Contratos inteligentes...”, *loc. cit.*, apartado 3).

III. El intercambio de bienes y servicios a través de Internet. ¿Economía colaborativa o negocio colaborativo?

En los últimos años, las tecnologías de la información y de la comunicación han permitido un gran desarrollo del fenómeno que se conoce con el nombre de “economía colaborativa” o “comercio colaborativo”, que viene a ser un intercambio de bienes y servicios entre particulares a través de plataformas virtuales. Aunque este fenómeno ha adquirido una gran relevancia desde el año 2010, con anterioridad ya existían portales en Internet que permitían el comercio de bienes entre particulares, como es el caso del portal de subastas “eBay”¹⁸, o la utilización colaborativa del saber, como la enciclopedia libre Wikipedia¹⁹, que en la voz “Wikipedia” se autodefine como “una enciclopedia libre, políglota y editada de manera colaborativa”.

Si bien la denominación de comercio colaborativo abarca un gran número de iniciativas, todas ellas tienen en común el uso de tecnologías de la información y de la comunicación que facilitan la realización de interacciones masivas entre personas. Esto se consigue mediante la creación de plataformas o portales en internet a través de los que los particulares interactúan y realizan sus transacciones (*marketplaces*), sin que el portal adquiera, en principio, responsabilidad en la interacción²⁰. ¿Quién no ha oído hablar de plataformas como *Airbnb* o de *Uber*? La primera es un *marketplace* dedicado a anunciar viviendas de más de 191 países y en más de 65.000 ciudades que se desean alquilar. Según su página web, fue fundada en el 2008, tiene su sede en San Francisco (California) y “es un mercado comunitario basado en la confianza en el que la gente publica, descubre y reserva alojamientos únicos en todo el mundo, ya sea desde su ordenador, tableta o teléfono móvil”²¹. *Uber* es una empresa dedicada a proporcionar transporte privado a sus clientes mediante una aplicación (app) de móvil, sin necesidad de realizar llamadas, que conecta a quienes desean transporte con los conductores de vehículos registrados. En su web se afirma que está en 542 ciudades del mundo y que tiene una disponibilidad 24/7, esto es, se puede solicitar un viaje a cualquier hora del

¹⁸ <http://www.ebay.com/> Con portal en español: <http://www.ebay.es/>.

¹⁹ Portal en español: <https://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Portada>.

²⁰ La UE ha definido economía colaborativa como los “modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares” [“Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, COM(2016) 356 final, Bruselas, 2.6.2016, p. 3].

²¹ <https://www.airbnb.es/> El nombre, *Airbnb* es un acrónimo “airbed and breakfast” (colchón de aire y desayuno). Ofrece desde un apartamento para una noche hasta un castillo durante una semana o una villa durante un mes.

día, todos los días del año²². Estas empresas suelen establecer en sus condiciones generales la limitación o la exención total de responsabilidad por los servicios que ofrece, tanto si afectan al objeto del servicio o a sus responsables, más allá de la derivada del mero servicio de intermediación, y aun así someten su actividad a amplias cláusulas de limitación de responsabilidad²³. En cuanto a las condiciones relacionadas con aspectos de DIPr, las condiciones generales suelen contener cláusulas de elección de ley aplicable y de tribunales competentes. En ellas se suele establecer que las condiciones se regirán e interpretarán por el ordenamiento de un país o de un concreto territorio de un país (Estado federado), excluyendo la aplicación de la normas de conflicto y evitándose así cualquier problema de reenvío. Por otro lado, en caso de conflicto se opta o por la sumisión a determinados tribunales o por la sumisión de la contienda a arbitraje²⁴.

Los problemas jurídicos fundamentales a los que debe hacer frente la economía o comercio colaborativo son las condiciones de acceso al mercado y el derecho de la competencia, el régimen de la responsabilidad, la fiscalidad y la protección de los usuarios. En relación con los requisitos de acceso al mercado, habrá que determinar si, por ejemplo, se les puede exigir autorizaciones para ejercer su actividad, lo que dependerá de la naturaleza de sus actividades. Así, a las plataformas colaborativas que ofrecen un servicio de la sociedad de la información les son aplicables las normas generales sobre prestación de servicios: Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 junio 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) (DCE)²⁵, y las normas nacionales de transposición, que en

²² <https://www.uber.com/es-US/> La empresa es *Uber Technologies Inc.*, con sede en San Francisco (California). Con el término “Uber” se hace referencia a lo mejor, lo más. La cuestión fundamental, y controvertida, es determinar si Uber presta servicios de la sociedad de la información o es una empresa de transporte. *Vid.* a favor de la primera opción, J. Barnes, “Un falso dilema: Taxis vs. Uber”, *Diario La Ley*, nº 8942 (16.3.2017), apartado III.3. En estos momentos está pendiente de calificación por el TJUE el servicio prestado por Uber. El Abogado General Maciej Szpunar se ha pronunciado a favor de considerarla una empresa de transporte, lo que, como veremos, afecta de pleno a su régimen de responsabilidad y plantea problemas desde la óptica del Derecho de la competencia. *Vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 11 mayo 2017, en el asunto C-434/15 (Asociación Profesional Élite Taxi) (accesible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=681986>). *Vid.* también las Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 4 julio 2017, en el asunto C-320/16 (Uber France) (accesible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=192325&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1262803>).

²³ *Vid.* aps. 25 y 26 de las Condiciones generales de *Airbnb* (<https://www.airbnb.es/terms>). Igualmente el ap. 5 de los Términos y Condiciones de *Uber* (<https://www.uber.com/es-US/legal/terms/es/>).

²⁴ Así, apartados 33 y 34 de las condiciones de *Airbnb* y apartado 6 de las de *Uber*.

²⁵ DO L 178 de 17.7.2000.

España es la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE)²⁶. Por tanto, no se les puede exigir autorización previa ni requisitos equivalentes pensados para la prestación de dichos servicios (art. 4 DCE, art. 6 LSSICE). Es más, la prestación de servicios transfronterizos entre Estados miembros queda sometida al principio del país de origen, por lo que el establecimiento de restricciones solamente puede darse en supuestos excepcionales y adoptarse bajo determinadas condiciones²⁷. Ahora bien, cuando las plataformas, además de los servicios de la sociedad de la información, ofrezcan otros servicios, como la intermediación entre prestadores de servicios y usuarios, o que la propia plataforma sea proveedora del servicio subyacente (*v.gr.*, un servicio de alquiler), entonces sí pueden quedar sometidas a la normativa específica sobre la prestación del servicio, incluyendo la obtención de las correspondientes autorizaciones o licencias. Con carácter general, puede considerarse que la plataforma es ella también una prestadora de servicios cuanto más actúe sobre la gestión y organización de la prestación del servicio o en la selección de los prestadores del servicio²⁸.

Las actividades y los sujetos intervinientes en la economía colaborativa están sujetos a las obligaciones fiscales correspondientes. Por tanto, la utilización de plataformas colaborativas no tiene que representar ningún obstáculo para el cumplimiento de la fiscalidad. Es más, la colaboración entre plataformas colaborativas y autoridades pueden contribuir a la recaudación de tributos. Así, *v.gr.*, en la prestación de servicios de alojamiento, las plataformas pueden facilitar el pago de las tasas turísticas, o realizar las correspondientes retenciones fiscales. No hace mucho, el Director General de la AEAT advertía a los prestadores de servicios a través de Internet que debían declarar los ingresos obtenidos a través de plataformas como *Airbnb*. En este sentido, algunos *marketplaces* ya informan a sus clientes del posible pago de impuestos a los que están sometidos. Este es el caso de *Airbnb*, que en su sección de “ayuda” contiene páginas dedicadas al pago por los prestadores de servicios de impuestos, locales o el IVA²⁹. Cuestión diferente es la tributación en España de las plataformas colaborativas que intermedian en servicios

²⁶ BOE 12.7.2002; corrección de errores BOE 6.8.2002.

²⁷ *Vid.* arts. 2.h) y 3 DCE, y los arts. 7 y 8 LSSICE.

²⁸ Sobre el tema y los criterios para determinar en cada caso la existencia de una prestación de servicios subyacente *Vid.* el documento “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, *loc. cit.*, pp. 6 y 7. Éste es el argumento fundamental del Abogado General Maciej Szpunar en su Conclusiones al asunto C-434/15 (Asociación Profesional Élite Taxi). Sobre el concepto de servicio de la sociedad de la información en las Conclusiones del Abogado General *Vid.* la entrada de P. A. de Miguel Asensio, “Las conclusiones en el asunto Uber y el concepto de servicios de la sociedad de la información”, publicada en su blog el día 12.5.2017 (accesible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2017/05/las-conclusiones-en-el-asunto-uber-y-el.html>).

²⁹ <https://www.airbnb.es/help/article/481/how-do-taxes-work-for-hosts>.

que se prestan en España o que tienen una parte contratante domiciliada en España. Al tratarse de personas jurídica domiciliadas en otro Estado, la tributación se rige por las normas del impuesto de sociedades. Por ejemplo, *Airbnb* tiene situada su sede para Europa en Irlanda, mientras que en España solamente posee una filial dedicada a la publicidad y al marketing (*Airbnb Marketing Services SL*). Mientras en Irlanda tributa por todos los beneficios obtenidos por su actividad principal de intermediación por el alquiler de viviendas, en España solamente lo hace por la actividad de publicidad, lo que representa una cantidad mínima del negocio.

Por lo que se refiere al régimen de responsabilidad, las plataformas colaborativas quedan sometidas a lo previsto, con carácter general, en la DCE y si lo hacen en España, a la LSSICE. Concretamente, los prestadores de servicios están sometidos a las normas generales sobre responsabilidad civil, penal y administrativa, sin perjuicio de lo dispuesto en la LSSICE (art. 13.1º LSSICE). El régimen concreto es el contenido en los arts. 14 DCE y 16 LSSICE, en los que se establece como principio general la irresponsabilidad del prestador de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos siempre que no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o de la información almacenada, y, en caso de acciones por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias que conviertan en ilícita la actividad o la información³⁰. Cuando tenga ese conocimiento efectivo, su exención de responsabilidad exige haber actuado con diligencia para retirar los datos o hacer imposible su acceso. Vemos, por tanto, que el régimen de responsabilidad se centra en la prestación de servicios de alojamiento de datos, ahora bien, como ya he dicho las plataformas colaborativas puede prestar otros servicios o actividades, como seguros, modalidades de pago, evaluación,... o incluso el propio servicio subyacente que ofrece a sus usuarios. En estos casos la cuestión está en deslindar el régimen de exención de responsabilidad –por el servicio de alojamiento de datos– de la responsabilidad por la que pueda incurrir al prestar otros servicios, incluido el de protección de datos personales. Finalmente, la DCE prohíbe a los Estados miembros que obliguen a las plataformas colaborativas a supervisar los datos que transmiten o almacenan, así como tampoco imponerles una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen la realización de actividades ilícitas (art. 15 DCE)³¹. Ahora bien, las plataformas colaborativas y los prestadores de servicios subyacentes deben facilitar, tanto a los destinatarios de los servicios como a las autoridades

³⁰ El alojamiento de datos en la economía colaborativa puede entenderse como la actividad relacionada con el almacenamiento de datos de los clientes, así como la puesta a disposición de un espacio en el que los usuarios coinciden con los proveedores de los servicios (“Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, *loc. cit.*, nota 24).

³¹ *Vid.* “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, *loc. cit.*, pp. 8 y 9.

competentes, toda la información relativa a su identificación, inscripción en registros públicos, autorización, en su caso, para el ejercicio de la actividad, datos fiscales, etc. (art. 5 DCE y art. 10 LSSICE).

Uno de los mayores problemas que se plantean en las plataformas de comercio colaborativo es en relación con la protección de los usuarios, puesto que la economía colaborativa difumina, hasta casi hacerla desaparecer en ocasiones, la frontera entre profesionales o empresarios y consumidores. Las relaciones que pueden establecerse a través de un *marketplace* pueden ser entre profesionales, entre profesionales y consumidores, y entre consumidores, por lo que es difícil determinar quién es la parte contractualmente débil a efectos de aplicarles las normas de protección. Con carácter general se habla, por un lado, del “comerciante” como toda persona física o jurídica que actúa con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre o por cuenta del comerciante. Frente a él se habla del “consumidor” como la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión³². Más concretamente y en términos semejantes, en el ámbito del DIPr se habla de “el profesional” como la persona que actúa en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, y de “el consumidor” como la persona física que actúa o contrata al margen de su actividad profesional³³. De este modo, a las plataformas colaborativas les será de aplicación la normativa sobre consumidores siempre que la plataforma actúe en el ejercicio de su actividad económica o comercial —esto es, como un profesional o comerciante— con personas físicas que actúen al margen de su actividad profesional —es decir, como un consumidor—. Igualmente será aplicable la normativa de consumidores cuando el prestador de los servicios subyacentes (*v.gr.*, el alojamiento o el transporte) sea un comerciante o profesional y la contraparte un consumidor, una persona física que actúa al margen de su actividad profesional. Sin embargo, no serán aplicables las normas de protección —*v.gr.*, los foros del art. 18 del Reglamento 1215/2012, o las normas de conflicto del art. 6 RR I— siempre que la prestación de servicios subyacentes se realice entre personas físicas que actúan al margen de su actividad profesional, esto es, que sean considerados consumidores. Ahora bien, incluso en este último caso, en el que la actividad es entre particulares, la actividad subyacente ejercida por un particular podría ser considerada actividad profesional o comercial, siendo

³² Vid. art. 2, letras a) y b), de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 mayo 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DO L 149, de 11.6.2005).

³³ Vid. art. 6.1º Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I) (DO L 177, de 4.7.2008), y el art. 17.1º Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DO L 351, de 20.12.2012).

entonces de aplicación la normativa de protección de consumidores. La Comisión Europea considera que para llegar a esta conclusión se debe analizar caso por caso para detectar la concurrencia de varios factores, como la frecuencia de los servicios (a mayor frecuencia en la prestación de los servicios subyacentes, más probabilidad existe de que el particular sea considerado profesional o comerciante), la existencia de un fin lucrativo (el fin lucrativo es propio de comerciantes o profesionales, mientras que el intercambio de servicios o activos no es propio de profesionales), o la existencia de un determinado nivel de volumen de negocios (normalmente, a mayor volumen de negocios más probabilidades existen de que el prestador de servicios sea un comerciante o un profesional)³⁴.

Hemos visto las principales cuestiones –que no las únicas– que puede plantear la economía colaborativa. La solución a los problemas que presenta no está en poner obstáculos al ejercicio de la actividad ni en crear prohibiciones, sino en regular aquellos aspectos que pueden quedar excluidos de la regulación actual. La preservación de la protección de los particulares en el plano del DIPr no puede pasar por impedir la prestación de los servicios subyacentes, sino en crear nuevas normas para determinar la competencia internacional de los tribunales o la ley aplicable a las transacciones comerciales, o en modificar las existentes para que puedan verse satisfechos los intereses de las partes contratantes. En los últimos tiempos hemos podido ver que en algunas Comunidades Autónomas las autoridades con competencias en materia de turismo querían trasladar a los *marketplaces* turístico la responsabilidad por el alquiler de inmuebles que carecen de los correspondientes permisos para ser comerciados como apartamentos turísticos³⁵. El tema finalmente no fue a más porque en esa misma Comunidad Autónoma *Airbnb* consiguió anular judicialmente una multa y la obligación de cese de la actividad, acompañada de la imposición de multas coercitivas, que le habían sido impuestas por la Dirección General de Turismo de la Generalitat de Cataluña. El Juzgado de lo Contencioso Administrativo competente entendió que el proceso comercial de ofrecer intermediación, por parte de *Airbnb*, “no está anudado a la exigencia de

³⁴ Vid. el documento “Commission Staff Working Document, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A comprehensive approach to stimulating cross-border e-Commerce for Europe’s citizens and businesses”, SWD(2016) 163 final, p. 30; y el documento “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, *loc. cit.*, pp. 10–11. Vid. igualmente Feliu Álvarez de Sotomayor, F., “Cláusulas sobre jurisdicción y ley aplicable insertas en las condiciones generales de las plataformas colaborativas”, Ponencia presentada en la “International Conference: Ensuring the effective exercise of the right to housing in the EU”, (pendiente de publicación).

³⁵ En noviembre de 2016, el Ayuntamiento de Barcelona anunció sendas multas de 600 mil euros a *Airbnb* y *Homeway* por anunciar en sus plataformas pisos turísticos sin licencia. Vid. la noticia en <http://www.europapress.es/catalunya/noticia-barcelona-multa-airbnb-homeway-600000-euros-seguir-anunciando-pisos-licencia-20161124095146.html>.

una habilitación turística específica que haya sido identificada por la Administración”; en definitiva, que la actividad realizada por *Airbnb* no interviene sobre la ordenación del turismo³⁶. Esta sentencia marcó el camino al derecho sancionador a este tipo de actividades. De ella se pueden extraer una serie de conclusiones sobre la responsabilidad de los *marketplaces*: estos se benefician de la exención de responsabilidad, en cuanto prestadores de servicios de la sociedad de la información, siempre que no hayan adquirido un conocimiento efectivo de ilicitud de la actividad en la que intermedian; y cuando se adquiriera ese conocimiento efectivo, tampoco responderán si actúan con diligencia bien retirando de los datos ilícitos o bloqueando su acceso³⁷. Por tanto, la responsabilidad de estas plataformas precisa de una normativa reguladora previa de la actividad publicitada, en la que se contengan las condiciones de ejercicio de dicha actividad. Siguiendo con el ejemplo, se precisa de una norma que regule la actividad turística y, en concreto, la exigencia de licencia administrativa previa para poder ofrecer apartamentos turísticos a través de *marketplaces*³⁸. Esto permitirá a la administración competente rastrear en la plataforma la existencia de inmuebles que se ofrecen en su territorio y que no cumplen las condiciones legales, o exigir al *marketplace* que bloquee o suprima de su página web la referencia a empresas y establecimientos de alojamiento turístico localizados en su territorio en los que no conste la referencia de inscripción en un registro específico³⁹. Ante estos casos, la administración podrá

³⁶ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 11 de Barcelona de 29.11.2016 (Roj: SJCA 1752/2016 – ECLI: ES:JCA:2016:1752).

³⁷ Vid. J. Flaquer Riutort, “Reflexiones en torno a la discutida responsabilidad administrativa de los *marketplaces* turísticos”, *Diario La Ley*, nº 8864 (16.11.2016), apartado III. Existirá conocimiento efectivo cuando un tribunal o una autoridad administrativa le notifique una orden de retirada de dichos datos.

³⁸ La legislación sobre esta materia nos lleva a otra cuestión de no menor trascendencia pero que no voy a abordar aquí. Me refiero al establecimiento de requisitos para el ejercicio de la actividad de viviendas vacacionales que sean contrarios a la libre competencia, como, v.gr., la exigencia de contratar viviendas vacacionales por un período mínimo de tiempo, la prohibición de viviendas vacacionales en determinadas zonas turísticas o la obligación de inscripción previa al ejercicio de la actividad en un registro específico. Vid. STSJ Madrid CA 31 mayo 2016, en la que se anula parcialmente el art. 17.3 del Decreto 79/2014 de la Comunidad Autónoma de Madrid por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid (Roj: STSJ M 6899/2016 – ECLI: ES:TSJM:2016:6899); o la STSJ de Canarias 21 marzo 2017, por la que se anulan, también a instancias de la CNMC, determinados preceptos del Decreto 113/2015 de la Comunidad Autónoma de Canarias por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias [texto en *Diario La Ley*, nº 8978 (12.5.2017), Sección Jurisprudencia]. Vid. igualmente la nota de prensa de la CNMC en la que anuncia que ha requerido a la Xunta de Galicia para que suprima o modifique distintos artículos de su Decreto de apartamentos y viviendas turísticas y viviendas de uso turístico, como requerimiento previo para evitar interponer un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (accesible en: <https://www.cnmc.es/2017-04-25-la-cnmc-requiere-la-xunta-de-galicia-que-suprima-o-modifique-distintos-articulos-de-su>).

³⁹ En relación con una medida cautelar adoptada en este sentido Vid. STS CA 12 mayo 2017 (Roj: STS 1802/2017 – ECLI: ES:TS:2017:1802).

notificar al *marketplace* que algunos de sus clientes no cumplen las exigencias legales, debiendo identificar cuáles son estos con el objeto de que la plataforma pueda retirar esa concreta propaganda o bloquear su acceso. Solamente la inactividad del *marketplace* le permitiría incurrir en responsabilidad. En definitiva, la solución no pasa por prohibir o penalizar la actividad de intermediación sino en regularla y canalizarla convenientemente de cara a la exigencia de responsabilidades.

IV. La filiación 3.0.

La estructura clásica del Derecho de filiación se tambaleó con la irrupción de la maternidad subrogada. En el ámbito del DIPr los principales problemas han surgido en el plano del reconocimiento de la filiación habida a través de una gestación por sustitución realizada en un país extranjero, cuando el país de residencia de los padres comitentes no reconoce esa filiación. Concretamente, el ordenamiento español no reconoce –declara nulos de pleno derecho– los contratos que tenga por objeto la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación a favor de otra persona, contratante o tercero, reconociendo solamente la filiación en favor de la madre biológica, pudiendo el padre biológico reclamar su paternidad (art. 10 Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida).

El TS ha realizado una interpretación estricta de estos principios y ha excluido el reconocimiento de los vínculos de filiación con los padres comitentes, salvo que el hijo contenga material genético de alguno de ellos y exista reclamación de paternidad⁴⁰. Esta posición del TS no se alteró después de las sentencias del TEDH de 26 junio 2014, en los asuntos *Labasse* y *Menesson*, en las que el Tribunal de Estrasburgo concluyó que la prohibición total de establecer un vínculo de filiación entre un padre y su hijo biológico nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución es contrario al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, concretamente, a su art. 8 en lo que se refiere al respeto a su vida privada⁴¹.

A raíz de estas sentencias, se planteó incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia de 6 febrero 2014, procediendo el TS en su resolución a ratificarse en su doctrina, afirmando que la denegación de la inscripción en el Registro Civil de la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sus-

⁴⁰ STS 1ª 6 febrero 2014 (Roj: STS 247/2014 – ECLI: ES:TS:2014:247).

⁴¹ Asunto *Labassee c. France* (Demanda nº 65941/11) (accesible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-145180%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145180%22]})) y asunto *Menesson c. France* (Demanda nº 65192/11) (accesible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-145179%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145179%22]})).

titución no vulnera el derecho a la vida privada de los menores y que el caso resuelto en su sentencia febrero 2014 presenta notables diferencias con los casos objeto de las decisiones del TEDH en junio del mismo año⁴².

Por su parte, la DGRN intentó salir al paso de los problemas que planteaba la inscripción en el Registro Civil de la filiación en estos casos, dictando la Instrucción de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁴³. En ella se establecen las condiciones de acceso al RC de estos supuestos, diferenciándose entre si la determinación de la filiación deriva de una resolución judicial extranjera o de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria (directriz primera). Por otro lado, en ella se afirma que no son títulos aptos para la inscripción una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, en la que no conste la identidad de la madre gestante (directriz segunda). Esta Instrucción plantea el problema de su compatibilidad con la mencionada STS febrero 2014, puesto que aquella contiene unas directrices dirigidas a los encargados del RC y que, en todo caso, deben adecuarse a lo establecido en el ordenamiento jurídico, que ha sido interpretado por la sentencia del TS. En todo caso, esto no hace más que confirmar que estamos ante una cuestión abierta y que es preciso que se apruebe una normativa clara sobre el reconocimiento, y posterior acceso al RC, de la filiación habida en el extranjero mediante gestación por sustitución⁴⁴.

Con el tema todavía no resuelto del reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución producida en el extranjero, nos llega una nueva problemática derivada de la que podríamos denominar “filiación 3.0”, y que es el reconocimiento de la filiación de una persona habida de tres progenitores. Desde hace meses se viene hablando en la prensa de que nacerá en el Reino Unido un bebé con material genético de dos mujeres y un varón, fruto de una técnica genética denominada transferencia mitocondrial. Aun así, no será éste el primer caso, pues se calcula que existen en el mundo menos de medio centenar de personas que fueron concebidas mediante esta técnica, utilizada hace unos años en los EE UU y que en el año 2002 fue prohibida en ese país por la FDA (*Food and Drug Administration*). Explicada de manera muy simple, la técnica de la transferencia mitocondrial consiste en tomar un óvulo de una mujer (madre) que contiene mitocondrias defectuosas y extraerle el núcleo para después introducir ese núcleo en un óvulo de otra mujer –del que se ha separado y destruido previamente el núcleo

⁴² ATS 1ª 2 febrero 2015 (Roj: ATS 335/2015 – ECLI: ES:TS:2015:335A).

⁴³ BOE 7.10.2010.

⁴⁴ Tampoco resuelven expresamente la cuestión los arts. 96 y 98 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que, tras diversos aplazamientos, tiene prevista su entrada en vigor el 30 junio 2018, fecha que, personalmente, me permito dudar que sea la definitiva.

(óvulo enucleado)– cuyas mitocondrias están sanas (donante); finalmente, el óvulo de la mujer donante (con el núcleo del óvulo de la madre) es fecundado por un espermatozoide del padre –resulta más sencillo el proceso de transferir entre óvulos el núcleo que todas las mitocondrias–. Las mitocondrias son las encargadas de suministrar la mayor parte de la energía para la actividad celular, por lo que las enfermedades mitocondriales están relacionadas con el músculo esquelético y con el sistema nervioso central, pudiendo afectar a órganos como el pulmón y el corazón. De aquí que esta técnica genética constituya una reparación del ADN mitocondrial, utilizada para prevenir enfermedades mitocondriales.

La cuestión que puede plantearse es si debe inscribirse en el Registro la maternidad de ambas madres, más la paternidad del padre; es decir, si habrá que atribuir registralmente la filiación a tres progenitores. El problema en este caso es distinto al de la maternidad subrogada, puesto que la madre gestante y el padre, que conforman la pareja, han aportado material genético. Por tanto, no habría inconveniente en establecer la filiación respecto de ellos. La cuestión se centraría en la mujer que ha donado el óvulo con las mitocondrias sanas, pues ella también aporta material genético, aunque en distinta proporción: mientras la madre gestante aporta el núcleo del óvulo, que es el que contiene el mayor material genético (3'5 millones de pares de bases), la mujer donante también aporta material genético, las mitocondrias, aunque en menor medida (unos 18.000 pares de bases). ¿Es la diferencia cuantitativa del material genético aportado relevante para determinar la filiación, de manera que solamente pueda establecerse respecto de la mujer que aporta más material genético? ¿O debe tenerse en cuenta, como factor determinante, el acto de la gestación? ¿Se pueden aplicar en este caso a la mujer donante las mismas exigencias de anonimato que se emplean para las técnicas de reproducción asistida? En caso de que una pareja se desplace a otro país, porque el suyo de residencia no permite la utilización de estas técnicas de transferencia mitocondrial⁴⁵, ¿cómo se reconocerá posteriormente en este último la filiación habida en el extranjero mediante esta técnica? ¿Se activará también aquí el orden público por haberse utilizado una técnica prohibida? Es cierto que también aquí los problemas son menores que en la maternidad subrogada, puesto que el hijo nace en el seno de la pareja y no tiene por qué hacerse pública la técnica genética utilizada.

⁴⁵ Téngase presente el carácter territorial de las normas que regulan las prácticas de reproducción asistida, por lo que la utilización de una determinada técnica dependerá de la legislación del Estado en la que se realiza. El problema surge cuando debe determinarse en un Estado la filiación de un sujeto nacido en el extranjero mediante la utilización de determinadas técnicas de reproducción asistida prohibidas en ese país.

V. Cuando Derecho y religión se confunden

Hace unos meses, el TJUE dictó una llamativa resolución en la que daba un tirón de orejas al *Oberlandesgericht München* por confundir, aparentemente, las normas de competencia judicial internacional con las normas de conflicto. El tribunal alemán preguntaba si podía aplicar el Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁴⁶ a un reconocimiento de una resolución de divorcio dictada por un tribunal religioso en Siria. El Tribunal de Luxemburgo le recordó que el Reglamento 1259/2010 contiene únicamente normas de conflicto para determinar la ley aplicable en materia de divorcio y separación judicial, pero no regula el reconocimiento en un Estado miembro de una resolución de divorcio ya dictada. Por otro lado, el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁴⁷, únicamente se aplica entre Estados miembros, por lo que el reconocimiento de una resolución de divorcio dictada en un Estado tercero no se rige por dicha norma. Después de recordar al *Oberlandesgericht* el ABC del DIPr, el TJUE se declaraba manifiestamente incompetente para contestar las cuestiones prejudiciales que se le habían planteado⁴⁸. Sorprendentemente, pocos meses después de la reprimenda del TJUE, el *Oberlandesgericht München* volvió a la carga, planteando una nuevas cuestiones prejudiciales muy semejantes a las del asunto C-281/15 y que le había costado la reprimenda del Tribunal de Justicia. ¿Era posible tanta estupidez por parte del Tribunal Superior de Baviera?⁴⁹. Existía, sin embargo, una explicación para este *sostenella y no enmendalla*, pero solamente comprensible para un jurista alemán, o versado en el Derecho alemán, y que se resume en que en ese país se ha resucitado la antigua teoría, de los años 70 y 80 del siglo pasado, del reconocimiento material o conflictual –o sustantivo– de una sentencia de divorcio, y según la cual el reconocimiento (procesal) de una sentencia extranjera de divorcio se hace depender de que el tribunal de origen haya aplicado los requisitos previstos en la *lex divorcii*, esto es, que haya aplicado la misma norma sustantiva que si el proceso

⁴⁶ DO L 343 de 29.12.2010.

⁴⁷ DO L 338 de 23.12.2003.

⁴⁸ ATJUE 12 mayo 2016, asunto C-281/15 (Sahyouni) (DO C 279 de 1.8.2016) (texto accesible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=178482&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=260014>).

⁴⁹ Asunto C-372/16 (Sahyouni) (DO C 343, de 19.9.2016).

de divorcio se hubiese sustanciado en Alemania⁵⁰. Por esta razón el Tribunal alemán preguntaba al TJUE por la aplicación en el proceso de reconocimiento del Reglamento 1259/2010 sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁵¹. No voy a entrar en el problema de fondo, sobre el, en mi opinión, insentido de hacer depender el reconocimiento procesal de una resolución extranjera de la aplicación de las normas de conflicto y del derecho material aplicable –de aquí la denominación de reconocimiento material o conflictual que se da a este tipo de reconocimiento–, construcción alemana que no encuentra eco en ninguna norma de Derecho procesal civil de la UE y, que yo conozca, de ningún otro Estado miembro⁵².

El accidentado asunto *ahyouni* ha puesto de manifiesto un problema hasta ahora “oculto” y que puede aflorar en cualquier momento en el ámbito territorial de la Unión. Me refiero al reconocimiento en un Estado miembro de una sentencia privada de divorcio pronunciada por un tribunal islámico radicado en otro Estado miembro⁵³. En países de la UE ya vienen actuando Tribunales islámicos. Así, en el Reino Unido, en el año 1982 se creó el *Islamic Sharia Council*, con sede en Londres y sucursales en las principales ciudades del Reino Unido⁵⁴. Las partes se someten voluntariamente a estos *Sharia Council* para que resuelvan cuestiones relacionadas con el ámbito del Derecho de familia –fundamentalmente sobre celebración y extinción del matrimonio–, aplicando el Derecho islámico; a las partes les queda la posibilidad de acudir en cualquier momento a los tribunales civiles. También existen los *Muslim Arbitration Tribunal* o Tribunales de arbitraje, que

⁵⁰ El máximo exponente de esta teoría fue la obra de Hausmann, R., *Die kollisionsrechtlichen Schranken der Gestaltungskraft von Scheidungsurteilen*, München, Beck, 1980.

⁵¹ Sobre la perspectiva alemana *Vid.* el esclarecedor trabajo de M.A. Gandía Sellens, “Reconocimiento y divorcios privados. Reflexiones a la luz del ATJUE 12 mayo 2016, asunto C –281/15, Sahyouni c. Mamisch”, *Bitácora Millennium*, nº 4, 2016 –2 (versión Preprint accesible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-51-reconocimiento-y-divorcios-privados-%E2%80%93reflexiones-a-la-luz-del-auto-del-tjue-de-12-de-mayo-de-2016-asunto-c-281-15-sahyouni-c-mamisch>).

⁵² Para una crítica a esta antigua teoría *vid.* F. Garau Sobrino, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 52 –54. En España, la jurisprudencia ha mantenido para los divorcios pronunciados en el extranjero sin intervención judicial la exigencia de un reconocimiento procesal, discutiendo la doctrina la posibilidad de un reconocimiento material solamente para los divorcios privados pactados por las partes sin intervención de autoridad judicial. *Vid.* M.A. Gandía Sellens, “Reconocimiento y divorcios privados...”, *loc. cit.*, pp. 40 –42; F. Gascón Inchausti, “El exequátur ante el Tribunal Supremo. Un repaso de la jurisprudencia reciente”, *Tribunales de Justicia*, 2000 –4, pp. 10 –13 (accesible en: http://eprints.ucm.es/15918/1/2000_El_exequatur_ante_el_Tribunal_Supremo.pdf).

⁵³ El tema del reconocimiento de las resoluciones de tribunales religiosos no es ajeno a la tradición cultural y jurídica europea, encontrando acomodo en el Reglamento 2201/2003. Me refiero al reconocimiento de las sentencias de separación o sobre nulidad de matrimonio canónico dictadas por Tribunales eclesiásticos, que se regula en su art. 63.

⁵⁴ *Vid.* su página web: <http://www.islamic-sharia.org/>.

operan al amparo de la Ley de arbitraje de 1996 y que ofrecen servicios de arbitraje y asesoramiento una vez extinguido el matrimonio islámico; sus decisiones, basadas en el Derecho islámico y respetando la Ley de Derechos Humanos de 1998, pueden ser revisadas por la jurisdicción civil⁵⁵. Por otra parte, en algunos países de la UE están actuando *de facto* y sin un reconocimiento oficial⁵⁶ tribunales islámicos que resuelven de acuerdo con el Derecho islámico las cuestiones que se le someten, fundamentalmente del ámbito del Derecho de familia. Este es el caso del Tribunal de la *Sharia*, creado a instancias del grupo musulmán *Sharia4Belgium* para resolver cuestiones de Derecho de familia (matrimonio, divorcio, custodia y manutención de los hijos) y de sucesiones⁵⁷.

Nos hallamos ante un nuevo panorama que algún día la UE deberá abordar, al menos en relación con el reconocimiento en el resto de países miembros de un divorcio decretado de conformidad con el Derecho islámico –concesión del *Talaq* o repudio unilateral por el marido, del *Khul* o divorcio no culpable solicitado por la mujer con o sin el consentimiento del marido–. Los *Islamic Sharia Council* recomiendan que, obtenido el divorcio islámico y si fuere necesario, se obtuviera un divorcio civil ante los tribunales del Reino Unido. Quizás por esta razón, no se haya planteado aún al TJUE el problema del reconocimiento de estos divorcios concedidos por los *Sharia Council* en otro país de la UE. La Unión deberá decidir qué hacer con las resoluciones en materia de derecho de familia y sucesiones emanadas de tribunales islámicos y su posible validez en otros Estados miembros: si quiere o no reconocerlas; qué cuestiones está dispuesta a reconocer en otros Estados miembros; a qué tribunales islámicos se les concede la categoría de órgano jurisdiccional con competencia para dictar resoluciones susceptibles de reconocimiento, si cualquier tribunal que aplique la *Sharia* o solamente los que acrediten ciertas garantías como, por ejemplo, los equivalentes a los *Islamic Sharia Council* del Reino Unido; si las resoluciones pueden ser reconocidas automáticamente o tienen que ser sometidas a un reconocimiento jurisdiccional en el Estado requerido; qué condiciones del reconocimiento se exigirán a las resoluciones para que puedan producir efectos en el resto de Estados miembros.

Vemos que las cuestiones a dilucidar son muchas y no de respuesta fácil. Posiblemente se podría aprovechar una modificación del Reglamento 2201/2003 para

⁵⁵ Sobre el funcionamiento de estos Tribunales en el Reino Unido *Vid.* extensamente Diago Diago, P., “El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 30 (2015), pp. 17–20; Camarero Suárez, V., Zamora Cabot, F.J., “Pluralismo y multiculturalidad: Tribunal Arbitral Musulmán y Consejos Islámicos (“Sharia Courts”) en el Reino Unido”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012, pp. 551–566. Este último trabajo contiene también amplias referencias a los sistemas de Canadá y EE.UU.

⁵⁶ Se habla de tribunales “extraoficiales” en Dinamarca, Alemania, Francia e, incluso, España.

⁵⁷ *Vid.* P. Diago Diago, “El Islam en Europa...”, *loc. cit.*, pp. 2 y 18.

estudiar la introducción, con las condiciones y salvedades que se consideren oportunas, del reconocimiento de este tipo de resoluciones⁵⁸.

VI. El estatuto personal de las personas electrónicas

En los últimos años, la importancia de la robótica y la inteligencia artificial ha ido en aumento y, aunque su mayor desarrollo se ha producido en el campo de la automoción y de la industria electrónica, se espera que a medio plazo su desarrollo alcance a los sectores del transporte, sanidad, agricultura y educación, entre otros. Por todo ello, es necesario no solo evaluar su incidencia sobre el empleo y el aumento de la calidad de vida de los seres humanos, sino también legislar sobre otros aspectos que se ven afectados: la responsabilidad por daños causados a terceros; principios generales y éticos sobre el desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial; derechos de propiedad intelectual; la protección de datos; el sector del transporte autónomo; la prestación de servicios asistenciales, médicos y de educación; impacto sobre el medio ambiente, con especial consideración a la obsolescencia técnica⁵⁹.

El DIPr puede verse afectado por diversos aspectos del desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial. El primero es el de la responsabilidad por los daños causados a terceros por actos u omisiones del robot: a qué ser humano se debe imputar la responsabilidad (al fabricante, al propietario, al operador, al usuario); elementos de la responsabilidad (el responsable pudo haber previsto y evitado el comportamiento del robot; la capacidad de un robot de tomar decisiones autónomas o la capacidad del robot para aprender, adaptarse o interactuar con el entorno,

⁵⁸ La propuesta de modificación del Reglamento, presentada por la comisión, no contiene ningún cambio en relación con la materia matrimonial, dejándola, salvo modificaciones técnicas, inalterada. *Vid.* el documento “Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)”, COM(2016) 411 final, Bruselas, 30.6.2016. Se muestran favorables a la aceptación de soluciones semejantes a las vigentes en el Reino Unido, V. Camarero Suárez, F.J. Zamora Cabot, F.J., “Pluralismo y multiculturalidad...”, *loc. cit.*, pp. 567–570.

⁵⁹ *Vid.* “Resolución del Parlamento Europeo, de 16 febrero 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL))”. Uno de los problemas más graves que plantea la obsolescencia técnica es el de la contaminación medioambiental –v.gr., Accra, la capital de Ghana contiene el mayor basurero del continente africano, generando gravísimos problemas de salud para sus habitantes–, hasta el punto de hablarse de la tipificación de la obsolescencia programada como un delito internacional, concretamente, como un crimen internacional medioambiental. *Vid.* J. Hellman Moreno, “¿Cómo superar la actual e ineficiente regulación internacional en torno a la obsolescencia programada? La conveniencia de catalogar la obsolescencia programada como un crimen de Derecho Internacional”, *Diario La Ley*, nº 8819 (8.9.2016); J. Ottaviani, “E –waste Republic” (accesible en: <http://interactive.aljazeera.com/aje/2015/ewaste/index.html>).

como causa de modificación de la responsabilidad); tipos de responsabilidad (responsabilidad objetiva o sin culpa por la simple tenencia de un robot); necesidad de establecer un régimen de seguro obligatorio, como en el caso de vehículos, que cubra la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por un robot (creación de un fondo de garantía –al igual que los automóviles– para cubrir la responsabilidad de robots no asegurados); aplicabilidad (dudosa) de la normativa actual sobre responsabilidad extracontractual, en general, o sobre responsabilidad específica por productos defectuosos (aplicabilidad –dudosa– de las exigencias de que el perjudicado deba probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño⁶⁰); inadecuación de la normativa actual sobre responsabilidad contractual en supuestos en los que una máquina negocie cláusulas, celebre contratos y decida sobre su aplicación⁶¹. A la vista de esta nueva problemática que se genera son dudosas las conexiones utilizadas por las normas de conflicto actuales en materia de responsabilidad extracontractual del fabricante por sus productos: ¿tiene sentido hablar de “la persona a quién se le imputa la responsabilidad” o “la persona cuya responsabilidad se alega”⁶² desde el momento en que un robot tiene capacidad de aprender, adaptar, interactuar y tomar decisiones autónomas? Lo mismo puede decirse en relación con las normas generales de responsabilidad extracontractual en relación con el propietario, el operador o el usuario del robot⁶³. Problemas semejantes se plantean en relación con los supuestos de responsabilidad contractual o precontractual (*culpa in contrahendo*) en caso de máquinas que intervengan en la negociación o desarrollo de un contrato, empezando por la cuestión de la persona física a la que imputar la responsabilidad⁶⁴.

⁶⁰ Art. 4 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 julio 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L 210, de 7.8.1985).

⁶¹ Mención especial merece la responsabilidad de los robots de asistencia geriátrica (robots asistenciales) y los robots médicos (robots quirúrgicos, robots para la realización de procedimientos repetitivos –la rehabilitación de órganos dañados, el restablecimiento de funciones corporales reducidas–, robots para diagnóstico). La cuestión radicaría en establecer su actuación absolutamente dependiente de la persona que lo manipula, o al menos con una autonomía supervisada por el operador –personal médico o asistencial–, o si se le puede considerar un sistema ciberfísico (SCF) en el que se integran capacidades de computación, almacenamiento de datos y comunicación para controlar e interactuar con procesos físicos, y, por tanto, con cierta capacidad de aprendizaje y de tomar ciertas decisiones autónomas. Sobre el tema, “Resolución del Parlamento Europeo de 16 febrero 2017...”, *loc. cit.*, apartados 31 ss.

⁶² Arts. 4 a 7 del Convenio de La Haya de 1973 sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos (BOE 25.1.1989), y art. 5 Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (DO L 199, de 31.7.2007), respectivamente.

⁶³ *Vid.* “Resolución del Parlamento Europeo de 16 febrero 2017...”, *loc. cit.*, apartados Z a AI.

⁶⁴ Reglamento (CE) n° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Un segundo bloque de problemas estaría integrado por el tema de la responsabilidad en el caso de vehículos autónomos y automatizados. Muchas son las cuestiones que se plantean en este concreto ámbito (seguridad vial, medio ambiente, datos personales, infraestructuras para una comunicación fiable –incluidas la de navegación y posicionamiento global–, empleo –en el proceso de fabricación y en la utilización de personal formado en vehículos pesados automatizados⁶⁵), pero para el DIPr las más relevantes son las relacionadas con la responsabilidad civil y su correspondiente seguro. Es obvio que tendrá que crearse un nuevo marco normativo para cubrir los posibles daños ocasionados por vehículos autónomos y automatizados, no previstos en la normativa actual⁶⁶. Parece conveniente que se continúe, como en la actualidad, con un sistema común de aseguramiento para todos los Estados miembros de la UE –sin excluir a los países adheridos al sistema mediante el Convenio Multilateral de Garantía–. Sistema que deberá determinar si hay que establecer una responsabilidad objetiva o por riesgo, que exigiría probar solamente la existencia de un daño y el nexo causal entre el accidente ocasionado por el vehículo y los daños producidos. En este sentido, posiblemente no sea muy operativo, por las dificultades de prueba que puede entrañar, hacer depender la responsabilidad del grado de autonomía y de aprendizaje previo del sistema que maneje el vehículo, o del discutible acierto de la decisión tomada por el vehículo en caso de confluencia de diversos bienes a proteger con el fin de causar el menor daño a unos a cambio de un mayor daño en otros (*v.gr.*, en caso de accidente inevitable en el que se ven involucrados otro vehículo automóvil, una motocicleta y un peatón, además de los ocupantes del propio vehículo). O, incluso, la posibilidad no desdeñable de aumentar la seguridad en el tráfico, con la consiguiente disminución de accidentes de circulación –y de las primas a pagar por el contrato seguro–. Según el grado de autonomía o automatización del vehículo, puede atenuarse la relevancia de la concurrencia de determinadas circunstancias, como sucede en la actualidad con la carencia de los correspondientes permisos de conducción, la conducción del vehículo bajo los efectos del alcohol o de sustancias psicotrópicas, o la sustracción previa del vehículo.

Por lo que se refiere a la ley aplicable a la responsabilidad derivada de los accidentes de circulación en el que se vean involucrados vehículos autónomos y automatizados, opino que habría que introducir algunas modificaciones, y ello a pesar de que el Parlamento Europeo considera que no es preciso introducir modificaciones sustantivas con carácter de urgencia en las actuales normas de DIPr sobre accidentes de circulación. El Parlamento se limita a recomendar la simplificación

⁶⁵ Vid. “Resolución del Parlamento Europeo de 16 febrero 2017...”, *loc. cit.*, apartados 24 ss.

⁶⁶ Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 septiembre 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DO L 263, de 7.10.2009).

del sistema vigente, integrado por dos normas: el Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera⁶⁷, y el Reglamento (CE) n° 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Argumenta que así se favorecería la seguridad jurídica a la vez que limitaría la “búsqueda del foro más favorable”⁶⁸. El Parlamento también se refiere de forma muy genérica a “la necesidad de introducir modificaciones” en el Convenio de La Haya de 1971⁶⁹. En mi opinión, tanto el Convenio de La Haya de 1971 como el RR II precisan modificaciones de cierto calado. Así, en primer lugar habría que redefinir el concepto de “conductor” del Convenio, puesto que mientras puede haber una persona sentada en el asiento del conductor, las decisiones sobre la conducción del vehículo pueden ser tomadas –total o parcialmente– por un robot. Por tanto, debería definirse con claridad la determinación de las “personas” responsables, puesto que la responsabilidad podría verse atribuida en exclusividad al robot o compartida con el conductor, según el grado de autonomía del robot o en quién recaiga finalmente la toma de decisiones sobre la conducción. En este sentido, habría que introducir en el art. 4 del Convenio, en la relación de personas responsables (conductor, poseedor, propietario o cualquier persona que tenga un derecho sobre el vehículo), una mención al robot responsable o corresponsable de la conducción del vehículo, o de la toma de decisiones sobre la conducción. Igualmente, y según el grado de autonomía, habría que establecer la responsabilidad del robot respecto de la persona que ocupase el asiento del conductor, que podría verse afectada por las decisiones de aquél. Paralelamente, en el Reglamento debería precisarse el concepto de “persona cuya responsabilidad se alega”, para determinar si incluye a los robots que toman decisiones sobre la conducción del vehículo. Ello obligaría a precisar el concepto de “parte” en el Reglamento, de manera especial en el art. 14, referido a la elección de la ley aplicable a la responsabilidad. También debería aclararse la aplicación de la conexión de la ley de la “residencia habitual” cuando pueda afectar al robot en calidad de sujeto responsable del daño (arts. 4.a, inciso primero, y 6 del Convenio; arts. 4.2º y 23 del Reglamento).

⁶⁷ BOE 4.11.1987; corrección de errores BOE 24.12.1987.

⁶⁸ Cf. “Resolución del Parlamento Europeo de 16 febrero 2017...”, *loc. cit.*, ap. 60. Igualmente el documento de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, “Proyecto de Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica” (2015/2103(INL)), PE582.443, 31.5.2016, apartado 15. Cabe recordar al PE que las normas que cita no fijan la competencia internacional –de lo que se ocupa el citado Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil–, así como que la unificación de las normas de competencia internacional y de las normas de conflicto, bien mediante convenio internacional bien mediante Reglamento de la UE, evitan el *forum shopping*.

⁶⁹ Vid. “Resolución del Parlamento Europeo de 16 febrero 2017...”, *loc. cit.*, ap. 61. Igualmente, “Proyecto de Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión...”, *loc. cit.*, ap. 15.

Como ha podido verse en los párrafos anteriores, las cuestiones jurídicas relacionadas con la robótica y a la inteligencia artificial son múltiples y afectan a diversas ramas del ordenamiento jurídico. Ahora bien, me atrevería a afirmar que la más importante es la relacionada con el tema de la responsabilidad por los daños que puedan causar. Ello ha llevado a proponer la creación de una “personalidad jurídica” para los robots autónomos; esto es, aquellos que estén programados para tomar decisiones autónomas inteligentes, para aprender de sus decisiones y para interactuar de forma independiente con terceros⁷⁰. Por tanto, no parece extraño que de aquí a unos años se pueda hablar del “estatuto personal” de los robots, que incluirá no sólo los temas de responsabilidad sino también códigos de conducta tanto para sus creadores como para sus propietarios u operadores y para las actuaciones de los propios robots, que deberán prever el respeto a los Derechos fundamentales en sus relaciones con seres humanos.

VII. A modo de conclusión

En las páginas anteriores hemos visto que estas novedades obligan a replantearnos las soluciones vigentes con el objeto de determinar su viabilidad. No todas las normas actuales de DIPr contienen respuestas satisfactorias a los nuevos escenarios. Así, por ejemplo, los *smart contracts* no sólo están cambiando la teoría general del derecho de obligaciones –tiene poco sentido hablar en ellos de incumplimiento por fuerza mayor–, sino que también pueden plantear problemas en el ámbito propio del DIPr, como la determinación del lugar de realización de la prestación cuando el contrato utiliza la tecnología de la *blockchain*. Por otro lado, ¿es posible hablar en estos contratos de partes jurídicamente débiles, con las consecuencias que ello puede tener en la determinación de la *lex contractus* o de la competencia internacional? No carece de importancia la temática de la responsabilidad de las plataformas virtuales (*marketplaces*) que intermedian en el intercambio de bienes y servicios entre particulares, sin dejar de lado la problemática que plantea este tipo de prestación de servicios en los ámbitos fiscal, de Derecho de la competencia o de protección de los usuarios. El rápido desarrollo de la inteligencia artificial nos obliga también a repensar el tema de la responsabilidad, tanto desde el punto de vista sustantivo (sujetos responsables, límites,...) como

⁷⁰ Vid. “Resolución del Parlamento Europeo de 16 febrero 2017...”, *loc. cit.*, ap. 59; “Proyecto de Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión...”, *loc. cit.*, apartado 31.f. En contra del reconocimiento de una “personalidad jurídica” a los robots, N. Nevejans, “European Civil Law Rules in Robotics. Study for The European Parliament’s Legal Affairs Committee”, pp. 14 ss. (accesible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etues/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etues/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf)). Esta autora afirma que quienes defienden la personalidad jurídica tienen una visión fantástica del robot, inspirada en novelas de ciencia ficción y en el cine; ven el robot como una auténtica creación de inteligencia artificial y un alter ego de la humanidad (*vid.* pp. 15–16).

desde la óptica del DIPr (ley aplicable), por los actos en los que intervienen robots. Ya en el ámbito del Derecho de familia nos topamos con la cuestión del reconocimiento de la filiación de los seres concebidos mediante la técnica de transferencia mitocondrial. O el previsible afloramiento de conflictos latentes, como el reconocimiento en la UE de resoluciones sobre temas de familia y Derecho de sucesiones emanadas de “tribunales” islámicos situados en Estados miembros y que han aplicado la *Sharia*.

He advertido al principio de estas páginas que no era mi intención estudiar en profundidad cada tema que he presentado, sino que pretendía realizar una labor más modesta de prospectiva, presentando problemas de la realidad actual y planteando cuestiones desde la perspectiva del DIPr. Así, en cada apartado he planteado preguntas relacionadas con las soluciones que en la actualidad ofrece el DIPr, para ver si éstas son capaces de darles respuesta o si es preciso repensarlas bajo el prisma de la nueva realidad. Cada tema que surge obliga a reflexionar sobre la existencia de una solución jurídica y su capacidad para resolverla. En mi opinión, la prohibición de la actividad, como se ha pretendido hacer con algunas manifestaciones del denominado comercio colaborativo, no es la solución sino que ésta pasa por proceder a su regulación; es decir, fijar las reglas del juego bajo las que tendrá que actuar. Ahora bien, ello no nos debe hacer caer en un reglamentismo excesivo y absurdo, porque no podemos perder de vista que el auge de algunas de estas novedosas cuestiones se debe tanto a su capacidad de adaptación a las exigencias técnicas como a su desarrollo al margen de la rigidez de imperativos legales. Paralelamente, es conveniente plantearse la técnica legislativa a utilizar, porque desde los años 90 del pasado siglo se viene observando en el ámbito del DIPr el auge de un peligroso manierismo normativo⁷¹, tendencia que se ha visto peligrosamente agravada los últimos años con la legislación de la UE en temas de DIPr. Normas cada vez más extensas y complejas, de difícil comprensión para los operadores jurídicos y que siembran el desconcierto en el mundo jurídico. Y frente a ello, los internacionalprivatistas nos limitamos a lamentar que los tribunales no aplican, o lo hacen incorrectamente, las normas de DIPr, eludiendo toda responsabilidad y pasando por alto la dificultad que supone aplicar normas que no se comprenden debido a su carácter ininteligible⁷². Parece que en el último cuarto de

⁷¹ Sobre el tema, F. Garau Sobrino, “¿Qué Derecho Internacional Privado queremos para el siglo XXI?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012–2, pp. 140–158; esp. pp. 147–150.

⁷² Un ejemplo de esta manera de legislar es el art. 10 del ya citado Reglamento (CE) n° 2201/2003, que contiene una norma de DPCI que establece la competencia judicial internacional de litigios en materia de responsabilidad parental en aquellos casos en que el menor ha sido desplazado o retenido ilícitamente. En dicho precepto se contiene un conjunto de condiciones para que la competencia internacional se traslade del Estado miembro donde el menor se hallaba residiendo antes de su traslado ilícito a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor se halla retenido o al que ha sido trasladado ilícitamente. Para que esto suceda es preciso que se cumplan dos condiciones, la segunda de las cuales puede

siglo hemos olvidado que las normas no pueden intentar prever y solucionar “todas” las situaciones, reales o imaginables, presentes y futuras, sino que deben ser capaces de dejar un deseable margen a la actuación judicial, para que sean los tribunales quienes puedan ajustarlas a las necesidades del caso concreto⁷³. Cuanto más flexible es una norma, mejor puede adaptarse a las nuevas circunstancias no previstas en su supuesto; por el contrario, a mayor rigidez, más dificultad de adaptación a las situaciones que van surgiendo, haciendo imprescindible los consiguientes cambios normativos. Un ejemplo de ello lo tenemos en el sistema de DIPr rígido, sumamente complejo y anticuado, del Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, incapaz de dar respuesta a cuestiones de responsabilidad cuando se ven involucrados vehículos autónomos y automatizados, siendo prácticamente imposible su adaptación.

En definitiva, se trata de comprobar una vez más si el Derecho en general, y el DIPr en particular, pueden aportar soluciones a los nuevos retos que plantea la realidad o si, por el contrario, ambos van a continuar siendo parte del problema por su incapacidad de adecuarse a la realidad, o de hacerlo a destiempo.

Bibliografía

- Barnes, J.: “Un falso dilema: Taxis vs. Uber”, *Diario La Ley*, nº 8942 (16.3.2017), apartado III.3.
- Camarero Suárez, V., Zamora Cabot, F.J.: “Pluralismo y multiculturalidad: Tribunal Arbitral Musulmán y Consejos Islámicos (“Sharia Courts”) en el Reino Unido”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXVIII, 2012, pp. 527–570.
- De Miguel Asensio, P. A.: “Las conclusiones en el asunto Uber y el concepto de servicios de la sociedad de la información”, entrada publicada en su blog el día 12.5.2017 (accesible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2017/05/las-conclusiones-en-el-asunto-uber-y-el.html>).
- Diago Diago, P.: “El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 30 (2015).
- Feliu Álvarez de Sotomayor, S.: “Cláusulas sobre jurisdicción y ley aplicable insertas en las condiciones generales de las plataformas colaborativas”, Ponencia presentada en la “International Conference: Ensuring the effective exercise of the right to housing in the EU”, (pendiente de publicación)

llegar a tener hasta 12 posibles alternativas en cuatro niveles diferentes. Otro ejemplo más reciente lo tenemos en los arts. 4 a 11 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DO L 183 de 8.7.2016). Preceptos en los que las reglas, las excepciones y las excepciones a las excepciones configuran un sistema complejo de 12 foros jerárquicos que dificultan enormemente su aplicación correcta y la consiguiente determinación de la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales.

⁷³ Sobre la importancia del desarrollo judicial del Derecho en el proceso de aplicación de las normas jurídicas Vid. K. Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 359.

- Flaquer Riutort, J.: “Reflexiones en torno a la discutida responsabilidad administrativa de los marketplaces turísticos”, *Diario La Ley*, nº 8864 (16.11.2016).
- Gandía Sellens, M. A.: “Reconocimiento y divorcios privados. Reflexiones a la luz del Auto del TJUE de 12 mayo 2016, asunto C-281/15, Sahyouni c. Mamisch”, *Bitácora Millennium*, nº 4, 2016-2 (versión Preprint accesible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-51-reconocimiento-y-divorcios-privados-%E2%80%93reflexiones-a-la-luz-del-auto-del-tjue-de-12-de-mayo-de-2016-asunto-c-281-15-sahyouni-c-mamisch>).
- Garau Sobrino, F.: *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992.
- Garau Sobrino, F.: “¿Qué Derecho Internacional Privado queremos para el siglo XXI?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012-2, pp. 140-158.
- Gascón Inchausti, F.: “El exequátur ante el Tribunal Supremo. Un repaso de la jurisprudencia reciente”, *Tribunales de Justicia*, 2000-4 (accesible en: http://eprints.ucm.es/15918/1/2000_El_exequatur_ante_el_Tribunal_Supremo.pdf).
- Grupo ENATIC: “Contratos inteligentes: los ‘smart contract’”, entrada publicada en la web de la Abogacía Española el 6.3.2017 (accesible en: <http://www.abogacia.es/2017/03/06/contratos-inteligentes-los-smart-contract/>).
- Hausmann, R.: *Die kollisionsrechtlichen Schranken der Gestaltungskraft von Scheidungsurteilen*, München, Beck, 1980.
- Hellman Moreno, J.: “¿Cómo superar la actual e ineficiente regulación internacional en torno a la obsolescencia programada? La conveniencia de catalogar la obsolescencia programada como un crimen de Derecho Internacional”, *Diario La Ley*, nº 8819 (8.9.2016).
- Larenz, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- Morell Ramos, J.: “Smart contracts: teoría, práctica y cuestiones legales”, entrada publicada en el blog Términos y Condiciones el día 21.9.2016 (accesible en: <https://terminosycondiciones.es/2016/09/21/como-crear-smart-contract-mediante-terminos-condiciones/>).
- Nevejans, N.: “European Civil Law Rules in Robotics. Study for The European Parliament’s Legal Affairs Committee”, pp. 14 ss. (accesible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf)).
- Ottaviani, J.: “E-waste Republic” (accesible en: <http://interactive.aljazeera.com/aje/2015/ewaste/index.html>).
- Prenafeta Rodríguez, J.: “Smart contracts: aproximación al concepto y problemática legal básica”, *Diario La Ley*, nº 8824 (15.9.2016).
- Szabo, N.: “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets” (accesible en: http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinte-school2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html).

Documentación

- Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, “Proyecto de Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica” (2015/2103(INL)), PE582.443, 31.5.2016.
- Commission Staff Working Document, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices. Accompanying the document Communication from

the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A comprehensive approach to stimulating cross-border e-Commerce for Europe's citizens and businesses, SWD(2016) 163 final.

Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa, COM(2016) 356 final, Bruselas, 2.6.2016.

Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)", COM(2016) 411 final, Bruselas, 30.6.2016.

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 febrero 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)).

Recibido: 8 julio 2017
Aceptado: 26 julio 2017

LAS OPERACIONES CONTRACTUALES COMPLEJAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

María Asunción CEBRIÁN SALVAT *

SUMARIO: I. Las operaciones contractuales complejas en el comercio internacional. 1. Aspectos generales. 2. Estructura. II. La determinación de la competencia judicial internacional en operaciones contractuales complejas. 1. Presencia de pacto de sumisión: A) Pacto en favor de los tribunales de un Estado miembro; B) Pacto en favor de los tribunales de un tercer Estado o de un mecanismo alternativo de solución de controversias. 2. Ausencia de pacto de sumisión: A) Foro del domicilio del demandado; B) Foro especial en materia contractual. III. La determinación de la ley aplicable en operaciones contractuales complejas. 1. Presencia de pacto de elección de Ley. 2. Ausencia de pacto de elección de Ley. IV. Consideraciones finales.

RESUMEN: Este trabajo se ocupa del tratamiento de las cuestiones de Derecho internacional privado relativas a las operaciones contractuales complejas o conjuntos de contratos, fundamentalmente de las formadas por un contrato marco y varios contratos de aplicación. A diferencia de otros trabajos sobre el tema, se centra en su regulación en los Reglamentos nº 1215/2012 y nº 593/2008. Se concluye que tanto la competencia judicial internacional como la ley aplicable se han de determinar “contrato por contrato” en el sentido europeo de este término, y no respecto a la operación compleja en su conjunto.

PALABRAS CLAVE: contratos complejos - grupos de contratos - reglamento roma i - reglamento bruselas i bis - contratación internacional.

ABSTRACT: *Complex transactions in European private international law*

This work deals with the private international law issues related to contractual complex transactions, namely those composed by a framework contract and several implementation contracts. Unlike previous papers on the matter, it focuses on European private international law instruments Regulation n. 1215/2015 and Regulation n. 593/2008. It is concluded that both international jurisdiction and applicable law shall be determined “contract by contract”, in a European sense, and not in relation to the complex transaction as a whole.

KEYWORDS: COMPLEX TRANSACTIONS - GROUP OF CONTRACTS - ROME I REGULATION - BRUSSELS I REGULATION RECAST - INTERNATIONAL CONTRACTS.

* Becaria postdoctoral. Universidad de Murcia.

I. Las operaciones contractuales complejas en el comercio internacional

Una buena parte de los negocios internacionales celebrados hoy en día en la Unión Europea se articulan jurídicamente como operaciones contractuales complejas, esto es, operaciones formadas por un “conjunto de contratos” con la estructura de un “contrato marco” y varios “contratos de ejecución”¹.

1. Aspectos generales

Las operaciones contractuales complejas son cada vez más frecuentes en el comercio internacional. Su ritmo frenético exige contratar con celeridad, pero su carácter cambiante invita a dotar a la operación con cierta flexibilidad. Para ello, puede convenir acordar en un primer contrato las condiciones principales de la transacción, dejando algunas de las mismas a un desarrollo posterior en función del devenir del negocio².

Dado que la autonomía de la voluntad de las partes es el principio que vertebra las relaciones comerciales internacionales, la lista de estas operaciones contractuales complejas no está cerrada. Lo son, sin duda, operaciones como el suministro en exclusiva, la concesión comercial, la franquicia o la distribución selectiva, pues las mismas se estructuran en base a un contrato marco que organiza ventas comerciales futuras³. Pero también lo son otras operaciones contractuales de tipo asociativo, como la *joint venture* contractual o las transferencias internacionales de tecnología, los acuerdos de operación y mantenimiento (“*operation and maintenance agreements*”) o los contratos llave en mano (“*turn key agreements*”)⁴. Un ejemplo muy ilustrativo de este tipo de transacciones es la concesión comercial, operación comercial de duración continuada, en que el concesionario comercializa los productos del empresario principal o concedente por su propia cuenta pero con un alto grado de integración en su red⁵. Esta operación está compuesta por un contrato

¹ F. Leclerc, “Le contrat-cadre en droit international privé”, *Trav. Com. dr. DIP*, 2002-2004, Pendone, Paris, 2005, pp.3-25, p. 5.

² P. Wautelet, “Le contrat de franchise – aspects internationaux”, *Revue Droit International Privé - Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht*, vol. 10, n. 2, 2011, pp. 102-139, p. 103. *Vid.*, v.gr., la Sent. Trib. Gante, 31 mayo 2010, *RABG*, 2011, 309, nota de A. Hansebout, que refleja que junto con el contrato de franquicia, las partes firmaron otros acuerdos: uno relativo al *stock* de las mercancías, otro relativo a la financiación y otro relativo a los fondos de comercio (clientela).

³ F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 5.

⁴ M. Guerrero Gaitán, *Los contratos de transferencia internacional de tecnología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 80; F. Esteban de la Rosa, *La joint venture en el comercio internacional*. Granada Comares. 1999 n. 82.

⁵ E. Guardiola Sacarrera, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 248; A. Frignani, *Il Diritto del commercio internazionale*, Milán, Ipsoa Informatica, 1986, p. 280.

marco, en que se acordarán las obligaciones principales de las partes, para cuyo cumplimiento se necesitarán otros contratos de ejecución. Así ocurre, por ejemplo, con la obligación del concesionario de adquirir del concedente ciertos productos o con la obligación del concedente de adquirir y posteriormente arrendar al concesionario el local en que desarrollará la concesión⁶.

Para referirse a este tipo de transacciones se ha escogido el nombre de “operaciones contractuales complejas”⁷. Esta nomenclatura resulta preferible a otras más genéricas como “grupos de contratos” y a la extendida denominación de “contratos complejos”, pues se trata de un fenómeno conformado por varios contratos y no por uno solo. En este sentido, resulta relevante distinguir las operaciones contractuales complejas de los “contratos mixtos”, término que ilustra la cualidad de un único contrato compuesto por prestaciones múltiples que suelen corresponder a varios tipos contractuales típicos, es decir, a contratos que tienen regulación propia sustantiva en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos⁸.

Las operaciones contractuales complejas pueden contener a su vez uno o varios “contratos mixtos”. Así, siguiendo con el ejemplo anterior, el contrato marco de concesión es un contrato mixto, que forma parte de la operación contractual compleja de concesión. Este contrato marco regula la puesta a disposición en un mercado determinado de una serie de productos del concedente por parte del concesionario y se apoya para ello en otras prestaciones instrumentales, como son las licencias de marca o la cesión del *know-how*. Estas prestaciones que se acuerdan en el contrato de concesión, separadamente consideradas, conformarían contratos por sí mismas (contrato de cesión de marca, contrato de transferencia o licencia de tecnología) pero en el contrato de concesión se organizan de forma particular para alcanzar una causa o finalidad contractual única⁹.

⁶ Un ejemplo de este tipo de contratos de arrendamiento se puede ver en la SAP Barcelona nº 316/2013, 15ª 24 julio 2013, sobre la acción de varios franquiciados españoles contra su franquiciador francés (titular de la marca de lavado de coches “Elefante Azul”). En el litigio se alega la nulidad de los contratos de arrendamiento firmados por las partes y contenidos en el Anexo III de cada uno de los contratos de franquicia.

⁷ Se ha tomado el nombre del francés, en que una de las formas de denominar a estos conjuntos es “*ensemble conventionnel complexe*”. S.M. Carbone, “Il contratto senza legge e la convenzione di Roma del 1980”, *Rev. dir. int. pr. proc.*, 1983, pp. 279-287, p. 280.

⁸ En España, los términos “mixto” y “complejo” son utilizados de forma sinónima por el TS y utilizados para definir el contrato en que “los distintos elementos que lo forman aparecen entrelazados e inseparablemente unidos por la voluntad de las partes, de forma que no es posible aislarlos y regularlos separadamente, pues se desnaturalizaría la voluntad y el fin económico que las partes tuvieron en cuenta al contratar” (STS 26 enero 1994, RJ 446/1994; STS 9 octubre 1995, RJ 7026/1995), definición que se correspondería más con la aquí utilizada para el “contrato mixto”. Al respecto, F. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, p. 82.

⁹ M. Mendelsohn, *Franchising Law*, Richmond Law and Tax, London, 2003, p. 45; J. Carrascosa González, *El contrato internacional (fragmentación versas unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 148-149; P. Lagarde, “Le dépeçage dans le droit international privé des contrats”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1975, pp. 649-677, p. 653; C. Pellisé De Urquiza, *Los contratos de distribución comercial*, Barcelona, Bosch, 1999,

En este trabajo únicamente se estudiarán los aspectos de Derecho internacional privado relativos al carácter complejo de estas operaciones y no a la posible condición mixta de algunos de los contratos que las conforman.

2. Estructura

Como se ha señalado, las operaciones contractuales complejas generalmente se componen de un “contrato marco” y de varios “contratos de ejecución”. En el contrato marco se regulan los aspectos de base de la relación jurídica. Al tratarse en su mayoría de relaciones contractuales de tracto sucesivo o larga duración, estos contratos regularán las obligaciones de cada una de las partes que se han de cumplir a lo largo de un período de tiempo.

Los “contratos de ejecución” de ese acuerdo marco se celebrarán generalmente en cumplimiento de las obligaciones pactadas por ambos contratantes en el contrato marco¹⁰. Estos contratos de ejecución pueden responder por su contenido a los más variados tipos de negocios. Los más comunes son los referidos al aprovisionamiento de productos, al arrendamiento de locales o establecimientos, al asesoramiento, publicidad, alquiler, *leasing* o compra de equipamiento o maquinaria, incluso a las licencias para el uso de programas informáticos o de gestión¹¹.

El contrato marco y sus contratos de ejecución son contratos conexos o coligados. Éstos se encuentran generalmente unidos por un vínculo de continuidad (los contratos de ejecución suelen suceder al contrato marco en el tiempo), aunque también pueden ser negocios concurrentes¹².

Como ha señalado la doctrina, el vínculo existente entre el contrato marco y los contratos de ejecución es un vínculo de interdependencia y de jerarquía: los contratos de ejecución son contratos que dependen del contrato marco y orientados a facilitar su ejecución¹³. Se podría decir que el contrato marco cumple una “función

p. 190; G. Cassoni, “I contratti collegati nel diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, n. 15, 1979, pp. 23-42, p. 24.

¹⁰ J. Maseda Rodríguez, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000, pp. 55-56; F. Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 186-187; M. Brosseta Pont, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 510; P. Crahay, *Les contrats internationaux d'agence et de concession de vente*, París, LGDJ, 1991, p. 11; P.A. De Miguel Asensio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, Civitas, 1995, p. 97.

¹¹ P. Wautelet, *loc. cit.*, p. 103.

¹² E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Turín, Utet, 1955, p. 305; G. Cassoni, *loc. cit.*, p. 23;

¹³ G. Cassoni, *loc. cit.*, p. 31; F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 4.

directiva” de la operación, pues las partes suelen dotarlo con una especial relevancia en el plano hermenéutico así como en el caso de divergencia entre éste y los contratos de ejecución¹⁴.

La libertad de las partes para configurar su relación jurídica hace que estas operaciones puedan tomar formas extremadamente variadas. En primer lugar, las partes pueden decidir si dichos contratos de ejecución se celebran entre ellos mismos o bien entre una de las partes y un tercero.

Por ejemplo, en un contrato de franquicia es muy común que el franquiciado se obligue a aprovisionarse de ciertos productos de terceros designados por el franquiciador y no directamente de éste¹⁵. Así ocurre de forma muy común en las franquicias de comida rápida, en que es habitual que el franquiciado se obligue a adquirir ciertos productos, como el ketchup, de los proveedores autorizados por el franquiciador y no del propio franquiciador. Los acuerdos con terceros son también los más habituales en los contratos de construcción “llave en mano”, en que el constructor se compromete a contratar ciertos servicios con terceros, como la vigilancia de la obra o la adquisición de ciertos materiales.

Esta libertad contractual se manifiesta también en el grado de detalle con que se regula el contenido del acuerdo marco y de los contratos de ejecución y en el grado de independencia formal entre ellos¹⁶. Dependerá de las partes si en el contrato marco se incluye la obligación de concluir tales contratos de ejecución y en qué medida¹⁷. También dependerá de ellas si estos contratos de ejecución quedan totalmente regulados en el momento en que se celebra el contrato marco o si se reservan a un desarrollo posterior por las partes.

Para ilustrar lo anterior se tomará como ejemplo una operación internacional de *joint venture* en que dos empresas acuerden su asociación para la producción de ciertos bienes en otro Estado. En este caso, podría ser una posible organización de la operación la siguiente. Las partes pueden acordar el contrato marco las obligaciones de cada una, por ejemplo, que una de las partes es la que debe suministrar

¹⁴ Como indica F. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, p. 34, suele ser frecuente la inclusión en el contrato de cláusulas que aseguren esta prevalencia. Un ejemplo podría ser: “*In the event of any inconsistency between this Agreements and other Agreements between the parties, the provisions of this Agreement shall prevail*”.

¹⁵ F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 5.

¹⁶ F. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, p. 43.

¹⁷ La previsión de los contratos de ejecución en el contrato marco puede comportar diversos efectos jurídicos, que dependerán de la Ley que rijan dicho contrato marco, pero que en general se traducen en que los contratantes tendrán una acción recíproca para exigirse la celebración de tales contratos de ejecución de conformidad con lo establecido en el contrato marco y en que, si una de las partes incumple uno de los contratos de ejecución, se estará incurriendo al mismo tiempo en una violación del acuerdo marco. *Vid.* F. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, p. 36, J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, París, LGDJ, 1993, p. 14.

a la *joint venture* las materias primas y que otra se ha de encargar de la supervisión del proceso de fabricación. Una vez constituida la *joint venture*, serán necesarios, al menos, dos contratos de ejecución, un contrato entre la parte suministradora y la propia *joint venture*, en que se acuerden los términos en que se realizará dicho suministro (condiciones generales de venta, obligación de compra mínima anual...) y un contrato entre la parte supervisora y dicha *joint venture*, con el mismo fin de acordar los términos concretos en que se llevará a cabo tal supervisión. Cuando el contrato de ejecución, como en el ejemplo, sea un contrato de suministro, la estructura de la operación contractual se complica aún más, pues posteriormente se celebrarán los contratos concretos de compraventa que desarrollan las obligaciones adquiridas en dicho contrato de suministro (pedido de un número concreto de unidades, condiciones de entrega, precio y forma de pago...).

Como se muestra en el ejemplo anterior, puede ocurrir que, en la práctica, la distinción entre contrato marco y contratos de ejecución no se aprecie formalmente. Puede que exista únicamente un contrato marco y posteriormente los contratos de ejecución se celebren de forma tácita, por ejemplo a través de simples pedidos. Pero ello no obsta para que tales pedidos, junto con la aceptación de la otra parte, sean considerados como verdaderos “contratos de ejecución” a efectos sustantivos o conflictuales. A estos últimos se hará referencia a continuación.

II. La determinación de la competencia judicial internacional en operaciones contractuales complejas

Cuando un operador jurídico se plantee qué tribunales de la Unión Europea serán competentes para conocer de un determinado litigio contractual lo hará consultando en primer lugar el Reglamento Bruselas I bis¹⁸. La aplicación de este instrumento a las operaciones complejas puede plantear dudas, sobre todo en relación a la figura jurídica que ha de ser calificada para determinar el tribunal competente: ¿se ha de tener en cuenta la operación contractual en su conjunto, una parte de la misma, o la acción ejercitada?

De forma general, se puede afirmar que el Reglamento Bruselas I bis determina la competencia judicial internacional respecto de cada acción ejercitada y en consecuencia litigio por litigio. La “acción” es el elemento clave para determinar la

¹⁸ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DO L 351 de 20.12.2012, pp. 1-32.

norma de competencia judicial internacional aplicable en el contexto del Reglamento Bruselas I bis. Así lo ha afirmado la doctrina¹⁹. Y así lo ha confirmado en varias ocasiones el TJUE²⁰.

No obstante, respecto a algunos foros, el Reglamento permite una labor de “concentración” ante unos mismos tribunales de distintas acciones. Se apuesta así por la denominada “unidad jurisdiccional de los litigios”²¹. Es decir, respecto a estos foros, el Reglamento determina la competencia judicial internacional respecto de un conjunto global de acciones y no “acción por acción”, de forma que la totalidad de dicho conjunto de acciones pueda ser conocida por el mismo tribunal. Esta posición es razonable, pues favorece la buena administración de la justicia. La concentración de acciones ante un mismo tribunal ahorra costes a las partes y a los propios tribunales y puede evitar decisiones contradictorias que vendrían del fraccionamiento del pleito.

Esta voluntad de concentración se puede apreciar, en primer lugar, en relación al foro de la sumisión expresa. El Reglamento permite a las partes acordar que “los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica...” (art. 25.1º RB I bis). De esta forma, se deja a las partes la labor de decidir qué acciones quedan bajo la jurisdicción de un mismo tribunal. Dicha labor tiene un único límite: que la competencia pactada se refiera a las reclamaciones que surjan respecto de una *determinada relación jurídica*.

El concepto de “relación jurídica” ha sido objeto de una interpretación extensiva por parte del TJUE (caso *Powell Duffryn* de 10 marzo 1992)²². No es un concepto estrecho que solo permita agrupar las acciones que se refieran a un único “contrato” o a una única “relación extracontractual”. Es un concepto amplio, al que las partes pueden dar forma a través del pacto de elección de tribunales, determinando a qué controversias o litigios se referirá dicha cláusula²³. El TJUE solo establece un mínimo, no se puede realizar un pacto general por el que se sometan todas las diferencias que surjan de contratos presentes y futuros entre las partes a

¹⁹ B. Haftel, “Entre Rome II et Bruxelles I: l’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome II”, *Journ. dr. int.*, n. 3, julio 2010, doctrina 11, p. 760-788, p. 767; P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973, p. 102; H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 2010, p. 219-220.

²⁰ STJUE de 18 julio 2013, asunto C-147/12, *ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB c. Frank Koot, Evergreen Investments BV*, ECLI:EU:C:2013:490, FJ 33: “(...) en la que se basa la acción del demandado (...)”. Vid. también las Sentencias citadas por ésta: STJUE 20 enero 2005, as. C-27/02, *Engler*, RJ 2005, p. I-481, FJ 50 y 51, y STJUE 14 de marzo de 2013, as. C-419/11, *Česká spořitelna*, FJ 46 y 47.

²¹ A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, Comares, 2016, p. 218.

²² STJCE 10 marzo 1992, as. C-214/89, *Powell Duffryn vs. Petereit*, RJ 1992, pp. 1745-1780.

²³ F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 10.

unos tribunales (cláusula escoba o “*clause balai*”), pues generaría inseguridad jurídica²⁴. En consecuencia, como se verá a continuación, las partes de una operación contractual compleja podrán pactar de forma única la sumisión a unos tribunales para conocer de la totalidad de los litigios derivados de la relación.

También puede apreciarse una voluntad similar de “concentración” en el foro especial en materia contractual contenido en el art. 7.1º.b RB I bis. En este caso, es el propio Reglamento y no las partes quien determina “el conjunto” de acciones que han de ser tenidas en cuenta para determinar la competencia. Serán las acciones derivadas de un mismo “contrato”, pues es preciso calificar dicho “contrato”, establecer si se trata de un contrato de compraventa, un contrato de prestación de servicios, o ninguno de ellos, para determinar el tribunal competente. En este sentido, para determinar la competencia judicial internacional en materia contractual, habrá que hacerlo en principio “contrato por contrato”, aunque posteriormente la calificación conduzca al art. 7.1º.a RB I bis y por lo tanto a varios tribunales competentes. El concepto de “contrato” a efectos del Reglamento se aclarará seguidamente, pero cabe adelantar que su concreción en relación a una operación jurídica compleja no se halla exenta de dificultad.

Estas consideraciones tienen implicaciones muy considerables en los litigios derivados de las operaciones contractuales complejas. Como se verá más detenidamente al analizar cada uno de los foros mencionados, esto supone un indudable protagonismo de la operación en su conjunto y de los contratos que la conforman, más que de cada acción ejercitada.

1. Presencia de pacto de sumisión

Cuando al tribunal de un Estado miembro se le presente un caso derivado de una operación contractual compleja, podrá declararse competente para conocer del mismo si las partes se han sometido a dicho tribunal bien de forma expresa o bien de forma tácita en virtud de los arts. 25 y 26 RB I bis. Es la sumisión expresa la que plantea los mayores problemas en relación a las operaciones complejas.

Como se ha indicado anteriormente, las partes pueden pactar unos únicos tribunales competentes para la totalidad de la “relación jurídica”. Este término, como

²⁴ STJUE 21 mayo 2015, as. C-352/13, *Cártel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA vs. Akzo Nobel NV y otros*, FD 68: “Una cláusula atributiva de competencia sólo puede abarcar las controversias nacidas o que puedan nacer de una relación jurídica determinada, lo que limita el alcance de un pacto atributivo de competencia únicamente a las controversias que tengan su origen en la relación jurídica con ocasión de la cual se estipuló esa cláusula. Esa exigencia tiene como objetivo evitar que una parte contratante sea sorprendida por la atribución a un foro determinado de todas las controversias que puedan surgir en las relaciones que mantiene con la otra parte contratante, y que nacieran de relaciones distintas de aquellas con ocasión de las cuales se pactó la atribución de competencia (*vid.*, en ese sentido, la sentencia *Powell Duffryn*, C-214/89, EU:C:1992:115, ap. 31)”.

se justificará más adelante, permite la elección de un único tribunal para conocer de todos los litigios derivados de una operación contractual compleja. Sin embargo, las partes no suelen recurrir a este pacto global. Generalmente incorporan una cláusula de sumisión en el contrato marco, pero no indican nada sobre su intención de aplicarla o no a la totalidad de la operación, por lo que resultará necesario proceder a su interpretación²⁵.

La forma en que se realizará tal interpretación será distinta si la elección es en favor de los tribunales de un Estado miembro (ap. 1) o en favor de tribunales de terceros Estados o de mecanismos alternativos de solución de controversias (ap. 2).

A) Pacto en favor de los tribunales de un Estado miembro

En los casos en que algún acuerdo de la operación cuente con una cláusula que señale a los tribunales de un Estado miembro, la misma se examinará exclusivamente conforme al RB I bis²⁶. Estas cláusulas pueden presentar dudas tanto relacionadas con su validez, en particular en lo que se refiere al consentimiento, como con su extensión.

En cuanto a su validez, será necesario en primer lugar examinar si la misma ha sido suscrita con pleno consentimiento de las partes del litigio. Como se ha indicado, en ocasiones los contratos de ejecución son suscritos por una de las partes del contrato marco con un tercero. Puede darse el caso de que la parte suscriptora del contrato marco intente imponer al tercero la cláusula de sumisión contenida en dicho acuerdo base. Este escenario es posible, pues el Reglamento se pronuncia en favor de las cláusulas de sumisión por escrito, pero no exige que las mismas hayan de contenerse en el contrato al que se refieren. Como ha indicado el TJUE, éstas pueden constar en un documento aparte, como unas condiciones generales de la contratación²⁷.

²⁵ En relación a los contratos de distribución, A. Espiniella Menéndez, “Las operaciones de compra-venta en la distribución comercial internacional”, *AEDIPr*, t. 13, 2013, pp. 423-455, esp. p. 429.

²⁶ En este sentido puede citarse la muy correcta SAP Alicante 24 febrero 2014, nº 41/2014, RJ AC\ 2014\453, FJ 2, en la que el demandante pretende aplicar la normativa española para impugnar la cláusula de sumisión a tribunales británicos incluida en un contrato de gestión hotelera que vinculaba a las partes, que indica lo siguiente: “tratándose de una cuestión de competencia judicial internacional en la que se aprecia, sin discusión entre las partes, la concurrencia de los presupuestos de aplicación del Reglamento, porque el litigio versa sobre materia civil - art 1 Reglamento- y porque el domicilio del demandado Tui Travel, está en un Estado contratante - art 2 Reglamento-, la referencia a la ley procesal nacional resulta vacua al no contemplar el Reglamento la legislación procesal nacional como norma complementaria ni supletoria de aquella que prima, como bien reconocen ambas partes, sobre la ley nacional”.

²⁷ STJCE 14 diciembre 1976, as. 24/76, *Colzani vs. Rüwa*, RJ 1976, pp. 1831-1849, D. 1977, IR 349, *Rev. crit. dr. int. pr...* 1977, 581, nota E. Mezger, *Jour. dr. int.*, 1977, 734, nota J.-M. Bischoff. Vid. también Ordenanza Corte Cass. Italia 27 septiembre 2006, STS 20 julio 2011, sobre una cláusula de sumisión

El supuesto es muy similar a los casos de cadenas de contratos resueltos por el TJUE en relación al RB I. En los mismos, el Alto tribunal estimó que una cláusula atributiva de jurisdicción incluida en un contrato entre el fabricante de un bien y su adquirente no puede ser impuesta al tercero subadquirente que quiere entablar una acción de responsabilidad contra el fabricante, salvo si dicho subadquirente ha dado su consentimiento efectivo en relación a la mencionada cláusula de acuerdo con las condiciones del art. 23 RB I bis²⁸. Pero el RB I no determinaba la Ley conforme a la cual el tribunal debía examinar ese consentimiento efectivo. Esto suscitaba importantes problemas, teniendo en cuenta lo habitual de este tipo de impugnaciones²⁹.

Ante esta situación, el Reglamento Bruselas I bis solventó la cuestión expresamente y señaló que la nulidad de fondo de la cláusula atributiva de jurisdicción se regirá por la Ley del Estado miembro del órgano jurisdiccional designado en dicha cláusula (art. 25.1 RB I bis)³⁰. El considerando 20 RB I-bis considera incluidas sus normas sobre conflictos de leyes³¹. En consecuencia, será el Derecho del Estado a cuyos tribunales se han sometido las partes el que ha de determinar si el litigante que es únicamente parte del contrato de ejecución ha consentido la cláusula de sumisión contenida en el contrato marco.

Cuando la cláusula no presente problemas de validez, por ejemplo, cuando el contrato marco y los contratos de ejecución se hayan suscrito entre las mismas

expresa en favor de tribunales alemanes y AAP Tarragona 10 junio 2004, sobre una cláusula contenida en unas condiciones generales a las que remite un documento aceptado y firmado sólo por una de las partes.

²⁸ STJUE 7 febrero 2013, as. C-543/10, *Refcomp SpA vs. Axa Corporate Solutions Assurance SA, Axa France IARD, Emerson Network, Climaveneta SpA*, ECLI:EU:C:2013:62; STJCE *Jakob Handte vs. Mecano-Chimoques*, *Recopilación*, 1992, pp.3967-399. Ver en el mismo sentido la Sent. Cour Cass. Comm. 23 marzo 1999, *Rev. crit. pr. int. pr.*, 2000, p. 224, en la que se rechaza la posibilidad de extender la cláusula atributiva de jurisdicción contenida en un contrato al subadquiriente, cuando ejerce una acción directa contra el fabricante.

²⁹ Incluso se dudaba que la validez de la cláusula se pudiera cuestionar una vez cumplidos los requisitos formales en base la STJCE 3 julio 1997, *Benincasa*, *cit.*. En opinión de D. Bureau / H. Muir Watt, *Droit International Privé*, vol. II, Paris, Presses Universitaires de France, 2014, pp. 370-372, capacidad y consentimiento quedaban supeditados a la ley aplicable al contrato. Para A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *op. cit.*, vol. I, p.111, la opción que proporcionaría mayor seguridad jurídica sería la aplicación al consentimiento de la *lex fori*, y a la capacidad, la ley aplicable al fondo del asunto.

³⁰ Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles-Sommières, *Droit International Privé*, Dalloz, Paris, 2013, p. 780; D. Bureau / H. Muir Watt, *op. cit.*, tome II, p. 367. Pese a la claridad de la norma, parte de la doctrina opina que la misma incluye únicamente las cuestiones relacionadas con el consentimiento, pues la capacidad es una cuestión excluida del Reglamento Bruselas I bis (art. 1).

³¹ Cdo. 20 RB-I bis: “La cuestión de si un acuerdo atributivo de competencia en favor de un órgano jurisdiccional determinado de un Estado miembro o de sus órganos jurisdiccionales en general es nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material debe decidirse con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional o de los órganos jurisdiccionales designados en el acuerdo, incluidas las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro”.

partes, puede presentar problemas de interpretación. Como se ha indicado, las partes suelen elegir un tribunal competente en el contrato marco, sin explicitar si dicha elección se extiende o no a los contratos subsiguientes³². Esto comporta dificultades interpretativas que han de ser resueltas por el tribunal ante el que se presenta la demanda.

Para solucionarlas, resulta necesario plantearse en primer lugar una cuestión no abordada por el Reglamento, que es conforme a qué Ley se ha de interpretar la cláusula de elección. Al respecto caben distintas hipótesis. La primera es considerar que la interpretación se trata de una cuestión propia de la cláusula de elección, que ha de ser resuelta por una norma material y autónoma desarrollada por las decisiones del TJUE e inspirada en los principios y valores del Reglamento. La segunda es considerar que la interpretación se trata de una cuestión propia del contrato en que se inserta la cláusula, y que por lo tanto ha de ser resuelta consultando el Derecho aplicable a dicho contrato³³. Si se tiene en cuenta que, a efectos de validez, las cláusulas de elección se consideran como contratos autónomos de aquél en que se encuentran insertas³⁴, la primera opción parece preferible. En consecuencia, se procederá a analizar los supuestos más habituales tratando de proporcionar una solución en base a una interpretación “autónoma” del Reglamento:

i. Cláusula de sumisión en el contrato marco que explicita su aplicación a todos los litigios que puedan surgir en la relación jurídica. Puede que la cláusula haya explicitado su vocación de ser aplicada a todos los litigios presentes y futuros que surjan de la totalidad de la relación jurídica. Incluso en este caso, parece legítimo dudar sobre si el Reglamento Bruselas I permite someter a un juez elegido la totalidad de los litigios que nazcan de las relaciones entre las partes, tanto del contrato marco como de los contratos de aplicación. ¿Es este conjunto una “determinada relación jurídica” en el sentido del art. 25 RB I bis? La amplia interpretación que realizó el TJUE de la noción de “relación jurídica” en el asunto *Powell Duffryn* confirma que no hay ningún impedimento a que las partes pacten una cláusula única de sumisión que se aplique a la totalidad de la operación contractual compleja³⁵. En consecuencia, el tribunal de un Estado miembro se podrá declarar competente en relación a una disputa derivada de un contrato de aplicación aunque la cláusula que le otorgue competencia se encuentre contenida en el contrato marco, si en dicha cláusula figura con claridad que la misma se aplicará “a toda la relación

³² F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 7.

³³ *Ibid.*, p. 14.

³⁴ Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 557.

³⁵ F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 10-11 ; STJCE 10 marzo 1992, *Powell Duffryn*, *cit.*.

contractual”, “a este contrato marco y a todos los contratos derivados de éste”, con éstas u otras expresiones de igual significado.

ii. *Cláusula de sumisión en el contrato marco que no explicita su ámbito de aplicación.* En estos casos, el acuerdo de sumisión debe abarcar sólo los litigios derivados del contrato marco y no los derivados de sus contratos de aplicación³⁶. Esta solución resulta excesivamente estricta para algunos autores, que defienden la posibilidad de extender la cláusula contenida en el contrato marco³⁷. Sin embargo, se trata de la opción más acorde con el objetivo de proporcionar seguridad jurídica en cuanto a los tribunales competentes que persigue el Reglamento y es la más respetuosa con la exigencia del consentimiento como uno de los requisitos esenciales para que se considere existente el pacto de elección de foro (art. 25 RB I bis). Junto con ello, esta postura parece además la más conforme con la jurisprudencia del TJUE según la cual, para que la cláusula se extienda a otras relaciones es necesario que las partes hayan podido preverlo, y para ello debe derivarse claramente del acuerdo (asuntos *Cártel Damage Claims* y *Powell Duffryn*)³⁸. Es además la solución adoptada por la mayoría de los Estados miembros³⁹.

iii. *Cláusula incluida exclusivamente en los contratos de ejecución.* Puede ocurrir que uno o varios contratos de ejecución contengan una cláusula de sumisión que no indique nada sobre su extensión al contrato marco. En estos casos, por el mismo razonamiento expuesto en el apartado anterior, la cláusula de sumisión no debería extenderse a los litigios derivados del contrato marco. Esta es

³⁶ A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, vol. II, p.450; Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 778.

³⁷ Vid. F. Leclerc, *loc. cit.*, pp. 10-11. Como se verá más adelante, en sede arbitral se apuesta en mayor medida por la extensión, y hay autores que abogan por tomar esta misma solución en relación a los pactos de sumisión a tribunales estatales.

³⁸ STJUE 21 mayo 2015, as. C-352/13, *Cártel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA vs. Akzo Nobel NV y otros*, FD 68: “Una cláusula atributiva de competencia sólo puede abarcar las controversias nacidas o que puedan nacer de una relación jurídica determinada, lo que limita el alcance de un pacto atributivo de competencia únicamente a las controversias que tengan su origen en la relación jurídica con ocasión de la cual se estipuló esa cláusula. Esa exigencia tiene como objetivo evitar que una parte contratante sea sorprendida por la atribución a un foro determinado de todas las controversias que puedan surgir en las relaciones que mantiene con la otra parte contratante, y que nacieran de relaciones distintas de aquellas con ocasión de las cuales se pactó la atribución de competencia (véase, en ese sentido, la sentencia *Powell Duffryn*, C-214/89, EU:C:1992:115 apartado 31)”.

³⁹ Sent. Cour Cass. Comm. 12 diciembre 1989, RCDIP, 1990, p. 358, nota de H. Gaudemet-Tallon; Sent. Cour Cass. Comm. 27 febrero 1996, RCDIP 1996, p. 736, nota H. Gaudemet-Tallon. Más recientemente, en un caso en que se pretendía la extensión de la cláusula atributiva de jurisdicción a un “no signatario”, Sent. Cour Cass. Comm. 4 marzo 2003, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, p. 285, nota de P. Lagarde.

además la postura jurisprudencial de la mayoría de los Estados miembros⁴⁰. Pese a ello, cierta jurisprudencia francesa y alemana ha optado por la extensión⁴¹.

iv. Cláusulas de sumisión idénticas contenidas en el contrato marco y en los contratos de aplicación. En este caso, las dudas surgirán en relación a un litigio que traiga a colación obligaciones derivadas tanto de los contratos marco como de los contratos de ejecución. ¿Podrán conocer del mismo los mismos tribunales, o tendrá que fraccionarse la competencia en virtud de las normas de competencia territorial? Dado que las normas de sumisión expresa del Reglamento establecen tanto la competencia judicial internacional como la competencia territorial, el respeto de las expectativas legítimas de las partes y una buena administración de la justicia apuestan por la consolidación, de forma que de dicho litigio pueda conocer un mismo tribunal.

v. Cláusulas de sumisión a tribunales distintos en el contrato marco y en los contratos de aplicación. En estos casos, la voluntad de las partes anula cualquier argumento que pudiera existir a favor de la extensión o del carácter de cláusula general del pacto contenido en el contrato marco. Si surge una controversia sobre uno de los contratos de aplicación, serán competentes los tribunales designados para estos contratos. Si surge una controversia sobre el contrato marco, serán competentes los tribunales elegidos en dicho contrato marco. Si la controversia trae a colación obligaciones derivadas tanto del contrato marco como de los contratos de ejecución, la misma tendrá que dispersarse entre los dos tribunales competentes: de las cuestiones relacionadas con los contratos de ejecución tendrán que conocer unos tribunales y de las derivadas del contrato marco, otros. En estos casos, se planteará en primer lugar la demanda ante los tribunales cuyo pronunciamiento sea cuestión previa necesaria para el otro.

⁴⁰ Sent. Cour App. Liège 31 marzo 1981, *Journ. Trib.*, 1984, p. 21, nota M. Fallon; Sent. Cour Cass. Civ. 15 marzo 1988, *Gaz. Pal.*, 1988, n. I, p. 133; Sent. Cour App. Paris 29 septiembre 1978, *Gaz. Pal.*, 1979, p. 171; Sent. Cour Cass. 29 octubre 1985, *Bull. Civ.*, vol IV, n. 254, 1985, p. 212; Sent. Trib. Com. Bruxelles 10 septiembre 1991, *Rev. dr. com. Belge*, 1992, p. 455; Sent. Trib. Com. Bruxelles 20 diciembre 1991, *Rev. dr. com. Belge*, 1992, p. 919.

⁴¹ *Vid.* Sent. Cour Cass. Civ. I re, 6 marzo 2007, n. pourvoi 06-10946, *Bull. Civ. I*, n. 93, p. 82. En el caso, una empresa francesa demanda ante los tribunales franceses a una sociedad alemana de la que era distribuidora en exclusiva en Francia, por ruptura brutal de sus relaciones comerciales. La sociedad alemana alega la incompetencia del tribunal por existir en las confirmaciones de los pedidos y en las facturas un pacto de sumisión a los tribunales alemanes, aceptado por la sociedad francesa. La Corte de Casación confirma la incompetencia del tribunal francés por considerar aplicable al litigio el pacto de sumisión. Ver también Sent. OLG Frankfurt-am-Main 21 marzo 1961, *IPrax*, n. 61, vol. 33, 1961, p. 26, que aplica a un contrato de concesión la Ley elegida para las compraventas.

Como se deriva de lo expuesto, la solución más sencilla es la elección global de la fórmula de resolución de los litigios para la totalidad de su relación comercial⁴². La forma más correcta de hacerlo es la inclusión de una cláusula única en el contrato marco, que indique su vocación de aplicación a la totalidad de la operación⁴³. De esta forma, la elección se aplicará también a los contratos de aplicación verbales. Esta unificación del tribunal competente facilitaría tanto la labor de las partes como del juez, pues incluso si el litigio solamente concierne a uno de los contratos, en muchos casos no podrá resolverse sin tener en cuenta la totalidad de la relación⁴⁴.

B) Pacto en favor de los tribunales de un tercer Estado o de medios alternativos de solución de controversias

En los casos en que las partes se hayan sometido a los tribunales de un tercer Estado o a un mecanismo alternativo de solución de controversias (en adelante, “MASC”), el tribunal ante el que se plantee la demanda examinará la validez de la cláusula conforme a sus normas nacionales de competencia judicial internacional⁴⁵. Pese a que la cuestión queda excluida del Reglamento objeto de estudio, resulta muy útil a efectos comparativos estudiar el tratamiento de las cláusulas de sumisión a arbitraje en las operaciones contractuales complejas.

Como en los casos cubiertos por el Reglamento, los primeros problemas que pueden plantear este tipo de cláusulas están relacionados con el consentimiento, pues resulta indispensable que la cláusula haya sido consentida por las partes del litigio⁴⁶. Pero a diferencia del caso anterior, no existe una norma uniforme en la

⁴² P. Wautelet, *loc. cit.*, p. 106.

⁴³ En el caso en que el contencioso se refiera a más de uno de los contratos, las reglas procesales del Estado ante el que se plantea la demanda permitirán en la mayoría de los casos la acumulación de los procesos. En España, por ejemplo, esta posibilidad está prevista en los arts. 71 ss Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE 8.1.2000, versión consolidada oficial disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=0> (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁴⁴ P. Hollander, “Questions de droit international privé et d’arbitrage touchant la distribution commerciale”, en P. Hollander (dir.), *Le droit de la distribution*, Lieja, Anthemis, 2009, pp. 271-323, p. 275.

⁴⁵ Si son válidas, estas cláusulas excluyen la aplicación del Reglamento Bruselas I bis. Esta es la postura mayoritaria de la doctrina desde la vigencia del Convenio de Bruselas. *Vid.* P. Schlosser, “Informe relativo al Convenio de Bruselas de 1968”, 9 octubre 1978, DO 1979, pp. C-59/72 ss, párrafo 176. Pese a ello, un sector minoritario considera que en estos casos el Reglamento sigue siendo aplicable, de forma que si existen tribunales competentes conforme al mismo, éstos deben declararse competentes. Al respecto, Y. Loussouarn, P. Bourel y P. Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 773.

⁴⁶ Los casos en que el tribunal de un Estado miembro es competente para examinar la validez del convenio arbitral vienen determinados por el Derecho nacional de dicho Estado miembro, incluido el Convenio de Nueva York 1958. De forma general se puede afirmar que los tribunales estatales serán competentes cuando la validez del convenio arbitral se plantee de forma accidental y no como el objeto principal del pleito. Sobre la cuestión, STJUE 10 febrero 2009, as. C-185/07, *Allianz SpA y Generali*

Unión Europea sobre la Ley conforme a la cual ha de controlarse dicho consentimiento⁴⁷. En España, la cuestión ha sido resuelta por el art. 9.6º LA con una norma de conflicto materialmente orientada a la validez de la cláusula⁴⁸.

Estas cláusulas pueden plantear también problemas de interpretación y para solucionarlos, de nuevo se ha de plantear la cuestión de conforme a qué Ley se ha de interpretar esta cláusula. En este caso, en ausencia de un instrumento europeo, las opciones son la interpretación conforme a una norma material específica contenida en la *lex fori* o conforme a la Ley que rige el contrato en que se inserta la cláusula. La primera opción de nuevo parece la más correcta, pues la interpretación de una cláusula de elección es una cuestión procesal, que por lo tanto puede someterse a la ley del foro en virtud de la máxima *lex fori regit processum*. Por ello, como se verá a continuación, las soluciones que han adoptado los Estados miembros a los supuestos más problemáticos no son uniformes.

i. Convenio arbitral contenido en el contrato marco que no explicita su ámbito de aplicación. Un primer supuesto problemático es que se presente una demanda ante el tribunal de un Estado miembro relativa a un contrato de ejecución y que exista en el contrato marco una cláusula de sumisión a arbitraje que no concrete su ámbito de aplicación. ¿Ha de considerarse extensible dicha cláusula a los acuerdos de ejecución y el tribunal del Estado miembro debe declararse en consecuencia incompetente? La solución de los Estados miembros a esta cuestión ha dependido del peso que hayan otorgado por un lado, al principio de autonomía de la cláusula compromisoria, que se percibe como un freno a la extensión, y por otro, al principio de la validez y eficacia de la cláusula, que milita en favor de dicha extensión⁴⁹.

Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc., RJ 2009, p. I-00663, FJ 26 y Ph. Fouchard / B. Goldman / E. Gaillard, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 660; F. Rigaux / M. Fallon, *Droit international privé*, Larcier, Bruselas, 1993, p. 615; A. Nuyts, "Le contrôle de l'arbitrabilité selon la loi du for dans les Conventions de New York et de Genève et les concessions de vente exclusive à durée indéterminée en Belgique", *Rev. dr. com. belge*, 1993, pp. 1118-1130, p. 1124.

⁴⁷ G. Berman, "Arbitration and Private International Law", *Curso General de La Academia de La Haya de Derecho internacional*, sesión de Derecho internacional privado, julio 2015 (*Recueil des Cours* aún no publicado, notas tomadas por la autora). En el Convenio de Nueva York de 1958 existe una norma que se refiere al control de la validez de la cláusula en el momento del exequátur del laudo pero no en el momento del examen de la competencia (art. 5.1º a CNY 1958).

⁴⁸ En España, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, indica en su art. 9.6º: "Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español".

⁴⁹ F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 9; D. Cohen, "Arbitrage et groupe de contrats", *Rev. arb.*, 1997, pp. 471-503.

Destaca la posición de Francia, donde se ha seguido una línea favorable al arbitraje y se ha privilegiado el segundo principio, indicándose que se entenderán sometidos a arbitraje todos aquellos litigios nacidos directa o indirectamente del contrato inicial, lo que incluye también los nacidos de los contratos de ejecución, salvo que las partes hayan indicado expresamente lo contrario⁵⁰. Esta extensión se ha realizado también cuando el contrato de aplicación había sido suscrito por una de las partes del contrato marco y un tercero⁵¹. Como puede observarse, esta posición es la opuesta a la que se ha de observar si el caso se encuentra sujeto al RB I bis.

ii. Convenio arbitral en el contrato marco que explicita su aplicación a la totalidad de la relación jurídica. Puede darse el caso de que la cláusula indique expresamente su aplicación a todos los litigios que puedan surgir de la relación jurídica. En este caso, pueden distinguirse dos supuestos. En primer lugar, que surja un litigio referido a un contrato de ejecución entre las mismas partes que hayan celebrado el contrato marco. En estos casos, lo más acertado será que el tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda se declare incompetente en favor del Tribunal arbitral. La cláusula compromisoria se reconocerá incluida por referencia en dichos contratos de aplicación y podrá aplicarse a los litigios derivados de los mismos⁵².

El segundo supuesto es que surja un litigio referido a un contrato de ejecución suscrito entre una de las partes del contrato marco y un tercero. En este caso, la solución se torna más complicada. A priori, la cláusula no debería considerarse aplicable, pues faltaría el consentimiento de una de las partes del litigio, base de todo arbitraje. Pese a ello, en algunos casos podría apreciarse un consentimiento implícito, por ejemplo, si el contrato de ejecución se refiere expresamente expresa al contrato marco o a sus condiciones⁵³.

iii. Convenios arbitrales idénticos contenidos en el contrato marco y en los contratos de aplicación. Al igual que se indicó al tratar la cuestión en relación a

⁵⁰ Sent. Cour Cass. Civ. 1ere, 5 enero 1999, *RCDIP*, 1999, p. 536, nota de E. Pataut. Ver también Sent. Cour Cass. Civ. 1ere, 28 mayo 2002, *RCDIP*, 2002, p. 758, nota de N. Coippel-Cordonnier.

⁵¹ En relación con las cadenas de contratos, ver la relevante Sent. Cour Cass. Civ. 1ere, 27 marzo 2007, *Sté Alcatel Business Systems v. Sté Amkor Tech.*, n. pourvoi 04-20.842, *JCP*, vol. 1, 2007, p. 168, nota de C. Seraglini; *JCP*, vol. 2, 2007 p. 10118, nota de C. Golhen; W. W. Park, "Non-signatories and international contracts : an arbitrator's dilemma" en *VVAA., Multiple party actions in International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 1-31, esp. p. 15.

⁵² F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 8 ; Sent. Cour Cass. Civ. 1ere, 3 junio 1997, *RCDIP*, 1999, p. 93, nota de P. Mayer.

⁵³ F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 9.

los pactos de sumisión a tribunales estatales, el respeto de las expectativas legítimas de las partes y la preocupación por una buena administración de la Justicia apuestan por un mecanismo de consolidación, de forma que si surge una controversia que ponga en juego ambos contratos debería poder sustanciarse ante el mismo tribunal arbitral, sin que sea necesario constituir dos tribunales.

iv. Distintos convenios arbitrales incluidos en el contrato marco y en los contratos de aplicación. En estos casos se debería respetar la voluntad de las partes, contraria a toda extensión. En sede arbitral, no obstante, se ha decidido en algún caso muy puntual reunir la totalidad del litigio ante la corte arbitral designada en el contrato marco⁵⁴.

v. Convenio arbitral incluido en el contrato marco y cláusula de sumisión a tribunales de un Estado miembro en los contratos de aplicación o viceversa. En estos casos, la voluntad de las partes anula cualquier duda sobre el carácter de cláusula general del pacto contenido en el contrato marco. En consecuencia, si surge una controversia sobre uno de esos contratos de aplicación, los tribunales estatales deberán examinar su competencia sin tener en cuenta la cláusula compromisoria. Pese a ello, en un afán por promover desmedidamente el arbitraje, la *Cour d'appel* de París llegó a desechar la aplicación de las cláusulas contenidas en los contratos de ejecución y por lo tanto a declinar la competencia de los tribunales franceses a favor del arbitraje, con la justificación de la menor entidad de estas cláusulas o su carácter subsidiario⁵⁵. Esta tendencia ha sido ya corregida por la *Cour de Cassation*⁵⁶. En cuanto a estos supuestos combinados, si existen dudas

⁵⁴ *Vid.*, v.gr. Laudo Cam. Com. Praga, 30 abril 1974 (decisión arbitral), *Journ. dr. int.*, 1979, p. 640, en relación a un contrato marco de distribución en que existía una cláusula de sumisión a dos tribunales arbitrales: en relación a las controversias derivadas del acuerdo marco, a favor de la CCI París, y en relación a los contratos de ejecución, a la Cam. Com. de Praga. En el litigio, que versaba sobre el impago de unas facturas relativas a una de las relaciones de compraventa, y por lo tanto planteado ante la Cam. Com. Praga, se planteó y se estimó la invalidez de la cláusula de sumisión a esta Cámara conforme al Derecho checoslovaco. Ante esto, conoció del litigio la CCI París, extendiéndose la cláusula compromisoria incluida en el acuerdo marco a los contratos de venta.

⁵⁵ F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 9; Sent. Cour App. Paris, 29 noviembre 1991, *Rev. arb.*, 1993, p. 617, nota L. Aynès.

⁵⁶ Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 6 noviembre 2013, n. de pourvoi: 11-17736, no publicada, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028175886> (fecha última consulta: 30/06/2017), sobre un contrato marco de distribución de productos farmacéuticos celebrado entre una empresa distribuidora francesa y una empresa holandesa. El contrato marco contenía una cláusula compromisoria, y al mismo tiempo preveía la creación de una sociedad que llevaría a cabo las labores de distribución. Al surgir una controversia relativa al contrato de creación de dicha sociedad, la sociedad francesa demanda a la holandesa ante la ICC, la corte arbitral designada en la cláusula del contrato marco, pero ésta se declara incompetente para conocer de la parte del litigio referida a la constitución de la sociedad y excluye a la sociedad creada de parte en el proceso, con la base de que ésta no fue parte en el contrato marco. La Corte de Casación indica que al hacer esto, la corte arbitral no ha hecho dejadez de su función,

sobre el ámbito de aplicación de alguna de las cláusulas, éstas tendrán que resolverse en base al instrumento que corresponda. Si se trata de la cláusula de sumisión a los tribunales de un Estado miembro, la interpretación se realizará conforme al Reglamento Bruselas I bis y si se trata de la cláusula que señala a un tercer Estado o a un MASC, conforme a las normas nacionales de los tribunales que conocen del asunto.

Como puede apreciarse, en sede de arbitraje los tribunales de los Estados miembros se han mostrado más favorables a la extensión de las cláusulas contenidas en uno de los contratos de la operación contractual que en los casos en que resulta de aplicación el Reglamento Bruselas I bis. La jurisprudencia del TJUE ha influido en que el pacto se circunscriba al concreto contrato que lo contiene, salvo voluntad de las partes de extenderlo a la totalidad de su relación jurídica.

2. Ausencia de pacto de sumisión

A) Foro del domicilio del demandado

El foro del domicilio del demandado se presenta como el foro menos problemático para los litigios derivados de operaciones contractuales complejas, sobre todo cuando la totalidad de la operación se haya celebrado entre las mismas partes. Cuando el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro, se podrán interponer todas las acciones relacionadas con la operación ante el Estado miembro de dicho domicilio (art. 4 RB I bis).

Si los contratos de ejecución se han celebrado con terceros, y también se pretende demandar a éstos, también podrá hacerlo ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de uno de los demandados (art. 8.1 RB I bis). Este artículo permite demandar ante el mismo órgano jurisdiccional a varios demandados siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha “que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente”, lo que permitirá agrupar distintas acciones derivadas de una operación contractual compleja, aunque las mismas no estén basadas en el mismo contrato.

Como puede observarse, el foro del domicilio del demandado atribuye competencia sea cual sea el objeto de la reclamación, por lo que se trata de un foro muy operativo para las operaciones contractuales complejas. No obstante, como recientemente ha puesto de manifiesto el TEDH, el foro del domicilio del demandado

ya que en los contratos de ejecución se preveían cláusulas de sometimiento a tribunales estatales que demostraban la voluntad de las partes de tratar de forma diferenciada los distintos aspectos de sus relaciones contractuales, por motivos de “proximidad geográfica” o de “adecuación de las reglas de fondo aplicables a la materia tratada”.

puede conducir a un tribunal que no sea próximo al litigio, pudiendo incluso vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante⁵⁷. Junto con ello, se trata de un foro que puede resultar imprevisible en casos de contratación electrónica, en que no resulte sencillo localizar dicho domicilio. Por ello conviene tener también en cuenta los foros alternativos al mismo que proporciona el Reglamento.

B) Foro especial en materia contractual

El foro especial en materia contractual (art. 7.1º RB I bis) es la alternativa al foro del domicilio del demandado en materia contractual. Este artículo exige una labor calificatoria, pues su letra distingue entre “compraventa de mercaderías”, “prestación de servicios” y otros casos. Ello suscita dificultades en relación a las operaciones contractuales complejas, pues en primer lugar se tendrá que determinar el objeto de dicha calificación. ¿Se ha de calificar la operación contractual en su conjunto, cada uno de los contratos que la conforman o la acción ejercitada?

Como ya se indicó en el comienzo de la sección dedicada a la competencia judicial internacional, el Reglamento Bruselas I bis realiza respecto a diversos foros una labor de concentración de acciones ante los mismos tribunales de un Estado miembro. Así ocurre respecto al foro especial en materia contractual. Aunque el mismo hace referencia a la “materia contractual”, éste funciona “contrato” a “contrato”. Esto se deduce necesariamente de la Sentencia del TJUE en el caso *Réunion*, en que indicó que los pleitos que se basan en grupos de contratos no podrán agruparse ante un mismo tribunal por aplicación del foro especial en materia contractual, siempre que este foro condujera a tribunales diferentes en cada uno de dichos “contratos”⁵⁸.

¿Qué se ha de entender por “contrato” a efectos del art. 7.1º RB I bis? Si se atiende a la jurisprudencia del TJUE en relación a la interpretación de este artículo, para que exista materia contractual se requiere la existencia de un “compromiso libremente asumido por una parte frente a otra” y que la acción ejercitada derive de dicho compromiso⁵⁹. Este “compromiso libremente asumido” es lo que tendrá calificarse como “prestación de servicios”, “compraventa de mercaderías” u otros.

⁵⁷ STEDH 1 marzo 2016, *Arlewin v. Suecia*, ref. n. 22302/10.

⁵⁸ STJCE 27 octubre 1998, as. C-51/97, *Réunion européenne SA y otros v. Spliethoff's*, RJ 1998, pp. I- 6536 ss.. Ver también STJCE 15 enero 1987, as. 266/85, *Shenavai vs. Kreischer*, Recopilación, 1987, pp. 239-258, que permite la agrupación del litigio ante los tribunales del lugar de cumplimiento de la “obligación principal”, pero dicha reagrupación solo es válida si los litigios se basan en distintas obligaciones “de un mismo contrato”.

⁵⁹ Entre las más recientes, STJUE 13 marzo 2014, as. C-548/12, *Marc Brogsitter v. Fabrication de Montres Normandes EURL*, ECLI:EU:C:2014:148; STJUE 14 julio 2016, as. C-196/15, *Granarolo SpA vs. Ambrosi Emmi France SA*, ECLI:EU:C:2016:559.

En consecuencia, se puede afirmar que dicho compromiso es lo que se podría denominar “contrato” en sentido europeo. Ese “compromiso libremente asumido” (=contrato en sentido europeo) es la “unidad” de determinación de la competencia judicial internacional en relación a este foro. En consecuencia, dicha unidad no es la acción ejercitada, ni la totalidad de la operación contractual, sino ese “contrato” en sentido europeo, un concepto que incluye los contratos en su sentido tradicional, pero también otras figuras, como las donaciones, o las promesas de recompensa⁶⁰.

Este concepto de “contrato” a la europea es más concreto que el de “relación jurídica” utilizado por el RB I bis para establecer el ámbito de aplicación del foro de la sumisión expresa. Como ha indicado la doctrina, el mismo presenta un elemento clave, que es que exista un “equilibrio contractual único”, es decir, una correspondencia o reciprocidad entre las prestaciones debidas⁶¹. Este elemento resulta esencial para determinar cuántos contratos en sentido europeo pueden distinguirse en una operación contractual compleja.

Así, por ejemplo, se ha de considerar como un solo contrato a efectos del art. 7.1º RB I bis el acuerdo por el que un ciudadano inglés se compromete a vender a un español un equipo de ciberseguridad para el hogar y a prestarle asistencia técnica, a cambio de una contraprestación dineraria global. En dicho acuerdo existe un equilibrio contractual único, pues no puede determinarse qué parte de dicha contraprestación dineraria va destinada a la compra del equipo y cuál a la asistencia técnica. Por el contrario, el acuerdo por la que un empresario español adquiere un inmueble sito en Tailandia de otra empresa española y posteriormente se lo arrienda por un período de un año a cambio de una renta mensual, se ha de considerar a efectos del Reglamento Bruselas I bis como dos contratos. Existen dos equilibrios contractuales distintos. En primer lugar, la adquisición del bien a cambio de una remuneración. En segundo lugar, el alquiler de dicho bien al vendedor, a cambio de una renta mensual.

En consecuencia, para aplicar el art. 7.1º RB I bis a las operaciones contractuales complejas se ha de identificar, en primer lugar, el contrato o contratos de

⁶⁰ STJCE 17 junio 1992, as. c-26/91, *Jakob Handte & Co. GmbH v Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA*, RJ 1992, p. I-03967; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, cit.

⁶¹ J. Carrascosa González, “Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones: antes y después del Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.1, vol. 2, 2009, pp. 320-327, p. 324. En las Conclusiones AG L.A. Geelhoed presentadas el 31 de enero de 2002 en el as. C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*, RJ 2002, pp. 7359-7382, párrafo 77, se hace especial referencia a este elemento mediante la palabra “reciprocidad”: “En mi opinión, para aplicar el Convenio de Bruselas es determinante averiguar si ha surgido un compromiso entre las partes. ¿Han asumido las partes obligaciones recíprocas? Si existe una obligación libremente asumida, deberá aplicarse el artículo 5, número 1”.

los que derivan las acciones ejercitadas, para posteriormente examinar la competencia contrato por contrato. De esta forma, en una operación contractual conformada por un contrato marco y varios acuerdos de desarrollo o ejecución, se tendrá que determinar si dichos acuerdos de desarrollo constituyen “contratos” independientes en el sentido europeo expuesto, es decir, si cuentan con un equilibrio contractual propio, independiente de las prestaciones acordadas en el contrato marco.

Dicha operación tendrá que realizarse caso por caso. Toda generalización resulta aventurada. Pese a ello, se puede tomar como ejemplo un contrato típico de distribución en exclusiva. Éste se compone de un contrato marco que establece las condiciones generales de dicha distribución y del suministro de los productos contractuales al distribuidor y de sucesivos contratos de desarrollo, que serán cada una de las operaciones de venta realizadas⁶². Conforme a las consideraciones expuestas, lo adecuado sería analizar si en cada uno de estos acuerdos accesorios existe o no un “equilibrio en las prestaciones” sin necesidad de tener en cuenta el acuerdo marco⁶³. Para ello, no resulta relevante que el contrato de ejecución se haya firmado en cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato marco. Tampoco será relevante el soporte en que se formalicen estos acuerdos. Podrán ser tanto contratos verbales, como estar incluidos como anexos en el contrato marco, como encontrarse en un documento aparte, sin que eso altere su calificación. Lo relevante es que sus prestaciones se encuentren equilibradas con independencia de dicho contrato marco. Por ello, como norma general, estos acuerdos de compraventa han de considerarse “contratos” a efectos del art. 7.1º RB I bis, pues en cada uno de ellos tendrá lugar una entrega de mercancías y un pago del precio y por lo tanto equilibrio de las prestaciones independiente del contrato marco⁶⁴.

De las consideraciones anteriores derivan numerosas consecuencias. La primera es que cuando una controversia derive única y exclusivamente de uno de los contratos de ejecución, será éste el que haya de ser tenido en cuenta para la determinación de la competencia judicial internacional en base al art. 7.1º RB I bis, no la operación contractual en su conjunto ni el contrato marco.

⁶² Como indica A. Espiniella Menéndez, “Las operaciones...”, *loc. cit.*, p. 426-427, en la práctica la realidad es muy diversa, de forma que las cláusulas relativas a la compraventa se pueden encontrar incluidas en el contrato marco.

⁶³ Respecto a la concesión, D. Berlin, “Droit international et distribution internationale”, *Dr. et prat. Com. int.*, 1993, pp. 6-61, p. 38; P. Crahay, *Guide des contrats internationaux d’agence et de concession de vente*, París, LGDJ, 1989, p. 137.

⁶⁴ A. Espiniella Menéndez, “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de diciembre de 2013, asunto C-9/12, Corman-Collins c. La Maison du Whisky”, *REDI*, vol. 64, n. 2, 2014, pp. 239-243, p. 241.

Se puede poner como ejemplo el siguiente. En un contrato marco de franquicia unitaria se acuerda que el franquiciador adquirirá el local en que vaya a situarse el negocio y que posteriormente lo arrendará al franquiciado por un precio fijo al mes a determinar en el contrato de arrendamiento, más los gastos de agua y electricidad. En ejecución de esa obligación, un mes más tarde, las partes suscriben el contrato de arrendamiento respecto del local adquirido por el franquiciador. El franquiciador pretende que el franquiciado pague todos los gastos de agua y electricidad efectuados durante la reforma del local, a lo que éste se opone. ¿Dónde puede demandar el franquiciado? Pese a que la inclusión de los gastos en el precio del alquiler se pactó en el contrato marco de franquicia, se trata de una cuestión relativa al contrato de arrendamiento que, en el litigio que se ha suscitado entre las partes, se agota en dicho contrato de arrendamiento. Por ello, se ha de determinar el tribunal competente en relación al contrato de arrendamiento, pese a que este pacto se encuentre contenido en el acuerdo marco de franquicia. En consecuencia, la demanda podrá solamente plantearse ante los tribunales del lugar en que se encuentre sito el establecimiento, pues los contratos de arrendamiento son materia sujeta al foro exclusivo del art. 24.1º RB I bis.

La segunda consecuencia es que cuando la controversia esté relacionada única y exclusivamente con el contrato marco, se tendrá que considerar exclusivamente éste a efectos de su calificación para el art. 7.1º RB I bis y no la totalidad de la operación en su conjunto. Esta cuestión es especialmente controvertida tanto doctrinal como jurisprudencialmente en los Estados miembros. La controversia se ha materializado en la determinación de la competencia judicial internacional para los litigios derivados de los contratos de distribución, contratos complejos por excelencia. Un primer bloque de Estados, encabezado por Francia, mantenía que estos contratos debían subsumirse en el art. 5.1º.a RB I (actual 7.1º.a RB I bis), pues no eran contratos de venta ni de prestación de servicios⁶⁵. La Corte francesa

⁶⁵ *Vid.*, entre otras las Sent. Cour Cass. Civ. 1ere Francia 5 marzo 2008, 06-21.949, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, 665, 3er esp., y crónica de M.-E. Ancel, p. 561; *JDI* 2008, 521, 1er esp., nota J.-M. Jacquet; *D.* 2008, 1729, 2º esp., nota H. Kenfack; *RTD com.*, 2008, p. 665, nota P. Delebecque (el contrato de distribución no es un contrato de prestación de servicios ni de compraventa a efectos del art. 5.1 RB-I) y Sent. Cour Cass. Civ. 1ere 23 enero 2007, n. 05-12.166, *Waeco International GMBH v. Cardon*, *Rev. crit. droit int. pr.*, 2008, 661, 1er esp. y crónica de M.-E. Ancel, p. 561; *Journ. dr. int.*, 2008, 1er esp., nota J.-M. Jacquet; *D.* 2007, 1575, nota H. Kenfack; *D.* 2007, Pan. 2571, nota S. Bollée; *D.* 2008, Pan. 1514, nota F. Jault-Seseke. El resumen oficial provisto por la Cour de Cassation en relación a esta última Sentencia expresa su posición de forma muy clara: “Un contrat de concession exclusive n’est ni un contrat de vente, ni une fourniture de services au sens de l’article 5 § 1 b) du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. Dès lors seul l’article 5 § 1 a) de ce règlement est applicable et il appartient donc au juge français de rechercher la loi compétente selon l’article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”. *Vid.* también en el mismo sentido la más reciente Sent. Cass. Civ. 1ere, 8 julio 2010, pourvoi n°09-16063, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2010, pp. 743 ss, nota D. Bureau / H. Muir Watt.

sostenía que, a efectos de este artículo, la operación de distribución debía considerarse como un único contrato en que se incluían todas las prestaciones intercambiadas por las partes durante el tiempo de vida de la relación contractual, incluidos cada uno de los pedidos subsiguientes al contrato marco y que por lo tanto tenía notas tanto de compraventa como de prestación de servicios⁶⁶. El mismo enfoque se siguió en España y en Irlanda⁶⁷.

Fruto también de una calificación global de la operación y no del contrato marco era la posición de Italia, que consideraba este contrato como una compraventa de mercaderías⁶⁸. Esta tendencia estaba ya presente en las últimas sentencias aplicativas del Convenio de Bruselas, en las que afirmaba que la obligación principal del contrato de distribución era la entrega de mercaderías⁶⁹. Los tribunales

⁶⁶ Commission du rapport et des études de la Cour de Cassation, “1^{er} Civ., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13.13.405, en cours de publication”, en *Rapport Annuel 2014 - Livre IV Jurisprudence de la Cour*, pp. 538-542, p. 539; H. Gaudemet-Tallon, “Quelques réflexions à propos de trois arrêts récents de la Cour de cassation française sur l’art. 5-1 et de l’avis 1/03 de la Cour de justice des Communautés sur les compétences externes de la Communauté” en A. Bonomi et al. (eds), *La convention de Lugano, passé, présent et devenir*, Schulthess, Zurich, 2008, p. 97-106, p. 98.

⁶⁷ SAP Guipúzcoa 21 de septiembre 2007, n. 197/2007, RJ JUR\2008\35356, sobre un contrato de distribución en exclusiva no formalizado por escrito entre las partes, suscrito entre un fabricante holandés de bicicletas y un distribuidor español. Esta sentencia encuadra el contrato de distribución en el art. 5.1.a, a pesar de indicar que “la actividad de distribución de los productos GIANT por parte de COMET se ceñía al mercado español, por lo que ha de considerarse el territorio español como el lugar de ejecución y cumplimiento del contrato” (y no de la obligación). *Nestorway Ltd t/a Electrographic International v Ambaflex BV* (2006) IEHC 235, (2007) IL Pr 48. El caso se refería a la reclamación del distribuidor por terminación injusta del contrato de distribución, y la High Court Irlandesa determinó que, si bien el contrato marco de distribución necesariamente implicaba la consecución de otros contratos de compraventa de mercaderías, no era una compraventa de mercaderías, y tampoco una prestación de servicios, por lo que debía sujetarse al art. 5.1.a RB-I bis. Ver también *General Monitors Ireland Limited v SES-ASA Protection SpA* (2005), IEHC 223, en que una de las ventas concretas en ejecución del contrato marco se considera como un contrato de compraventa subsumido en el art. 5.1.b, guión primero RB-I.

⁶⁸ Sent. Corte Cass, sez. un., 6 julio 2005, n. 14208, *Riv. dir. int. priv. proc.*, n.2, 2006, pp. 447-450, sobre un contrato por el que una empresa italiana era nombrada distribuidora en exclusiva en Italia de los juguetes electrónicos de una empresa holandesa. La empresa italiana demanda a la holandesa ante los tribunales italianos y ésta opone la falta de jurisdicción del juez italiano para conocer del caso. Tanto las partes como la Corte aplican directamente el art. 5.1.b, guión primero, relativo a la compraventa de mercaderías, para determinar el foro especial en materia contractual, y en consecuencia únicamente deliberan sobre el “lugar de entrega” de tales mercaderías. En el mismo sentido la Sent. Trib. Brescia 5 diciembre 2013, inédita, citada por S. Bortolotti, “La nozione di contratto di distribuzione. Possibili effetti della sentenza Corman-Collins, della Corte di Giustizia europea, sulla giurisprudenza italiana”, *News BBM Partners*, disponible en: <http://www.bbmpartners.com/index.php/it/new> (fecha última consulta: 20/03/2017).

⁶⁹ Vid. la Sent. Corte Cass. Italia, sez. un., 4 mayo 2006, n. 10223, sobre un distribuidor italiano y un fabricante francés en que el distribuidor reclama una indemnización por ruptura del pacto de exclusiva y por la falta de entrega de los productos objeto del contrato. El tribunal resuelve el caso bajo el CB, y por lo tanto ha de determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. Como

ingleses también parecían inclinarse por esta opción, al determinar, en materia de ley aplicable, que la “obligación característica” del contrato de distribución era la venta de los productos del fabricante al distribuidor⁷⁰.

Por otra parte, los tribunales belgas y griegos optaban por considerar a efectos de calificación únicamente el contrato marco de distribución y por ello calificaban estos contratos como prestaciones de servicios llevadas a cabo por dicho distribuidor, enmarcadas en el art. 5.1º.b guión segundo RB I (actual 7.1º.b guión segundo)⁷¹. El TJUE, en el caso *Corman-Collins* y más recientemente en *Granarolo*, ha señalado que esta es la opción correcta. Los contratos de distribución han de ser considerados como un contrato de prestación de servicios a efectos del art. 7.1º RB I bis⁷². Como acertadamente ha señalado A. Espiniella Menéndez, ello no obsta para que las ventas que se produzcan en el marco de estos contratos sean calificadas como contratos de compraventa de mercaderías a efectos del mismo artículo⁷³.

Hasta aquí, el principio “contrato por contrato” no planteará excesivos problemas al operador jurídico. Caso distinto, que sí puede resultar problemático, será aquel en que el demandante ejercite varias acciones, cada una de ellas derivada de un contrato parte de la operación. Como ha subrayado H. Gaudemet-Tallon, igualmente dificultoso será el supuesto en que el demandante ejercite una única acción de ruptura del contrato marco, provocada por la inejecución de

la demanda se sustenta sobre dos obligaciones (entrega y exclusiva) el Tribunal señala que ha de determinar el lugar de cumplimiento de la “obligación principal” entre ambas. El Tribunal estima que esa obligación principal ha de determinarse en función de la “estructura” del contrato y concluye que en los contratos de distribución es la entrega de mercaderías la obligación principal, pues de ella “*dipende la successiva attività di distribuzione*”. Al considerar que dicha entrega debía llevarse a cabo en Francia, se declara incompetente. En el mismo sentido la posterior Sent. Corte d’Appello di Roma 18 diciembre 2008.

⁷⁰ Sent. CA EW 2 marzo 2001 *Print Concept GmbH v G.E.W. (EC) Ltd.* [2001] EWCA Civ 352 (CA), [2001] All ER (D), 29 (Mar). En este caso, el distribuidor en exclusiva para Alemania, Suiza y Austria de un sistema de secado por aire frío provisto por una empresa inglesa demanda ante los tribunales ingleses. Ante la inexistencia de pacto de elección, éstos determinan que la ley aplicable es la inglesa, en base a lo siguiente: “*As it seems to me, the “real meat” of the arrangement of that date, (...) was the supply of the products rather than the penetration of the German market*” (FJ 35).

⁷¹ Sent. Trib. Comm. Liège 13 enero 1993, que se refiere a la distribución como un cuadro de relaciones continuadas y organizadas, basado en una participación económica y comercial del concesionario y Sent. Corte Reg. de Tesalónica (Grecia) 11862/2004, citada en P. Mankowski, “Article 5”, en U. Magnus / P. Mankowski (eds.), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, Munich, 2007, pp. 88-294, p. 131.

⁷² STJUE 19 diciembre 2013, as. c-9/12, *Corman-Collins SA v. La Maison du Whisky SA*, ECLI:EU:C:2013:860; STJUE 14 julio 2016, as. C-196/15, *Granarolo SpA vs. Ambrosi Emmi France SA*, ECLI:EU:C:2016:559.

⁷³ A. Espiniella Menéndez, “Sentencia...”, *loc. cit.*, p. 241.

uno de los contratos de aplicación⁷⁴. Imaginemos por ejemplo el caso en que uno de los *partners* de un contrato de *joint venture* solicite la resolución anticipada de dicho contrato por retrasos sucesivos de la entrega de ciertas mercaderías que otro *partner* ha de proporcionar a lo largo de la relación contractual. ¿Es ésta una cuestión relativa al contrato marco de *joint venture* o a los contratos de ejecución en los que ha existido el retraso? ¿Qué contrato se ha de tener en cuenta para determinar el tribunal competente a efectos del foro especial en materia contractual, el contrato marco o los sucesivos contratos de compraventa de mercaderías?

Ante esta circunstancia, la respuesta más conforme con el espíritu y finalidad del Reglamento, que no ha previsto normas para los grupos de contratos, es que si no hay posibilidad alguna de acumulación de acciones, el tribunal ante el que se presenta la demanda tendrá que examinar su competencia “contrato por contrato”⁷⁵. Tanto en el primer caso, en que se ejerciten varias acciones relativas a distintos contratos, como en el segundo, en que se ejercite una única acción pero basada en distintos contratos, el tribunal tendrá que examinar su competencia de forma separada para cada cuestión planteada. Así, en el caso mencionado en el ejemplo anterior, el tribunal tendrá que examinar (i) si es competente para decidir sobre si ha existido retraso en la entrega de las mercaderías y (ii) si es competente para decidir sobre si tales retrasos suponen un incumplimiento del contrato de *joint venture*. Para la primera de las cuestiones, los contratos a tener en cuenta serán cada uno de los contratos de compraventa de mercaderías y para la segunda, el contrato marco de *joint venture*.

Esta forma de proceder puede dar lugar al fraccionamiento del pleito ante varios tribunales competentes y a decisiones contradictorias, incluso se la podría considerar contraria a la buena administración de la justicia, pues implica unos costes mayores de litigación tanto para las partes, que habrían de desplazarse de tribunal en tribunal, como para los tribunales que conocen del asunto, que tendrían que informarse doblemente sobre el caso, realizar doblemente pruebas, emplazar doblemente al demandado...

Ante este resultado, muchos autores han defendido que sería mejor dotar de una fuerza atractiva al foro del “contrato marco” por su carácter de contrato general y

⁷⁴ En referencia al método analítico-distributivo, H. Gaudemet-Tallon, *Les conventions de Bruxelles et Lugano*, París. Montchrestien, 1996, p. 116.

⁷⁵ Si ambas acciones derivaran del mismo contrato, por ejemplo, si se solicitara la resolución anticipada del contrato de franquicia, y el cese de la utilización de la marca del franquiciador por parte del franquiciado, aunque sean dos acciones, al derivar las dos del mismo “contrato” (de la misma unidad de determinación de competencia judicial internacional), y ser tal contrato un contrato de prestación de servicios, el tribunal se podría declarar competente para conocer de la totalidad del litigio conforme al art. 7.1º.b RB I bis.

hacer a los tribunales que éste señala competentes para conocer de la totalidad del litigio⁷⁶.

Pero esta solución es *contra legem*, nada en el RB I bis permite hacerlo (arts. 7 y 8 RB I bis)⁷⁷. Tampoco lo permite la jurisprudencia del TJUE⁷⁸. Además, frente a estos argumentos, se puede añadir que tal fraccionamiento es fruto de la imprevisión de las partes, que no han utilizado todas las herramientas que les proporciona el Reglamento para evitar esta situación (no han pactado la sumisión a ningún tribunal para la totalidad de las desavenencias surgidas del litigio) y de la decisión del demandante, que no ha hecho uso del foro del domicilio del demandado⁷⁹.

III. La determinación de la ley aplicable en operaciones contractuales complejas

La solución del conflicto de leyes que plantean estas operaciones contractuales también se encuentra con varias dificultades. Su naturaleza heterogénea se presenta como el caldo de cultivo perfecto para el fraccionamiento normativo⁸⁰. A lo anterior se une su extendida atipicidad en los Derechos nacionales y el titubeante tratamiento jurisprudencial que le proporcionan los tribunales de los Estados miembros, que puede llevar a la aplicación de ciertas normas no previstas por las partes⁸¹. El RR I ha de solucionar estas cuestiones respetando la seguridad jurídica y la previsibilidad de la ley aplicable (cdo. 16 RR I)⁸².

⁷⁶ Vid. A. Huet, *Jurisl. Droit international*, fasc. 581-40, n. 31-36, que propone esta posibilidad a través de la configuración de la “conexidad” como un foro autónomo.

⁷⁷ F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 17: “L’observation des règles tant de droit conventionnel que de droit commun de la compétence internationale conduit à conclure que le for du contrat cadre demeure à ce jour introuvable”.

⁷⁸ STJCE 15 enero 1987, as. 266/85, *Shenavai vs. Kreischer*, Rec. 1987, pp. 239-258, permite la agrupación de reagrupar el litigio ante los tribunales del lugar de cumplimiento de la “obligación principal”, pero dicha reagrupación sólo es válida si los litigios se basan en distintas obligaciones “de un mismo contrato”, lo que no corresponde a la hipótesis aquí debatida.

⁷⁹ F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 16.

⁸⁰ J. Carrascosa González, *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 148-149; P. Lagarde, “Le dépeçage...”, *loc. cit.*, p. 653; C. Pellisé De Urquiza, *op. cit.*, p. 190.

⁸¹ Respecto a la aplicación de las normas de compraventa los contratos en ejecución de un contrato de concesión, J. Maseda Rodríguez, *op. cit.*, p. 21; M.A. Domínguez García, “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial” en A. L. Calvo Caravaca / L. Fernández De La Gándara (dir.), *Contratos internacionales*, Ed. Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1275-1384, p. 1349; E. Chuliá Vicent / T. Beltrán Alandete, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1995, p. 341.

⁸² Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177 de 4 julio 2008, p. 6 ss.

El RR I señala la ley aplicable a las “obligaciones contractuales”. Sin embargo, los arts. 3 y 4 RR I, piedras angulares del Reglamento, utilizan el término “contrato” y no el término “obligaciones contractuales” ni tampoco los términos “operación contractual”, “relación jurídica” o “conjunto de contratos”. Por ello, la doctrina ha afirmado que el RR I determina la ley aplicable al “contrato”, es decir, el Reglamento con carácter general, señala para cada contrato una propia y única Ley reguladora⁸³. En otras palabras, el RR I no señala la ley aplicable a cada obligación contractual por separado, sino la ley aplicable a cada “contrato”⁸⁴. Al igual que en relación al foro especial en materia contractual, el “contrato” es la “unidad” de determinación de ley aplicable del RR I. La regla “contrato por contrato” también está vigente en sede de ley aplicable.

En consecuencia, resulta muy importante precisar el concepto de “contrato” de este Reglamento para poder determinar cuántos “contratos” o unidades de ley aplicable existen en una concreta relación u operación contractual compleja. Sobre la forma en que ha de determinarse este concepto se han planteado tres tesis.

Un primer sector de la doctrina ha señalado que la “unidad de ley aplicable” ha de ser determinada por el tribunal que conoce del asunto en función de la propia naturaleza de la relación en juego⁸⁵. Conforme a esta tesis, solamente en el caso concreto se podrá determinar “el grado de autonomía” de cada uno de los acuerdos que forman parte de una relación comercial y por lo tanto cuántos contratos existen en la misma⁸⁶. Esta tesis no encaja con los fines y objetivos del Reglamento Roma I por los siguientes argumentos: (i) esta postura “de hecho” no da seguridad jurídica a las partes, que desde que surja un litigio han de ser capaces de conocer cuál es la Ley que va a aplicarse a la resolución del mismo, sin esperar a que el tribunal que conoce del asunto se pronuncie sobre esta cuestión y (ii) no es correcto proporcionar una respuesta “de hecho” a una cuestión que es meramente jurídica. Los conceptos de “grupos de contratos”, “contratos mixtos” y “contratos complejos” son construcciones jurídicas, que precisan soluciones jurídicas.

⁸³ C. von der Seipen, *Akzessorische Anknüpfung und engste Verbindung im Kollisionsrecht der komplexen Vertragsverhältnisse*, Heidelberg, 1989, p. 272; C. Campiglio, “Prime applicazioni della clausola d’eccezione europea in materia contrattuale”, *Rev. dir. int. pr. proc.*, 1992, pp. 241-254; L. Radicati di Brozolo / F. Salerno, *op.cit.*, pp. 1-8; J. Maseda Rodríguez, *op.cit.*, p. 119.

⁸⁴ En esto, el Reglamento Roma I toma un planteamiento muy distinto del de las normas norteamericanas, que en vez de fijar la “Ley del contrato” determinan la ley aplicable a un “*issue of the contract*”, a un punto concreto del mismo (validez de la cláusula penal, corrección en la ejecución de la obligación...), J. Carrascosa González, “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *Anales de Derecho*, n. 18, 2000, pp. 7-40, p. 15.

⁸⁵ B. Audit, *La vente internationale de marchandises (Convention de Nations Unis de 11 avril 1980)*, París, LGDJ, 1990, pp. 26-27; J. Maseda Rodríguez, *op.cit.*, p. 116.

⁸⁶ Sobre esta controversia en relación a los contratos de concesión, J. Maseda Rodríguez, *op.cit.*, p. 116 y A. Sayag, *Le contrat-cadre*, 1ª ed., París, Litec, 1995, p. 292.

Otro sector indicó que habría que considerar si la ley aplicable a la relación principal consideraba la relación jurídica controvertida como única o como un conjunto de contratos independientes⁸⁷. Pero esta solución tampoco es capaz de proporcionar a las partes seguridad jurídica sobre la ley aplicable a sus relaciones. Quiebra claramente la uniformidad que pretende el Reglamento Roma I. Además, es una solución circular. La *lex contractus* no puede consultarse porque aún no ha sido determinada. Por ello, otros autores han señalado que esta cuestión se ha de determinar con arreglo a la *lex fori*⁸⁸, solución que tampoco es satisfactoria porque fomenta la diversidad de soluciones.

Una tercera postura es la de encontrar una solución “autónoma”, propia del Reglamento Roma I, que defina qué ha de entenderse por “contrato”⁸⁹. Esta opción es la más acertada, pues asegura la uniformidad de soluciones que pretende el Reglamento⁹⁰. Es además la opción más acorde con la jurisprudencia del TJUE, que en los casos *Ergo* y *Amazon* ya se ha pronunciado sobre el carácter autónomo de los conceptos de “obligaciones extracontractuales” y “obligaciones contractuales” en los Reglamentos Roma I y Roma II⁹¹. En consecuencia, el concepto de “contrato” se definirá a continuación de forma autónoma y no en base a los Derechos de los Estados miembros.

El TJUE ha señalado que la interpretación de los conceptos obligación contractual y extracontractual de los Reglamentos Roma ha de realizarse de forma cohe-

⁸⁷ Esta parece ser la respuesta que dio la Secretaría de UNCITRAL respecto a la aplicación de la Convención de Viena 1980 a los contratos complejos: A/Conf. 97/5, pp. 41-42; también A.M. Garro, / A.L. Zuppi, *Compraventa internacional de mercaderías*, La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 77.

⁸⁸ F. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, p. 89; M. Giuliano / P. Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, pp. 1-47, p. 30.

⁸⁹ B. Hafel, *loc. cit.*, p. 764. Además, esta interpretación autónoma favorece un buen funcionamiento del mercado único europeo, garantiza una tutela judicial efectiva, permite la circulación de las decisiones judiciales... (en relación a competencia judicial internacional, STJCE 6 octubre 1976, as. 12/76, *Tessili vs. Dunlop*, RJ, 1976, pp.1473-1495 y STJCE 8 marzo 1988, as. 9/87, *Arcado vs. Haviland*, RJ, 1988, pp. 1539-1556).

⁹⁰ Cdo. 6 RR I: “El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio”.

⁹¹ STJUE 21 enero 2016, as. ac. C-359/14 y C-475/14, *ERGO Insurance*, ECLI:EU:C:2016:40, *cit.*, FJ 43: “Por otra parte, en relación con los respectivos ámbitos de aplicación de los Reglamentos Roma I y Roma II, los conceptos de “obligación contractual” y de “obligación extracontractual” que figuran en éstos deben interpretarse de manera autónoma, remitiéndose a su sistema y a los objetivos de dichos Reglamentos (*vid.*, por analogía, la sentencia *ÓFAB*, C-147/12, EU:C:2013:490, ap. 27) (...)”. En el mismo sentido, STJUE 28 julio 2016, *Amazon*, as. C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, FJ 36.

rente con la distinción entre materia contractual y delictual del Reglamento Bruselas I bis⁹². De la misma forma, el significado de “contrato”, parte integrante de dichos conceptos, debería ser compartido por ambos Reglamentos (cdo. 7 RR I)⁹³. En consecuencia, se debe entender por “contrato” en el RR I todo compromiso libremente asumido por una parte frente a otra, siempre que exista un “equilibrio contractual único”, es decir, la correspondencia entre las prestaciones debidas.

En definitiva, se propone utilizar los mismos parámetros para identificar la “unidad” de determinación de competencia judicial internacional y de la ley aplicable en materia contractual. Lo anterior facilita mucho la labor de calificación: si una operación mercantil internacional se ha calificado como un solo contrato a efectos de competencia judicial internacional, mantendrá dicha calificación a efectos de ley aplicable. En consecuencia, a efectos de aplicar los preceptos del Reglamento Roma I a las operaciones complejas se considerará que las mismas están compuestas por el mismo número de contratos que al aplicar los preceptos del Reglamento Bruselas I bis. Así por ejemplo, si en relación al Reglamento Bruselas I bis se consideró que una operación de distribución en exclusiva estaba compuesta por un contrato marco (= acuerdo de las condiciones de la relación de distribución en el tiempo, como su duración, la frecuencia de los pedidos, la forma de presentación de los productos) y varios contratos de ejecución (= cada uno de dichos pedidos y su aceptación por parte del empresario principal), también a efectos del Reglamento Roma I se ha de estimar que existe un contrato marco “de distribución” y varios contratos de ejecución, en este caso, “de compraventa de mercaderías”.

De esta forma, al igual que en competencia, la regla “contrato por contrato” implica que el Reglamento Roma I no fija globalmente la ley aplicable a un “conjunto de contratos” o a una “operación comercial”, sean cuales sean los vínculos que unan a los distintos contratos agrupados en dicha operación⁹⁴. Esta opción parece acertada. Una “determinación global” de la Ley reguladora de un “conjunto

⁹² STJUE 21 enero 2016, *cit.*, FJ 43: “(...) Asimismo, debe tenerse en cuenta, como resulta del considerando 7 de cada uno de los dos Reglamentos, el objetivo de coherencia en la aplicación recíproca de estos Reglamentos, y también del Reglamento Bruselas I, que, en particular, distingue, en su artículo 5, entre las materias contractual y delictual o cuasidelictual”. En el mismo sentido, STJUE 28 julio 2016, *Amazon*, *cit.*, FJ 36 y 39.

⁹³ Considerando 7 RR I: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”. *Vid.* también el considerando 17 RR I.

⁹⁴ En cualquier caso, como indica G. Cassoni, *loc. cit.*, p. 31, esto no supone que las vicisitudes del contrato principal (invalidez, resolución, rescisión...) no puedan afectar al contrato derivado, lo que ocurrirá siempre que así lo establezca la ley aplicable al contrato de ejecución.

de contratos” no resultaría conveniente por dos razones: (i) el concepto “grupo de contratos” es difícil de definir, por lo que el Reglamento perdería en seguridad jurídica y (ii) aunque varios contratos puedan seguir una misma finalidad económica, cada contrato tiene su causa y sus circunstancias propias, por lo que sus contactos con diversos Estados pueden ser muy distintos⁹⁵.

Estas consideraciones tienen efectos tanto si las partes eligen la ley aplicable a la operación contractual como si la determinación de dicha Ley se deja al tribunal. Como se verá más adelante, si las partes eligen de forma global la Ley estatal aplicable a la operación en su totalidad, para valorar la validez de dicha elección se tendrá que considerar que ésta comprende tantas elecciones de Ley como “contratos” existan. Si no existe pacto de Ley, o el mismo no es global, el tribunal tendrá que determinar primero cuantos “contratos” existen en la relación jurídica y ver con cuál de ellos está conectada la obligación litigiosa, para poder determinar la ley aplicable a cada uno de ellos conforme a las normas del art. 4. RR I.

1. Presencia de pacto de elección de Ley

Los contratos marco suelen contener un pacto de elección de Ley, pues son generalmente contratos “de diseño” redactados por cualificados equipos legales⁹⁶. Al igual que en sede de competencia, la doctrina ha recomendado que el pacto de elección se realice de forma clara y sencilla, haciendo referencia a la Ley de un Estado y sin necesidad de aludir a las cuestiones cubiertas por el pacto⁹⁷. Estos consejos, junto con que los contratos de ejecución no suelen contener cláusulas de elección, pueden dar lugar a problemas de validez e interpretación en relación a operaciones contractuales complejas, pues no permitirán determinar con claridad el ámbito de aplicación de la Ley elegida⁹⁸. Para los supuestos más habituales se tratan de proponer a continuación soluciones autónomas, al igual que en sede de competencia:

⁹⁵ A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, vol. II, p. 773.

⁹⁶ Ver por ejemplo *Six Continents Hotels Inc. v. Event Hotels GMBH* (2006) 150 SJLB 1251, FJ 17, sobre un contrato de franquicia internacional entre franquiciador inglés y franquiciado alemán, sujeto al Derecho inglés en virtud de la siguiente cláusula: “*This Agreement shall become valid when executed by [Six Continents] and shall be governed by and construed under and in accordance with the internal laws of England*”. Como indica la Sentencia en su FJ 32, la ley aplicable no fue contestada por las partes. También L. Ravillon, “La recherche de la sécurité juridique: la stipulation quasi systématique d’une clause de choix de la loi applicable” en S. Corneloup / N. Joubert (dirs.), *Le règlement Communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, París, Litec, 2011, p. 67-95, p. 67.

⁹⁷ P. Wautelet, *loc. cit.*, p. 126. En relación a la franquicia, la cláusula 32B del Contrato Modelo de la ICC se presenta como modelo a seguir: “*This agreement is governed by the law of the country of [...]*”.

⁹⁸ F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 6; J. Maseda Rodríguez, *op. cit.*, p. 46.

i. *Cláusula de elección de Ley en el contrato marco que explicita su aplicación a la totalidad de su relación.* Las partes eligen una Ley en el contrato marco con carácter general, haciendo expresamente mención a que dicha elección se aplicará a la totalidad de las relaciones entre las partes y ni el contrato marco ni los contratos de ejecución contienen otro pacto de ley aplicable⁹⁹. En este caso, se ha de aplicar la Ley elegida a la totalidad de las relaciones entre las partes, también a las derivadas de los contratos de ejecución¹⁰⁰. Nada en el Reglamento Roma I se opone a que el pacto de elección de Ley para un determinado contrato se encuentre contemplado en otro¹⁰¹. Si dichos contratos de ejecución se consideran como contratos independientes, se considerará que existen tantas elecciones de Ley como contratos. Respecto de los contratos de ejecución, la elección de Ley será anterior al contrato al que se aplicará, pero nada en el Reglamento parece prohibir la elección anticipada de ley aplicable¹⁰².

Se puede exponer como ejemplo un contrato de franquicia directa de yogurt helado celebrado entre un franquiciador con residencia habitual en California y un franquiciado con residencia habitual en España con la cláusula: “Las partes acuerdan someter todos los litigios derivados del presente contrato y de los contratos celebrados en ejecución del mismo al Derecho de Delaware”. El franquiciado adquiere periódicamente del franquiciador los polvos de yogurt, pero ni los anexos del contrato ni los pedidos contienen pacto de ley aplicable. Será la Ley de Delaware la que se aplique a la totalidad de las relaciones entre las partes, incluidos esos aprovisionamientos. Así, si el franquiciado presenta en España una demanda sobre la falta de entrega de un pedido por parte del franquiciador, en la que solicita la devolución del dinero pagado por dichos pedidos, el tribunal aplicará la Ley de Delaware, la Ley elegida (art. 3 RR I). Esta Ley se aplicará también para determinar si dicho incumplimiento permite al franquiciado resolver el contrato de franquicia antes del término.

Resulta preciso distinguir los casos en que los contratos de aplicación hayan sido celebrados con un tercero. En el ejemplo expuesto, estos contratos podrían haberse celebrado entre el franquiciado y un proveedor señalado por el franqui-

⁹⁹ Una cláusula de este tipo podrían ser las que propone P. Wautelet, *loc. cit.*, p. 131: “*Le présent contrat ainsi que l’ensemble des contrats qui y sont rattachés et qui naîtront entre parties suite à la conclusion du présent contrat seront régis par le droit belge*” y p. 132: “*Le présent contrat est régi par le droit belge. Les contrats d’application conclus en exécution du présent contrat seront également et exclusivement régis par le droit belge*”.

¹⁰⁰ D. Mainguy, “Les opérations du commerce international” en J. Beguin / M. Menjucq (eds.), *Droit du commerce international*, París, Litec, 2005, p. 448; M. Behar-Touchais / G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, París, LGDJ, 1999, p. 390.

¹⁰¹ F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 13.

¹⁰² Ver P. Wautelet, *loc. cit.*, p. 131; M. Behar-Touchais / G. Virassamy, *op. cit.*, p. 398.

ciador. Para que la cláusula incluida en el contrato marco pueda imponerse al tercero será necesario que éste haya prestado su consentimiento. Dicho consentimiento se examinará conforme al art. 3.5 RR I. Es frecuente que el contrato de ejecución celebrado con un tercero sea interno y no internacional¹⁰³. En estos casos, el pacto de elección no deja de considerarse válido, pero han de aplicarse al mismo las disposiciones imperativas de la Ley del país con el que está conectado ese contrato de ejecución (art. 3.3º RR I)¹⁰⁴.

ii. *Cláusula de elección en el contrato marco que no explicita su ámbito de aplicación.* Si las partes eligen una Ley en el contrato marco de franquicia sin mayor mención sobre su ámbito de aplicación y no eligen ninguna Ley en los contratos de desarrollo, la postura más conforme con el principio “contrato por contrato” es que la Ley elegida debería aplicarse únicamente a las obligaciones derivadas del contrato marco y no a los contratos de ejecución¹⁰⁵. Solamente debería extenderse el pacto cuando se considere que en los contratos de ejecución existe una elección “tácita” de Ley (por ejemplo, referencia a las mismas instituciones legales o elección en algunos de los contratos de ejecución y en otros no) o si dicha Ley presenta claramente unos vínculos manifiestamente más estrechos que la aplicable al contrato en virtud del art. 4 RR I (art. 4.3º RR I)¹⁰⁶. No obstante, la mayoría de los Estados miembros y de la doctrina han preferido la extensión de la Ley elegida¹⁰⁷.

¹⁰³ De hecho, esta posibilidad es muy común: en el caso de una franquicia de hamburguesas lo habitual es que el franquiciado se comprometa en el contrato de franquicia a comprar la carne al proveedor señalado por el franquiciador y no al franquiciador directamente. En el caso de McDonald’s, las hamburguesas se adquieren a la planta de *OSI Food Solutions* de Toledo: <https://www.mcdonalds.es/calidad/procesos-calidad/carne> (fecha última consulta: 20/03/2017).

¹⁰⁴ F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 15.

¹⁰⁵ En relación a la franquicia, P. Wautelet, *loc. cit.*, p. 131. En relación a los contratos de distribución, J. Thieffry, “La Convention de Vienne et les contrats de distribution”, *Dr. et Prat. Com. Int.*, 1993, pp. 62-68, p. 67 y C. Pellisé De Urquiza, *op. cit.*, p. 186. Esta es la opción que parece más acorde también con el informe M. Giuliano / P. Lagarde, *op. cit.*, p. 16: “El Grupo no adoptó la idea de que el juez puede, a partir de una elección parcial de la ley, establecer una presunción a favor de una ley única llamada a regir el conjunto del contrato. Tal idea podría inducir a error en situaciones en que las partes hayan celebrado un acuerdo sobre la elección de la ley únicamente para un punto en particular. Por el contrario, en el caso de elección parcial, habrá que aplicar el artículo 4”. En contra, A. Dutta, “Franchiseverträge” en C. Reithmann / D. Martiny (eds.), *Internationales Vertragsrecht: das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, vol. VII, Otto Schmidt, Colonia, 2010, pp. 939- 961, p. 955, que parece estar a favor de la extensión.

¹⁰⁶ D. Berlin, *loc. cit.*, p. 45.

¹⁰⁷ En cuanto a la doctrina, F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 13; J. Maseda Rodríguez, *op.cit.*, pp. 46-47, que defiende que esta solución respondería a los beneficios de simplicidad, coherencia y previsibilidad. En el mismo sentido, C.H. Thomas-Chodkiewicz / A. Ronzano, *loc. cit.*, p. 313; D. Berlin, *loc. cit.*, p. 46. La jurisprudencia, en vigor el Convenio de Roma de 1980, también optó por la “extensión” de la Ley elegida en los contratos marco a los contratos de ejecución: Sent. OLG Klobenz 17 septiembre 1993, *RIW*, 1993,

Un ejemplo de este supuesto sería una cláusula como la siguiente: “Este contrato se regirá por el Derecho de Delaware”, incluida en el contrato marco de franquicia mencionado más arriba, sin que los anexos al contrato ni los encargos posteriores contuvieran ningún pacto de ley aplicable. En este caso la ley aplicable a los litigios derivados del contrato principal será la Ley de Delaware, pero si surge una controversia que se “agota” en alguno de los contratos de ejecución, como puede ser una demanda ante los tribunales españoles por la falta del pago del precio del último suministro de polvos de yogurt, ésta debería regirse por la ley aplicable al contrato de ejecución, que sería la Ley californiana (Ley de la residencia habitual del vendedor, art. 4.1º.a RR I).

iii. Distintas cláusulas de elección para el contrato marco y los contratos de ejecución. Si las partes eligen una Ley para gobernar el contrato marco y una Ley para regir los contratos de ejecución, de forma global o contrato por contrato, los problemas se plantearán cuando la cuestión controvertida afecte a obligaciones regidas por distintas Leyes. En estos casos, si éstas pueden combinarse coherentemente, se debería respetar la voluntad de las partes, es decir, se debería “disecionar” la controversia, aplicando a cada cuestión la Ley elegida para el contrato del que deriva. En cambio, si las Leyes elegidas no se pueden combinar, la solución ha de ser la anulación de los pactos de elección de Ley¹⁰⁸. Un sector de la doctrina ha propuesto aplicar la Ley que rige el contrato marco como Ley “general”, pero esta solución no es previsible para las partes, que expresamente pactaron la ley aplicable a los contratos de ejecución¹⁰⁹.

Si se sigue con el ejemplo anterior, este sería el caso de un contrato marco de franquicia con la siguiente cláusula: “Este contrato se regirá por el Derecho de Delaware”, si en el *statement of work* anexo al contrato de franquicia se contiene el siguiente pacto: “Las sucesivas compraventas derivadas de este contrato se regirán por el Derecho Español”. En este caso, la Ley de Delaware se debería aplicar

pp. 934-938, en la que se aplicó el Derecho elegido por las partes en el contrato marco (Derecho francés) a la totalidad de la relación contractual; Sent. Cour. App. Versailles 6 febrero 1991; *Rev. crit. DIP.*, 1991, nota P. Lagarde, pp. 745-752; *JDI*, 1991, nota J. Foyer, pp. 125-133; *D.*, 1992, nota J.-P. Mondoloni, pp. 174 ss; *JCP* n. 51-52, 1992, pp. 453-457, nota F. Osman, en la que el tribunal sujetó un contrato de garantía a la Ley que regulaba el contrato principal, un contrato de distribución, por la vía de los “vínculos más estrechos” (en su momento en el art. 4.5º CR, y no a la Ley de la residencia habitual del garante, por la vía de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2º CR). Como indica J. Carrascosa González, “Elección...”, *loc. cit.*, p. 16, las partes podrían haber evitado este resultado con una elección de Ley distinta para cada contrato.

¹⁰⁸ M. Giuliano / P. Lagarde, *op. cit.*, p. 16: “En caso de que las leyes elegidas no puedan combinarse de forma coherente, habrá que aplicar el artículo 4 del Convenio”; H. Gaudemet-Tallon, “Le nouveau droit international privé européen des contrats”, *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, pp. 215-285, p. 245; J. Carrascosa González, *El contrato...*, *op. cit.*, p. 38 y pp. 296 y 297.

¹⁰⁹ J. Maseda Rodríguez, *op. cit.*, pp. 46-47.

a todos los litigios exclusivamente derivados del contrato marco de franquicia, como por ejemplo un litigio en que se discuta ante los tribunales españoles el incumplimiento por el franquiciador del plazo de preaviso previsto en contrato para su terminación. Por otra parte, la Ley española se aplicará a las controversias derivadas de las relaciones de suministro entre las partes y que no tengan consecuencias más allá de estos suministros. Por ejemplo, si se plantea ante el tribunal español un litigio sobre el retraso repetido en el pago de los pedidos en que se solicitan intereses de demora, el tribunal aplicará al caso la Ley española como Ley elegida (art. 3 RR I)¹¹⁰. Si el litigio que se plantea es si esos retrasos repetidos en el pago de los contratos de compraventa se considera un “incumplimiento grave” y es por lo tanto causa suficiente para que el franquiciador resuelva el contrato de franquicia, el tribunal tendrá que combinar la aplicación de ambas leyes. Aplicará la Ley de Delaware para determinar si el retraso en el pago en los contratos de compraventa constituye el incumplimiento de éstos, y en caso afirmativo, la Ley española para determinar si el incumplimiento de los contratos de compraventa tiene entidad suficiente como para resolver el contrato marco de franquicia.

iv. Cláusula referida exclusivamente a los contratos de ejecución. Si el contrato marco no contiene ningún pacto de elección de Ley, pero en un apartado del mismo, en un anexo, o en los contratos de ejecución, se contiene un pacto de ley aplicable a esos contratos de ejecución, la Ley elegida se aplicará exclusivamente a los contratos a los que de forma expresa o tácita se refiera el pacto. No podrá aplicarse la Ley elegida a las obligaciones derivadas del contrato marco¹¹¹. La ley aplicable a estas otras obligaciones deberá determinarse conforme al art. 4 RR I¹¹². Pese a ello, al igual que en la hipótesis anterior, se pueden dar casos en que la cuestión controvertida afecte a varias obligaciones y por lo tanto se produzca un concurso de ambas Leyes, la elegida y la ley aplicable en defecto de pacto. Si ambas Leyes no pueden combinarse de forma coherente, se aplicarán las normas del Reglamento en defecto de pacto¹¹³.

Se puede ilustrar este supuesto con el mismo contrato de franquicia. Imagínese que el mismo no incluye pacto de elección de Ley, pero en un contrato de ejecución sobre la cesión de un programa de software del franquiciador al franquiciado

¹¹⁰ Una cuestión distinta es si dentro de dicha Ley tendrá que aplicar la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o las normas sobre compraventa del Código Civil.

¹¹¹ En relación a la concesión, J. Maseda Rodríguez, *op.cit.*, pp. 60-61.

¹¹² Esta remisión puede plantear un *dépeçage* legal entre la ley aplicable al contrato marco y a alguno de sus contratos de ejecución, si los mismos no han sido cubiertos por el pacto de elección de Ley.

¹¹³ M. Giuliano / P. Lagarde, *op. cit.*, p. 16.

se indica: “Esta cesión se regirá por el Derecho inglés”. En este caso, la Ley elegida solamente se aplicará cuando surja una controversia relativa a la cesión de dicho programa. Para las cuestiones relacionadas con el contrato marco se aplicará la Ley que determine el art. 4.1º.e RR I. Si el pleito tiene como objeto la resolución del contrato de franquicia por el incumplimiento del contrato de cesión, se aplicará la Ley elegida para determinar si realmente se produjo ese incumplimiento y, en su caso, la Ley designada por el art. 4.1º.e RR I para establecer los efectos de esa vulneración sobre el contrato marco.

v. *Cláusula de elección contenida en el contrato marco que excluye los contratos de ejecución*. Si el contrato marco contiene un pacto expreso de elección de Ley que excluye expresamente los contratos de ejecución o las obligaciones contenidas en los mismos, la Ley elegida solamente se podrá aplicar a lo expresamente previsto por las partes y no a las obligaciones excluidas. La ley aplicable a las obligaciones excluidas se ha de determinar conforme a las normas previstas en defecto de elección, con la posibilidad de que surjan los mismos problemas de compatibilidad que en las dos hipótesis inmediatamente anteriores.

Este sería el caso si el contrato marco de franquicia mencionado indica: “el presente contrato, salvo en lo que se refiere a los suministros que el franquiciador realice al franquiciado, se regirá por la Ley de Delaware”. La ley aplicable a esas compraventas se ha de determinar conforme a las normas en defecto de pacto del Reglamento Roma I. Al tratarse de compraventas de mercaderías, la ley aplicable se determinaría en base al art. 4.1º.a RR I, en combinación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías (1980) y/o el Convenio de La Haya sobre ley aplicable a las Ventas de Objetos Muebles Corporales (1955)¹¹⁴.

Finalizada la exposición de estos supuestos, únicamente resta por añadir que los mismos problemas de interpretación también pueden surgir cuando la cláusula de elección se contenga en las condiciones generales de una de las partes contratantes. Resulta muy frecuente que las condiciones generales de la contratación no se refieran a la totalidad de la relación contractual, sino únicamente a una parte de ésta. Las empresas distribuidoras, por ejemplo, suelen contar con condiciones generales referidas exclusivamente a los suministros de productos a los distribuidores. Cabe plantearse si un pacto de elección contenido en dichas condiciones ha de considerarse extensible a la totalidad de la relación o únicamente a las ventas

¹¹⁴ Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre ley aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales, en vigor con carácter general desde 1 septiembre 1964, no ratificado por España, pero sí por otros países europeos como Francia o Italia. Versión auténtica en francés disponible en: <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=31> (fecha última consulta: 20/03/2017).

sucesivas del principal al distribuidor¹¹⁵. En un caso como el expuesto, la respuesta debería ser la exclusiva aplicación del pacto a los contratos de venta. Si la controversia pone en juego tanto el contrato marco como los contratos de venta, esta elección tendrá que combinarse de la forma ya expuesta con la ley aplicable al contrato marco. La elección contenida en condiciones generales se aplicará a las cuestiones relacionadas con los contratos de venta y la ley aplicable al contrato marco a las cuestiones derivadas del mismo¹¹⁶. En los casos en que las condiciones generales y el contrato regulen cuestiones similares, ambas cláusulas de elección deberían verse anuladas pues no se cumplirían los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica perseguidos por el art. 3 RR I.

A la vista de las complicaciones suscitadas por la necesidad de conjugar distintas leyes, la mejor opción parece ser la elección de la misma Ley para la totalidad de la operación contractual compleja. Esta elección simplifica la determinación de la ley aplicable en los casos en que en un mismo litigio se discuten obligaciones derivadas tanto del contrato marco como de los contratos de ejecución, cuestión muy común por la interrelación existente entre los mismos. Esta elección única evitaría también las incompatibilidades entre los distintos ordenamientos jurídicos aplicables. Por ello, la elección de una única Ley aumenta la previsibilidad y la seguridad jurídica de las partes contratantes¹¹⁷.

No obstante, en ocasiones puede ser conveniente el diseño de un régimen “a medida” que no se base en una única ley aplicable a la totalidad de su relación sino en la elección de distintas Leyes para cada uno de los contratos integrantes de la operación. Esta posibilidad de elegir varias Leyes aplicables no viene dada por el art. 3.1º *in fine* RR I, que permite el fraccionamiento normativo dentro de un mismo contrato (*dépeçage*) sino por el hecho de que esos contratos son “independientes” a la hora de la determinación de la ley aplicable a los mismos (*dépeçage* aparente)¹¹⁸. Así, por ejemplo, en relación a una operación de concesión internacional, las partes podrían, si les conviene, elegir por una parte la ley aplicable al contrato marco de concesión y por otra la ley aplicable a cada una de las ventas de mercaderías que el concedente efectúa al concesionario (*dépeçage* aparente). Ello no obsta para que, además, dentro del propio contrato marco de concesión, las partes puedan fraccionar la ley aplicable al contrato en virtud del art. 3.1º *in fine* RR I (*dépeçage*) y en virtud de ello elegir un Derecho para regir la totalidad del contrato y otro para las cuestiones relacionadas con el suministro,

¹¹⁵ M. Behar-Touchais / G. Virassamy, *op. cit.*, p. 390.

¹¹⁶ P. Wautelet, *loc. cit.*, p. 128.

¹¹⁷ D. Bureau y H. Muir Watt, *op. cit.*, tome I, p. 534; B. Audit, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)”, *Recueil des Cours*, vol. 186, 1984, pp. 219-398, p. 291.

¹¹⁸ No existe fraccionamiento legislativo cuando se está en presencia de una operación contractual compleja. J. Carrascosa González, “Elección...”, *loc. cit.*, p. 14; S.M. Carbone, *loc. cit.*, p. 280.

Derecho que puede coincidir con el elegido en los contratos de venta de mercaderías¹¹⁹. Cuando se elija esta vía, y a la vista de los problemas que suscita la interpretación de estos pactos, resulta recomendable delimitar de forma muy clara el ámbito de aplicación de las distintas elecciones.

2. Ausencia de pacto de elección de Ley

Del mismo modo que en materia de competencia judicial internacional, la aplicación de las normas de ley aplicable en defecto de pacto ha de tener en cuenta el “contrato”, en el sentido europeo expuesto, del que deriva la acción ejercitada¹²⁰. Todos estos han de recibir un tratamiento diferenciado a efectos de determinar la ley aplicable, aunque los mismos formen parte de una operación económica integrada. Cuando el litigio se refiere en exclusiva a una obligación dimanada del contrato marco o de uno de los contratos de ejecución, la determinación de la ley aplicable al mismo se tendrá que determinar exclusivamente en atención al contrato afectado. Así por ejemplo, si en el marco de una operación internacional de transferencia de tecnología el litigio surge en relación al precio mensual de la licencia de *software* utilizada por la tecnología transmitida, se tendrá que examinar, primero, si ese acuerdo de licencia constituye un contrato independiente del contrato marco de transferencia y en caso afirmativo, cuál es la ley aplicable a ese concreto contrato de licencia conforme al art. 4 RR I.

Esta determinación de la ley aplicable no reviste más dificultad que la que tendría si el mismo no estuviera incluido en una relación comercial compleja. Algunos de los contratos “marco” más extendidos, la distribución y la franquicia, cuentan con una norma específica en el art. 4.1º RR I. En cuanto a los contratos de ejecución más habituales, los contratos de compraventa de mercaderías, en defecto de Ley elegida, se regirán por la Ley determinada por el art. 4.1º.a RR I en conjunción con la Convención de Viena de 1980, si es que resulta de aplicación¹²¹. Otros contratos típicamente “de ejecución”, como son los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero de equipamientos específicos, se regirán por la Ley de la residencia habitual del arrendador, por ser el prestador característico, en virtud

¹¹⁹ Sobre las partes del contrato susceptibles de *dépeçage*, M. Giuliano / P. Lagarde, *op. cit.*, p. 16; H. Gaudemet-Tallon, “Le nouveau...”, *loc. cit.*, p. 245; J. Carrascosa González, *El contrato...*, *op. cit.*, p. 38 y 296; J. Carrascosa González, “Elección...”, *loc. cit.*, p. 26; P. Lagarde, “Le dépeçage...”, *loc. cit.*, pp. 649-677

¹²⁰ P. Wautelet *loc. cit.* n. 138; F. Leclerc *loc. cit.* n. 20

¹²¹ U. Magnus, “Article 4: Applicable law in the absence of a choice”, en U. Magnus y P. Mankowski (dirs.), *Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 263-441, p. 296; A. Dutta, *op. cit.*, n. 2087.

del art. 4.2º RR I. En cuanto a los contratos mencionados de licencia de explotación de un determinado *software* se aplicará la Ley de la residencia habitual de la parte que concede la licencia también en virtud del art. 4.2º RR I.

Respecto a estos contratos únicamente resulta preciso señalar que existe una mayor posibilidad de aplicación de la cláusula del art. 4.3º RR I. Una de las circunstancias que se han de tener en cuenta para determinar si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del señalado por el art. 4.1 o 4.2 RR I es que tenga una relación estrecha con otros contratos (cdo. 20 RR I)¹²². La doctrina ha visto en este considerando la intención del Reglamento de sentar los primeros cimientos para una norma sobre grupos de contratos y por lo tanto para las operaciones contractuales complejas¹²³. No obstante, esta norma ha de ser usada dentro de los límites, tan estrictos, de esta cláusula. En este sentido, como indica P. Lagarde, la disposición no puede convertirse en una norma de conflicto de sustitución, que permita aplicar al contrato de aplicación la ley aplicable al contrato marco¹²⁴. Ha de aplicarse únicamente en situaciones muy excepcionales en que el contrato se encuentre manifiestamente más vinculado con el Estado cuya Ley se aplica al contrato marco¹²⁵. De esta forma, el simple hecho de que el contrato de ejecución se encuentre objetivamente vinculado al contrato marco no permite someter tal contrato de ejecución a la misma Ley que el contrato marco¹²⁶.

Al igual que en sede de competencia judicial internacional, las mayores dificultades se suscitan cuando la controversia pone en juego tanto el contrato marco como los de ejecución. Como se verá a continuación, todas ellas se pueden solucionar mediante la aplicación del principio “contrato por contrato” propuesto.

Un primer supuesto problemático es el del litigio que afecta a una obligación recogida en el contrato marco, referida a las condiciones que han de cumplir los futuros contratos de ejecución. Así, por ejemplo, en un contrato de concesión, el contrato marco puede prever ciertas obligaciones relacionadas con los futuros suministros al concesionario por parte del concedente. Ejemplos de estas obligaciones son la periodicidad de los pedidos, la obligación de aprovisionamiento en exclusiva del concedente y la obligación de compras mínimas. ¿Debe determinarse la ley aplicable a las mismas conforme a la letra “a” o a la letra “f” del art. 4.1 RR

¹²² Cdo. 20 RR I: “(…). Para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos”.

¹²³ P. Wautelet, *loc. cit.*, p. 138. En este sentido también se ha manifestado A. Dutta, *loc. cit.*, p. 955.

¹²⁴ Sent. Cour Cass. (1re Ch.Civ.) de 15 mayo 2001, *Optelec vs. soc. Midtronics BV*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2002, pp. 86-93, nota de P. Lagarde, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, p. 89.

¹²⁵ F. Leclerc, *loc. cit.*, p. 21; T. Azzi, “La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du Règlement Rome I”, *D.*, 2008, pp. 2169-2174, p. 2173.

¹²⁶ A. Dutta, *loc. cit.*, p. 955.

¿La clave para resolver esta cuestión está de nuevo en el concepto de “contrato” del Reglamento Roma I y en la necesidad de un “equilibrio contractual único”. Estas obligaciones que fijan una serie de compromisos en relación a contratos futuros son obligaciones asumidas por las partes en el contrato marco sin que exista una contraprestación clara a las mismas que las haga separables. Forman parte de esas prestaciones a las que se comprometen las partes dentro del “equilibrio contractual único” del contrato marco y por lo tanto deberían regirse por la ley aplicable a éste.

Otro escenario problemático se produce cuando el demandante solicita la anulación del contrato marco y como consecuencia la de los contratos de ejecución. El contrato marco se anulará conforme a la ley aplicable al mismo, pero ¿qué Ley ha de determinar si dicha anulación se transfiere también a los contratos de ejecución? La solución más conforme con el principio “contrato por contrato” es que la ley aplicable a la posibilidad de terminar el contrato de ejecución ha de ser siempre la ley aplicable a dicho contrato de ejecución. Su Ley indicará si un contrato de ejecución como el de la situación litigiosa es independiente a efectos sustantivos de un contrato marco que ha sido declarado como nulo o resuelto (independientemente de que tal nulidad o resolución haya sido declarada conforme a otra ley aplicable)¹²⁷.

Un último caso problemático es aquél en que la obligación controvertida afecta tanto a un contrato de ejecución como al contrato marco y no existe elección de Ley. Siguiendo con el ejemplo anterior, este escenario se daría si el concesionario solicita la resolución anticipada del contrato marco de concesión por retrasos sucesivos del concedente en la entrega de las mercaderías que le ha de proporcionar a lo largo de la relación contractual. ¿Se trata de una cuestión relativa al contrato marco o a los contratos de ejecución en que ha existido el retraso? La respuesta a esta cuestión podría resolverse aplicando la fórmula de la “cuestión previa” antes aplicada en presencia de elección. Para saber si se ha dado un incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato marco se ha de conocer primero si se ha dado o no un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato anterior. Por ello, la Ley reguladora del contrato de ejecución (en el ejemplo, el contrato de compraventa) determinará si se ha incumplido o cumplido defectuosamente el

¹²⁷ F. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, pp. 90, y 97, parece inclinarse para el contrato de *joint venture* por otro tipo de solución: para determinar la interdependencia entre unos contratos y otros se ha de atender a las circunstancias de la relación en concreto y a los intereses de los participantes. Esta solución ignora la existencia de un conflicto de leyes en relación a tal interdependencia. En Derecho español, para apreciar dicha interdependencia, se exige que exista un “nexo sinalagmático” entre ambos contratos, que se traduce en que se hayan celebrado por las mismas partes, exista una única formación del consentimiento, y que las prestaciones de ambos contratos sean dependientes recíprocamente, *vid.* A. López Frías, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 304.

contrato de ejecución, mientras que la Ley reguladora del contrato marco (en el ejemplo, el contrato de concesión) determinará las consecuencias de ese incumplimiento o cumplimiento defectuoso para el contrato marco¹²⁸.

Esta solución, que a *priori* puede parecer sencilla, puede dar lugar a que se planteen incompatibilidades entre ambas normas. Siguiendo a J. Maseda Rodríguez, en el contrato de concesión, se daría una incompatibilidad si la ley aplicable a la compraventa considera cumplimiento defectuoso de la obligación de entrega el comportamiento del vendedor que no subsane los defectos de la mercancía en los dos meses siguientes a su recepción por el comprador y si la ley aplicable a la concesión determina que en caso de cumplimiento defectuoso habrá derecho a la resolución del contrato pero la acción prescribirá a los dos meses desde el hecho que la originó. Si el concesionario demanda al concedente pidiendo la resolución del contrato de concesión por el cumplimiento defectuoso de la última entrega de productos, la Ley de la venta considerará que el cumplimiento es defectuoso a partir de los dos meses, tiempo que impediría, por lo dispuesto en la Ley de la concesión, el ejercicio de la acción¹²⁹.

En los casos en que se den estas incompatibilidades, existen dos posibles soluciones. Una es aplicar a la totalidad del caso la Ley reguladora del contrato marco en su condición de norma “general” y “principal” de la relación y otra es adaptar ambas Leyes para que sean compatibles. Esta última parece más respetuosa con el principio “contrato por contrato”. En el ejemplo mencionado, se podrían adaptar ambas Leyes si el plazo de prescripción comienza desde el momento en que la Ley de la venta determina que existe cumplimiento defectuoso y no desde el momento en que se dio el hecho que lo originó¹³⁰.

La doctrina ha planteado esta posibilidad de aplicar a la totalidad de la operación la ley aplicable al contrato marco no sólo en relación a estos supuestos de incompatibilidad, sino en general, como solución a la determinación de la ley aplicable a las operaciones contractuales complejas en defecto de pacto¹³¹. Para ello se han utilizado dos argumentos: (i) que esta postura es la más conforme con la voluntad del Reglamento, que incluyó ciertas operaciones contractuales complejas en la lista del 4.1º RR I (franquicia y distribución) y (ii) que la finalidad económica de los contratos de ejecución no es solamente la de ese acuerdo en concreto, por ejemplo, la circulación de los bienes del vendedor al comprador, sino dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en el contrato marco. Esta postura,

¹²⁸ J. Maseda Rodríguez, *op.cit.*, p. 137.

¹²⁹ Ejemplo basado en el expuesto por J. Maseda Rodríguez, *op.cit.*, pp. 137-138.

¹³⁰ J. Maseda Rodríguez, *op.cit.*, p. 138.

¹³¹ Así lo han solicitado B. Audit, *Droit international privé*, París, Economica, 2010, p. 724 y S. Francq, “Le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Journ. dr. int.*, 2009, pp. 40-69, pp. 40-69.

si bien facilitaría la determinación de la ley aplicable, no puede mantenerse a partir del tenor literal del Reglamento. El cdo. 20 RR I, como se ha indicado, utiliza como criterio de concreción de los vínculos manifiestamente más estrechos que el contrato en cuestión tenga una relación muy estrecha con otro contrato o contratos. Ello implica que cuando el art. 4.1º RR I habla de contratos de franquicia y de distribución está haciendo referencia al contrato marco de estas operaciones y no a la totalidad de las mismas. Si la totalidad de la operación se rigiera por una misma Ley, la indicación del cdo. 20 RR I habría sido innecesaria.

Además, la regla “contrato por contrato” es la que proporciona una mejor solución para las operaciones contractuales complejas. Considerar la totalidad de la relación como un único contrato, además de presentar objeciones teóricas, pues no existe un equilibrio contractual único que afecte a todos los acuerdos que forman parte de la relación, presentaría una serie de objeciones prácticas que resultan insalvables¹³². La primera es que una consideración unitaria de la totalidad de una operación comercial compleja no tendría en cuenta la gran diversidad de los contratos de ejecución que es posible celebrar en desarrollo de un contrato marco (compraventas, alquileres, contratos financieros, *leasing*, prestaciones de servicios de distintos tipos...) y tampoco su distinto nivel de relación con dicho contrato marco (¿se han de incluir los contratos suscritos entre una de las partes contractuales y un tercero? ¿se han de incluir los acuerdos celebrados varios años después de la celebración del contrato marco?). La segunda objeción sería la dificultad en la determinación de la Ley que debería regir la totalidad de la relación. ¿Debería ser dicha Ley siempre la Ley del contrato marco o debería ser la Ley con que la totalidad de la relación presentara los vínculos más estrechos? Si se considerara esta última como la solución más acertada, en el supuesto de que los contratos de ejecución se celebren transcurrido un tiempo desde que se firmó el contrato marco, se plantearía además la duda de si la celebración de estos contratos influiría sobre la determinación de la ley aplicable a la totalidad de la relación¹³³. El RR I no tiene una norma sobre grupos de contratos porque no la necesita. Una norma de este tipo no sería conveniente por dos razones. En primer lugar, el concepto “grupo de contratos” es difícil de definir, por lo que el Reglamento perdería en seguridad jurídica y por último, no se debe olvidar que aunque varios contratos puedan seguir una misma finalidad económica, cada contrato tiene su causa y sus circunstancias propias, por lo que sus contactos con diversos Estados pueden ser muy distintos. En definitiva, una norma de este tipo añadiría problemas interpretativos a los ya existentes y perjudicaría seriamente los principios de previsibilidad y seguridad jurídica que persigue el Derecho internacional privado europeo.

¹³² En relación a la *joint venture*, F. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, pp. 86-87.

¹³³ F. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, p. 87.

IV. Consideraciones finales

Como se ha puesto de manifiesto en este trabajo, la determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable a los litigios derivados de operaciones contractuales complejas presentan problemas simétricos. Para solucionarlos, se ha de tener en cuenta que, a efectos de Derecho internacional privado europeo, estas operaciones están compuestas por varios contratos. Salvo voluntad en contrario de las partes, estos contratos han de ser considerados uno a uno a efectos de la determinación tanto de la competencia judicial como de la ley aplicable, pues no existen normas de competencia judicial internacional ni de ley aplicable para los grupos de contratos. En definitiva, la unidad de determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable a las obligaciones contractuales es el “contrato”, no la totalidad de la operación contractual. En consecuencia, salvo pacto en contrario de las partes, habrá unos tribunales competentes y una ley aplicable en relación al contrato marco y unos tribunales competentes y una ley aplicable en relación a cada contrato de ejecución.

Esta interpretación, que puede llevar al fraccionamiento normativo y a una pluralidad de tribunales competentes es el “mal menor”, si se considera la alternativa de extender a la totalidad de la operación un mismo régimen de Derecho internacional privado. En primer lugar, este fraccionamiento solamente se producirá en ausencia de una adecuada previsión por las partes. Unas cláusulas de sumisión redactadas de forma completa evitan el surgimiento del problema. En materia de competencia, el demandante cuenta además con una opción que evita el fraccionamiento, el foro del domicilio del demandado. En estas circunstancias, el principio “contrato por contrato” es la solución más conforme con los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica de los Reglamentos europeos. La aplicación a la totalidad de la relación de una única *lex contractus* y la determinación de unos únicos tribunales competentes no resultaría conveniente. Si se hacen prevalecer la Ley y los tribunales del contrato marco, un litigio relativo a un contrato de aplicación puede acabar sustanciándose ante un tribunal escasamente conectado y bajo una Ley que no sea próxima a la relación. La otra opción, determinar para la totalidad de la relación una *lex contractus* y unos tribunales competentes, supondría que las partes no conocerían dicha Ley ni dichos tribunales hasta que se celebrara el último contrato de ejecución, que podría variar los contactos de dicha relación con los distintos Estados.

Como puede observarse, estos problemas de determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las operaciones complejas se producen sobre todo cuando las partes no ejercen su autonomía de la voluntad o cuando la

ejercen de forma parcial. En consecuencia, si las partes no utilizaron correctamente las herramientas que les proporciona el Derecho internacional privado europeo y no previeron suficientemente el régimen de competencia judicial internacional o de ley aplicable a sus relaciones no puede culparse a este Derecho de los altos costes o carreras a los tribunales que la falta de elección les acarree.

Para concluir, este estudio pone de manifiesto que las normas que señalan la ley aplicable al contrato o la competencia judicial internacional de los tribunales en defecto de elección funcionan mejor para contratos sencillos. Estas son operativas, por ejemplo, para determinar la competencia judicial a un contrato de compraventa de mercaderías a entregar en un único Estado o para determinar la ley aplicable a un contrato en que se preste un servicio a cambio de una remuneración dineraria. A este respecto, resulta conveniente traer a colación y trasladar al plano conflictual la teoría de los contratos incompletos de G.K. Hadfield. Según la misma, las normas en defecto de elección están previstas para casos en que la celeridad del comercio internacional exige no detenerse demasiado en los detalles, dejando lo no negociado a lo que disponga la Ley y esperando que ésta proporcione una solución eficiente. Pero este no es el caso de las operaciones contractuales complejas, que se formalizan generalmente por escrito y que previamente han sido protagonistas de una intensa negociación entre las partes. Para este tipo de operaciones, el Derecho internacional privado europeo cuenta con que las partes ejerciten la autonomía de la voluntad.

Bibliografía

- Audit, B.: *Droit International Privé*, 6ª ed., París, Economica, 2010.
- Audit, B.: *La vente internationale de marchandises (Convention de Nations Unis de 11 avril 1980)*, París, LGDJ, 1990.
- Audit, B.: “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)”, *Recueil des Cours*, vol. 186, 1984, pp. 219-398.
- Azzi, T.: “La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du Règlement Rome I”, *D.*, 2008, pp. 2169-2174.
- Behar-Touchais, M. y Virassamy, G.: *Les contrats de la distribution*, París, LGDJ, 1999.
- Berlin, D.: “Droit international et distribution internationale”, *Dr. et prat. com. int.*, 1993, pp. 6-61.
- Bermann, G.A.: *International arbitration and private international law*, La Haya, Brill, 2017.
- Betti, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, Turín, Utet, 1955.
- Brosseta Pont, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Tecnos, 1994.
- Bureau, D. y Muir Watt, H.: *Droit International Privé*, vol. II, 3ª ed., París, PUF, 2014.
- Carbone, S.M.: “Il contratto senza legge e la convenzione di Roma del 1980”, *Rev. dir. int. pr. proc.*, 1983, n. 19, pp. 279-287.

- Calvo Caravaca, A.-L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, 16ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Campiglio, C.: “Prime applicazioni della clausola d’eccezione europea in materia contrattuale”, *Rev. dir. int. pr. proc.*, 1992, pp. 241-254.
- Carrascosa González, J.: “Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones: antes y después del Reglamento Roma I”, *CDT*, n.1, vol. 2, 2009, pp. 320-327.
- Carrascosa González, J.: *El contrato internacional (fragmentación versas unidad)*, Madrid, Civitas, 1992.
- Cassoni, G.: “I contratti collegati nel diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, n. 15, 1979, pp. 23-42.
- Chuliá Vicent E. y Beltrán Alandete, T.: *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1995.
- Cohen, D.: “Arbitrage et groupe de contrats”, *Rev. arb.*, 1997, pp. 471-503.
- Crahay, P.: *Les contrats internationaux d’agence et de concession de vente*, Paris, LGDJ, 1991.
- Crahay, P.: *Guide des contrats internationaux d’agence et de concession de vente*, Paris, LGDJ, 1989.
- De Miguel Asensio, P.A.: *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, Civitas, 1995.
- Domínguez García, M.A.: “Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial”, en Calvo Caravaca, A.-L. y Fernández De La Gándara, L. (dir.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1275-1384.
- Dutta, A.: “Franchiseverträge” en Reithmann, C. y Martiny, D., (eds.), *Internationales Vertragsrecht: das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, vol. VII, Colonia, Otto Schmidt, 2010, pp. 939-96.
- Espiniella Menéndez, A.: “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de diciembre de 2013, asunto C-9/12, Corman-Collins c. La Maison du Whisky”, *REDI*, vol. 64, n. 2, 2014, pp. 239-243.
- Espiniella Menéndez, A.: “Las operaciones de compraventa en la distribución comercial internacional”, *AEDIPr*, vol. XIII, 2013, pp. 423-455.
- Esteban de la Rosa, F.: *La joint venture en el comercio internacional*, Granada, Comares, 1999.
- Francq, S.: “Le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Journ. dr. int.*, 2009, pp. 40-69.
- Fouchard, Ph., Goldman, B. y Gaillard, E.: *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- Frignani, A.: *Il Diritto del commercio internazionale*, Milán, Ipsoa Informatica, 1986.
- Gatsi, J.: *Le contrat-cadre*, Paris, LGDJ, 1993.
- Gaudemet-Tallon, H.: *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4ª ed., Paris, LGDJ, 2010.
- Gaudemet-Tallon, H.: “Quelques réflexions à propos de trois arrêts récents de la Cour de cassation française sur l’art. 5-1 et de l’avis 1/03 de la Cour de justice des Communautés sur les compétences externes de la Communauté” en Bonomi, A. et al. (eds), *La convention de Lugano, passé, present et devenir*, Zurich, Schultless, 2008, pp. 97-106.
- Gaudemet-Tallon, H.: *Les conventions de Bruxelles et Lugano*, Paris, Montchrestien, 1996.
- Gaudemet-Tallon, H.: “Le nouveau droit international privé européen des contrats”, *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, pp. 215-285.
- Giuliano, M. y Lagarde, P.: “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DO nº.327 de 11 diciembre 1992, pp. 1-47.

- Guardiola Sacarrera, E.: *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Barcelona, Bosch, 1998.
- Guerrero Gaitán, M.: *Los contratos de transferencia internacional de tecnología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016
- Haftel, B.: “Entre Rome II et Bruxelles I: l’interprétation communautaire uniforme du règlement Rome II”, *Journ. dr. int.*, n. 3, julio 2010, doctrina 11, p. 760-788.
- Hollander, P.: “Questions de droit international privé et d’arbitrage touchant la distribution commerciale”, en P. Hollander (dir.), *Le droit de la distribution*, Lieja, Anthemis, 2009, pp. 271-323.
- Lagarde, P.: “Le dépeçage dans le droit international privé des contrats”, *Riv. Dir. Int. Proc.*, n. 11, 1975, pp. 649-677.
- Leclerc, F.: “Le contrat-cadre en droit international privé”, en VV.AA., *Trav. Com. Fr. DIP*, 2002-2004, Pendone, Paris, 2005, pp.3-25.
- López Frías, A.: *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, Bosch, 1994.
- Loussouarn, Y., Bourel, P. y De Vareilles-Sommières, P.: *Droit International Privé*, 10ª ed., Dalloz, Paris, 2013.
- Magnus, U.: “Article 4: Applicable law in the absence of a choice”, en U. Magnus / P. Mankowski (dirs.), *Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 263-441.
- Mainguy, D.: “Les opérations du commerce international” en Beguin, J. y Menjucq, M. (eds.), *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 2005, p. 448.
- Mankowski, P.: “Article 5”, en Magnus, U. y Mankowski, P. (eds.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., München, Sellier European Law Publishers, 2007, pp. 88-294.
- Maseda Rodríguez, J.: *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000.
- Mayer, P.: *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973.
- Mendelsohn, M.: *Franchising Law*, 2ª ed., Londres, Richmond Law and Tax, 2003.
- Nuyts, A.: “Le contrôle de l’arbitrabilité selon la loi du for dans les Conventions de New York et de Genève et les concessions de vente exclusive à durée indéterminée en Belgique”, *Rev. dr. com. belge*, 1993, pp. 1118-1130.
- Park, W. W.: “Non-signatories and international contracts : an arbitrator’s dilemma”, en VVAA., *Multiple party actions in International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 1-31.
- Pellisé De Urquiza, C.: *Los contratos de distribución comercial*, Barcelona, Bosch, 1999.
- Ravillon, L.: “La recherche de la sécurité juridique: la stipulation quasi systématique d’une clause de choix de la loi applicable” en Corneloup, S. y Joubert, N. (dirs.), *Le règlement Communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, p. 67-95.
- Rigaux, F. y Fallon, M. : *Droit international privé*, Bruselas, Larcier, 1993.
- Sánchez Calero, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, 33ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2011.
- Sayag, A.: *Le contrat-cadre*, Paris, Litec, 1995.
- Thieffry, J.: “La Convention de Vienne et les contrats de distribution”, *Dr. et prat. com. int.*, 1993, pp. 62-68.
- Von der Seipen, C.: *Akzessorische Anknüpfung und engste Verbindung im Kollisionsrecht der komplexen Vertragsverhältnisse*, Heidelberg, 1989.

Wautelet, P.: “Le contrat de franchise – aspects internationaux”, *Revue Droit International Privé - Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht*, vol. 10, n. 2, 2011, pp. 102-139.

Zuppi, A.L.: *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, La Rocca, 1990.

Recibido: 20 junio 2017

Aceptado: 12 julio 2017

EL MÉTODO DE RECONOCIMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Y ESPAÑOL*

Miguel GARDEÑES SANTIAGO**

SUMARIO: I. Introducción y delimitación del objeto de estudio. II. El reconocimiento de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria. III. El reconocimiento de otros actos públicos: perspectiva de la regulación de fuente interna. 1. Exigencia expresa de compatibilidad con la ley designada por la norma de conflicto española. 2. La regulación general de la LEC y de la LCJIMC. 3. Balance en cuanto a la presunción de validez del acto contenido en el documento público. IV. Incidencia del ordenamiento de la Unión Europea en el reconocimiento de los actos públicos. 1. El Derecho primario. 2. El impacto de la armonización de legislaciones. V. Incidencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el reconocimiento de los actos públicos. VI. Las condiciones del método de reconocimiento, y los efectos del reconocimiento. VII. Consideraciones finales.

RESUMEN: El método de reconocimiento se basa en la distinción entre la creación de las situaciones jurídicas, por un lado, y su reconocimiento en Estados distintos del de creación, por otro. En este segundo contexto, el método de reconocimiento resulta preferible al método conflictual. Se analiza en qué medida el Derecho español de fuente interna acoge el método de reconocimiento, así como la incidencia que tienen en su desarrollo el Derecho de la Unión Europea y el CEDH. Por último, se abordan las condiciones a las que debe supeditarse el reconocimiento, así como los efectos del mismo.

PALABRAS CLAVE: CONFLICTOS DE LEYES – MÉTODO DE RECONOCIMIENTO – JURISDICCIÓN VOLUNTARIA – ACTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS – DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS.

* Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del proyecto de investigación “Desarrollo del Derecho de sociedades en la Unión Europea: libertad de establecimiento, fiscalidad e interacción con los ordenamientos nacionales”, financiado por la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad (ref. DER2013 –46535 –P), y cuyos investigadores principales son C. Górriz López y R. Arenas García. Asimismo, una parte de este trabajo fue presentada en la “*Jean Monnet Centre of Excellence Conference on the Enhancement of the European Citizen’s Rights*”, organizada por la Universidad de Macedonia (Tesalónica), en colaboración con la Asociación Griega de Derecho Europeo y el Colegio de Abogados de Tesalónica, y que tuvo lugar en Tesalónica el 27 abril 2017. El autor desea agradecer a la Universidad de Macedonia en Tesalónica su amable invitación a participar en dicha conferencia y la financiación de dicha participación.

** Profesor titular de Derecho internacional privado. Universitat Autònoma de Barcelona.

ABSTRACT: *The Method of Recognition from the Perspective of European and Spanish Private International Law.*

The Method of Recognition is based on the distinction between the creation of situations with legal relevance and the acceptance of such situations in other countries. In this second context, the recognition method should be preferred to the traditional choice –of –law method. This paper intends to analyse if internal Spanish private international law provisions adopt this method or not, and also which is the impact, on the development of this method, of EU law and the European Convention on Human Rights. The conditions for recognition and its effects are also analysed.

KEYWORDS: CONFLICT OF LAWS – METHOD OF RECOGNITION – VOLUNTARY (NON –CONTENTIOUS) JURISDICTION – FOREIGN PUBLIC ACTS – FOREIGN PUBLIC DOCUMENTS.

I. Introducción y delimitación del objeto de estudio

En los últimos años, uno de los temas objeto de vivo debate entre la doctrina internacional–privatista ha sido el del llamado método del reconocimiento. Este método resulta particularmente útil cuando de lo que se trata es de hacer valer situaciones creadas al amparo de otro sistema jurídico. Es decir, partiría de una distinción fundamental entre la “creación” de las situaciones jurídicas –momento en el que la autoridad competente debiera aplicar la ley designada por su sistema de normas de conflicto– y el reconocimiento de situaciones ya creadas al amparo de un ordenamiento extranjero. En este segundo contexto, cambiaría el punto de referencia, puesto que de lo que se trataría es de determinar si el *status* jurídico creado en el extranjero puede ser aceptado en el foro de reconocimiento, independientemente de cuál haya sido la ley aplicada en el extranjero en el momento de haberse creado la situación¹.

Es decir, la característica esencial del método del reconocimiento sería que, en este segundo tipo de situaciones, se abandona la técnica conflictual clásica, conforme a la cual el reconocimiento de una determinada situación jurídica acaecida en el extranjero se supedita a su conformidad con la ley aplicable según las normas

¹ Las contribuciones doctrinales a este debate ya son bastante abundantes. Destacaríamos, como primera referencia, el pionero artículo de P. Lagarde, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *Rebels Z*, 2004, pp. 225 –243; así como la colección de trabajos surgidos del coloquio en homenaje al profesor Lagarde celebrado en La Haya en 2013, en el que participaron destacados autores que ya habían publicado con anterioridad interesantes trabajos sobre el tema (P. Lagarde, dir., *La reconnaissance des situations en droit international privé*, París, Pedone, 2013) y, a modo de síntesis, la reciente conferencia del profesor Lagarde en la Academia de Derecho Internacional, “La méthode de la reconnaissance, est –elle l’avenir du droit international privé?”, *Recueil des Cours*, t. 371, 2014, pp. 19 –42.

de conflicto del Estado donde se pretenda dicho reconocimiento (método de reconocimiento conflictual)².

Desde la perspectiva del método del reconocimiento, no importaría tanto el punto de vista, en cuanto a cuál debiera ser la ley aplicable, del Estado de reconocimiento, como el del Estado donde se hubiera creado la situación, incluyendo el de sus normas de conflicto de leyes. En definitiva, ante la eventualidad de hacer valer en un Estado A, por ejemplo, un matrimonio o una filiación adoptiva constituidos al amparo de otro ordenamiento (Estado B), no se trataría de determinar cuál sería la ley aplicable, desde el punto de vista de las normas de conflicto del Estado A, a dichos matrimonio o adopción, sino de determinar si tales estados jurídicos hubieran llegado a constituirse efectivamente al amparo de otro ordenamiento –de acuerdo con sus normas, incluyendo las de conflicto de leyes–. Caso de ser así, el objetivo fundamental del Derecho internacional privado, consistente en garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, aconsejaría que se reconocieran o dejaran valer tales estados jurídicos, a no ser que hubiera alguna razón de peso que justificara su no reconocimiento.

Por las razones anteriores, creo que el método del reconocimiento plantea una alternativa eficaz, útil y normalmente más sencilla que el método conflictual clásico cuando se trate, no de crear una situación jurídica en el foro, sino de reconocer una situación creada según un ordenamiento foráneo. En concreto, y tal como se ha señalado acertadamente, el método del reconocimiento resulta apropiado en aquellas situaciones en que se cree un determinado *status* jurídico por tiempo indefinido o con vocación de perdurabilidad³. Por ello, no es de extrañar que la discusión sobre el método del reconocimiento se haya planteado esencialmente en el marco del estatuto personal y familiar de las personas físicas, en ámbitos como el del derecho al nombre, el matrimonio y las parejas registradas, las adopciones o la filiación obtenida mediante gestación por sustitución; y también en el ámbito del estatuto de las personas jurídicas, en lo atinente al reconocimiento de su personalidad jurídica⁴.

² Sobre el método de reconocimiento conflictual, J.I. Paredes Pérez, “Espacios de desencuentro entre los métodos de reconocimiento y el método bilateral (una lectura desde la perspectiva del estatuto familiar)”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 590–596.

³ En este sentido, P. Lagarde, “Développements...”, *loc. cit.*, pp. 231–232.

⁴ Por ejemplo, con respecto a la situación en la Unión Europea, I. Somarakis, “The Method of Recognition in European Private International Law and its Scope of Application”, en J. –S. Bergé, S. Francq y M. Gardeñes Santiago (eds.), *Boundaries of European Private International Law / Les frontières du droit International privé européen / Las fronteras del Derecho internacional privado europeo*, Bruselas, Bruylant, 2015, pp. 672–676. Desde una perspectiva más general, y como pone de relieve R. Baratta con respecto a su aplicación en el seno de la UE, el método del reconocimiento tendría importantes coincidencias con otros métodos de coordinación de sistemas basados en la aceptación de las situaciones creadas al amparo de un ordenamiento extranjero como punto de partida. Tal sería el caso de la teoría del respeto de

La discusión en torno al método de reconocimiento se desenvuelve en un terreno intermedio entre el sector del reconocimiento en su sentido más clásico, identificado con el reconocimiento de resoluciones judiciales, y el sector del Derecho aplicable. Desde esta perspectiva, el método del reconocimiento invita a reflexionar y a replantearse la frontera entre uno y otro sector. Una de las cuestiones más discutidas es la de si cabe hablar de método de reconocimiento únicamente cuando exista un acto de una autoridad extranjera susceptible de ser reconocido o si también cabría emplear este método cuando se trate de hacer valer una situación creada al amparo de un ordenamiento extranjero, aun cuando no hubiera intervenido autoridad alguna⁵. Como ha señalado P. Mayer, el método de reconocimiento se ha propuesto para tratar las situaciones que hubieran “cristalizado” en un ordenamiento extranjero. Desde este punto de vista, y aunque se empleara un concepto muy amplio de “reconocimiento” que englobara los diversos tipos de situaciones, tampoco pueden desconocerse las diferencias entre unas y otras, por lo que, según el autor francés, cabría hablar de “métodos” en vez de “método” de reconocimiento⁶. En esencia, pueden distinguirse dos grandes tipos de situaciones: la primera se daría cuando en la creación, formalización o constatación del acto en el extranjero interviniera una autoridad pública. Por ejemplo, sería el caso de la celebración de un matrimonio, la constitución de una pareja registrada, la constitución de una adopción o la inscripción en el Registro de una sociedad de capital. En tales supuestos, la intervención de la autoridad constituye un punto de referencia formal claramente visible e identificable, que actuaría como un “gatillo” del reconocimiento, por emplear la expresión de M. Lehmann⁷.

La segunda situación se daría, en cambio, cuando una determinada situación jurídica se creara *ex lege* al amparo de un ordenamiento extranjero pero sin intervención de la autoridad pública (por ejemplo, creación de un tipo de sociedad en la que sólo se requiera el acto de constitución, sin necesidad de inscripción registral). Aparentemente, aquí sería más difícil hablar de reconocimiento, puesto que, en ausencia de un acto formalizado por una autoridad pública, resulta bastante más

los derechos adquiridos y del método de referencia al ordenamiento competente, especialmente desarrollado en una obra de P. Picone (R. Baratta, “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, *Recueil des Cours*, vol. 348, 2011, pp. 449–452); sin embargo, el método de reconocimiento también presenta importantes diferencias con respecto a los métodos anteriores, como pone de relieve P. Lagarde (“La méthode...”, *loc. cit.*, pp. 21–26).

⁵ En este sentido, P. Lagarde, “Introduction au thème de la reconnaissance des situations: rappel des points les plus discutés”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations...*, *op. cit.*, pp. 20–22.

⁶ “La reconnaissance: notions et méthodes”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance...*, *op. cit.*, pp. 27–33.

⁷ “Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?”, en S. Leible (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Kluwer, 2016; disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2676015>, pp. 7–9.

difícil percibir la “cristalización” o consolidación de la situación en un determinado ordenamiento foráneo⁸. Por ello, creo que es aconsejable tratar ambas situaciones separadamente⁹. En cualquier caso, en este trabajo no nos ocuparemos de este segundo tipo de situaciones —aquellas creadas puramente *ex lege*— y por tanto nos limitaremos a analizar aquellos supuestos en los que interviene una autoridad pública en la creación, formalización o constatación del acto. El estudio se centrará, por tanto, en la problemática del reconocimiento de los actos públicos y, más que en los aspectos relativos a los aspectos formales del documento público en tanto que *instrumentum*, en los relativos al reconocimiento o efectos del acto o situación reflejados en el documento. En definitiva, el problema que pretendemos abordar es el de la eficacia del acto, hecho o situación jurídica contenidos en el documento, para determinar en qué condiciones podrán ser asumidos o aceptados en otros Estados.

⁸ A este respecto, C. Pamboukis insiste en la diferencia entre ambos tipos de situaciones: a su juicio, la intervención de una autoridad pública extranjera “objetiviza” la existencia de la relación jurídica, cosa que no ocurriría en ausencia de tal intervención. En el caso de las situaciones “enraizadas” en un determinado sistema jurídico, pero que a pesar de ello no hubieran dado lugar a un acto o intervención de la autoridad, no les sería aplicable el método de reconocimiento. Se trataría de relaciones jurídicas puramente privadas que, aunque estuvieran vinculadas o enraizadas en un determinado ordenamiento, no habrían “cristalizado” en el seno del mismo, al hallarse huérfanas de intervención formal de la autoridad. A su juicio, a tales situaciones no les sería aplicable el método del reconocimiento, sino el método o procedimiento que dicho autor denomina de “relevancia”, que en esencia significaría tener en cuenta el vínculo fáctico de la situación con un determinado Estado, vínculo que se habría desarrollado con el devenir de la propia relación jurídica. Ahora bien, en su opinión, este procedimiento de “relevancia”, consistente en tener en cuenta los vínculos de hecho entre la situación y un determinado ordenamiento, no sería una manifestación del método del reconocimiento, sino una variante del método conflictual (“Les actes publics et la méthode de la reconnaissance”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance...*, *op. cit.*, pp. 136–143). En cambio, P. Lagarde no excluye que en este tipo de situaciones pueda aplicarse también el método del reconocimiento, basado, no en la existencia de un acto de la autoridad, sino en otros elementos, como por ejemplo una posesión de estado. Es decir, en ausencia de acto de la autoridad pública, el reconocimiento no sería evidente, sino que debiera justificarse, bien por una aplicación directa de los derechos fundamentales, como el derecho a contraer matrimonio, bien por la validez de la situación a los ojos de un sistema jurídico distinto de aquél en el que la situación hubiera nacido. Por consiguiente, a su juicio, el método del reconocimiento ofrecería “modalidades diferentes” según el tipo de situación considerada (“La méthode...”, *loc. cit.*, pp. 39–40).

⁹ Por ejemplo, tratándose de la determinación de la filiación mediante gestación por sustitución, señala A. Quiñones Escámez que cabe distinguir entre aquellos supuestos en que existe una decisión de la autoridad pública relativa a la filiación y aquellos en que todavía no existe. En el primer supuesto cabría aplicar el método del reconocimiento; en el segundo, en cambio, la autoridad competente para determinar la filiación debiera emplear el método conflictual; por tanto, ambos métodos no estarían necesariamente enfrentados, sino que cada uno tendría su propio espacio de aplicación (“El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley (Método de reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)”, *InDret*. 2/2017, *El orden público interno, europeo e internacional civil*, número especial en homenaje a la Profesora Núria Bouza Vidal con motivo de su jubilación, pp. 205–210).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la noción de “acto” de una autoridad extranjera puede entenderse en un sentido muy amplio, y que bajo esta denominación cabría incluir muy distintos tipos de actos: desde las sentencias y resoluciones judiciales dictadas en procedimientos contenciosos, pasando por las resoluciones de jurisdicción voluntaria, los actos públicos dictados por autoridades distintas de la judicial o las certificaciones de los registros públicos¹⁰. Se hace necesario, por tanto, distinguir entre los distintos tipos de actos públicos, para poder apreciar cabalmente si el método del reconocimiento es apropiado o no para cada uno de ellos.

Pues bien, el paradigma de los actos susceptibles de reconocimiento sería el de las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos contenciosos, en cuanto constituyen el núcleo esencial y tradicional de dicho sector. Ahora bien, no nos ocuparemos de este tipo de actos en este trabajo, por la sencilla razón de que no cabe ninguna duda sobre la idoneidad de aplicar técnicas de reconocimiento de decisiones para dar efecto a las resoluciones judiciales extranjeras dictadas a raíz de procedimientos contenciosos, cuestión que ha recibido un tratamiento legal y doctrinal específico ya desde antiguo, y por ello no es necesario insistir aquí en este aspecto¹¹.

Además, tal y como se ha señalado acertadamente¹², existen importantes diferencias entre los actos jurisdiccionales dictados a raíz de un procedimiento entre partes enfrentadas y el resto de actos públicos. Las resoluciones jurisdiccionales contenciosas se dictan como resultado de procedimientos específicos que deben respetar determinadas garantías procesales, y sobre todo presuponen un contexto basado en puntos de vista contradictorios de las partes intervinientes, que el juez debe resolver; en definitiva, se caracterizan por la existencia de un conflicto de pretensiones. En cambio, tratándose de otro tipo de actos públicos, no se daría tal conflicto, y por tanto la intervención de la autoridad no tendría un carácter dirimente, sino que se encaminaría a formalizar la voluntad o el común acuerdo de

¹⁰ Sobre el concepto amplio de actos públicos u oficiales, entre otros, R. Baratta, “La reconnaissance internationale...”, *loc. cit.*, pp. 267–268; C. Pamboukis, *loc. cit.*, pp. 138–139.

¹¹ Ello no significa, sin embargo, que en el sector tradicional del reconocimiento de las resoluciones judiciales no se hayan producido desarrollos recientes que hayan dado lugar a trascendentes cambios legales. Sería el caso, en la Unión Europea, de las iniciativas encaminadas a suprimir los procedimientos de *exequatur* como condición necesaria para la ejecución forzosa de una resolución dictada en otro Estado miembro; al respecto, entre otros, M. Guzmán Zapater, *Sociedad internacional y Derecho internacional privado*, Madrid, Colex, 2006, pp. 260–264.

¹² G.P. Romano, “Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance...*, *op. cit.*, pp. 206–207.

los interesados. Por ello, no cabe transplantar sin más el régimen del reconocimiento de resoluciones contenciosas al terreno de los demás actos públicos¹³, únicos de los que nos ocuparemos en este trabajo. Teniendo en cuenta lo anterior, y la significativa novedad que ha supuesto la aprobación de la 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV)¹⁴, resulta oportuno distinguir los actos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de dicha Ley del resto¹⁵. Ello permitirá determinar hasta qué punto la legislación vigente da o no cabida al método del reconocimiento para asumir los supuestos en que una autoridad extranjera haya intervenido, de uno u otro modo, en la formalización de una situación con trascendencia jurídica.

En primer lugar, analizaré el reconocimiento de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria (II); en segundo lugar, el reconocimiento de otros actos públicos extranjeros, incluyendo las certificaciones registrales, desde la perspectiva del Derecho español de fuente interna (III); acto seguido, abordaré la importante incidencia del ordenamiento de la Unión Europea en el reconocimiento de los actos públicos (IV). También analizaré las obligaciones que derivan del necesario respeto de los derechos fundamentales, tal como han sido concretados en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (V), las condiciones del método de reconocimiento, y los efectos de dicho reconocimiento (VI). Concluiré con unas breves consideraciones finales (VII).

II. El reconocimiento de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria

La jurisdicción voluntaria englobaría muy distintos tipos de expedientes, caracterizándose así por una acusada heterogeneidad. El hecho de que tales expedientes se encomienden a la autoridad judicial –sin perjuicio de que también puedan ser competentes otras autoridades, al menos en algunos casos –, acercaría el régimen del reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria al de las resoluciones contenciosas. Así, por ejemplo, tradicionalmente los Reglamentos de la UE no han distinguido en función de la naturaleza contenciosa o voluntaria

¹³ En este sentido, G.P. Romano. Para este autor, lo verdaderamente decisivo para la aplicación del régimen tradicional de reconocimiento de resoluciones judiciales sería, más que el carácter judicial o no de la autoridad, el hecho de que esté llamada a resolver un conflicto de pretensiones entre partes enfrentadas (*loc. cit.*, p. 207).

¹⁴ BOE 3.7.2015.

¹⁵ En mi opinión, tras la adopción de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, esta sencilla clasificación binaria sería la que mejor encajaría en el sistema español: para los actos que entraran en el ámbito de aplicación de dicha Ley, habría que estar a lo que ella dispone; para el resto, sería preciso encontrar otros criterios (al respecto, A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, vol. I, 2016, pp. 831–832).

de la resolución a reconocer. Ahora bien, el hecho de que en la jurisdicción voluntaria haya intervención judicial, pero no conflicto entre partes enfrentadas, y el hecho de que en ocasiones los expedientes de jurisdicción voluntaria estén en manos de autoridades no judiciales, imprimen a este sector una importante nota de especificidad.

Resulta de gran interés la evolución del tratamiento del reconocimiento de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria en el Derecho español de fuente interna, puesto que supone un claro ejemplo de cómo se ha pasado de un tratamiento “conflictual” o en términos de Derecho aplicable a un tratamiento articulado mediante técnicas de reconocimiento de resoluciones¹⁶. En efecto, y como es bien sabido, la ausencia de previsión legal expresa respecto al reconocimiento de resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria en la LEC/1881, junto con la ausencia de cosa juzgada material de tales resoluciones, fue interpretada mayoritariamente por la jurisprudencia en el sentido de que no podía acudir al procedimiento de *exequatur* entonces previsto en los arts. 951 ss de la citada Ley para obtener el reconocimiento de sus efectos en España. Su reconocimiento en España no era, pues, un reconocimiento “procesal”, sino que se articulaba como un reconocimiento “conflictual”, en el sentido de que la eficacia constitutiva de la resolución extranjera de jurisdicción voluntaria se supeditaba, además de a las exigencias habituales en cuanto a la autenticidad del documento público en el que se plasmaba la resolución (legalización o apostilla, traducción), a la eficacia de la resolución según el ordenamiento declarado aplicable por la norma de conflicto española.

Esta reconducción al terreno de la ley aplicable se basaba en la consideración de la intervención de la autoridad extranjera, no tanto como una actividad jurisdiccional, sino como una condición más a evaluar en el marco de la norma material aplicable al caso. Entonces, en la medida en que la ley aplicada en el país de origen de la resolución fuera distinta a la designada por las normas de conflicto españolas, y que su contenido regulador fuera también distinto, este planteamiento podía suponer un obstáculo para el reconocimiento de tales resoluciones¹⁷. Por ello, la doctrina habría revisado este planteamiento tradicional, abogando por un

¹⁶ Cabe decir, sin embargo, que el tratamiento procesal, en términos de validez extraterritorial de decisiones, ya había penetrado en nuestro ordenamientos por medio de los Reglamentos europeos y de lo dispuesto en algunos convenios bilaterales (al respecto, A. –L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 823–824).

¹⁷ En este sentido, J.I. Paredes Pérez, *loc. cit.*, pp. 594–596. Ahora bien, aun siendo ello cierto, también lo es que el reconocimiento conflictual entonces prevalente podía facilitar el reconocimiento de la resolución extranjera de jurisdicción voluntaria, por lo que se refería a las formalidades de procedimiento, puesto que de hecho quedaba dispensada de la necesidad de obtener el *exequatur*.

reconocimiento verdaderamente procesal de las resoluciones constitutivas extranjeras de jurisdicción voluntaria¹⁸, planteamiento que habría quedado plenamente consolidado con la adopción de las nuevas Leyes 29/2015, de 30 de julio¹⁹, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC), y 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV), anteriormente citada²⁰.

La primera de ellas establece con toda claridad que serán susceptibles de reconocimiento y ejecución en España, de conformidad con las disposiciones del Título V de la Ley, las “*resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria*” (art. 41.2)²¹. Además, dicho reconocimiento opera de pleno derecho, en la medida en que se cumplan las condiciones para el mismo, sin que sea necesario acudir a un procedimiento de *exequatur* (art. 44.1), procedimiento que a partir de la LCJIMC sólo es exigible cuando quiera dotarse a la resolución extranjera de eficacia ejecutiva en España (art. 50.1), aunque sin perjuicio de la posibilidad –voluntaria– de acudir al procedimiento de *exequatur* para obtener una resolución que declare a título principal la procedencia del reconocimiento o, en sentido inverso, su improcedencia (art. 42).

Ahora bien, junto a las disposiciones anteriores, también hay que tener en cuenta las de la nueva LJV que, en tanto que normas especiales, gozarán de aplicación preferente (art. 2 y DA 1ª de la LCJIMC)²². Para empezar, y como bien señala P.A. De Miguel Asensio, solamente puede hablarse de reconocimiento de resoluciones en sentido estricto cuando se trate de resoluciones extranjeras en materias que, desde la perspectiva española, sean de jurisdicción voluntaria, y siempre que tengan una eficacia constitutiva, dando lugar a la creación, modificación

¹⁸ J.I. Paredes Pérez, *loc. cit.*, pp. 600–603; merece destacarse aquí la valiosa aportación en este sentido que supuso la obra de P.A. De Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997.

¹⁹ BOE 31.7.2015.

²⁰ Bien es cierto que el sistema de reconocimiento “procesal” de las resoluciones extranjeras definitivas de jurisdicción voluntaria ya había sido anticipado por la Ley del Registro Civil de 2011 (a este respecto, I. Heredia Cervantes, “La Ley del Registro Civil de 2011 y la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras”, en M. Font i Mas, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 314–316), aun cuando esta anticipación hasta ahora ha sido más virtual que real, puesto que, como es sabido, la entrada en vigor de la nueva Ley del Registro Civil ha sido objeto de sucesivos aplazamientos (excepción hecha de algunas de sus disposiciones, el último de ellos hasta el 30 junio 2018, en virtud de la nueva redacción de la disposición final décima, introducida mediante la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la LJV), por lo que es evidente que no ha conseguido aplicarse antes que las citadas leyes de verano de 2015.

²¹ *Vid.* el comentario a los arts. 41 y 43 de la Ley 29/2015 de J. L. Iglesias Buhigues en F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 470 y 495–497.

²² Sobre la coordinación entre la regulación general y subsidiaria de la LCJIMC y la prevista en las leyes especiales, y singularmente la LJV, P.A. De Miguel Asensio, “Coordinación de la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *REDI*, 68–1, enero/junio de 2016, pp. 99–108.

o extinción de una situación jurídica. En cambio, no serían susceptibles de reconocimiento en sentido propio aquellos actos o expedientes de jurisdicción voluntaria cuya finalidad fuera meramente documentadora o de constatación²³.

El régimen de reconocimiento de resoluciones extranjeras específicamente previsto en la LJV se encuentra en sus arts. 11 y 12, que no se caracterizan por la precisión terminológica. Sin que sea necesario analizar ahora detenidamente los detalles y dificultades de dicha regulación²⁴, baste señalar que los arts. 11 y 12 configuran un régimen de reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria²⁵ —que incluye la posibilidad de su inscripción registral— de carácter claramente procesal. Se establecen las condiciones para el reconocimiento (art. 12.3º), se prevé, al igual que en la LCJIMC, un reconocimiento de carácter automático, aunque sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones —que el juez podrá apreciar incidentalmente, o bien podrán comprobarse por el encargado del registro—, y también se mantiene la posibilidad de solicitarlo a título principal mediante el procedimiento de *exequatur* regulado en la LCJIMC²⁶ (arts. 11.1º y 12.2º LJV). Para poder ser reconocidas, las resoluciones deben ser “definitivas” (art. 11.1º), aunque en otros preceptos la LJV alude también a la noción de firmeza. Ante la ausencia de cosa juzgada material propia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, el carácter definitivo o firme debiera entenderse en el sentido de que ya no cupiera recurso contra la resolución en el marco del procedimiento en el que hubiera sido adoptada, aun cuando fuera posible revocar o modificar la resolución en un posterior procedimiento contencioso, como en el plano interno español prevé el art. 19.4º LJV²⁷. Además, debe tenerse en cuenta que el régimen de reconocimiento

²³ P. A. De Miguel Asensio, “Ley de jurisdicción voluntaria y Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 175–176.

²⁴ Al respecto, ampliamente, P. A. De Miguel Asensio, “Ley de jurisdicción voluntaria...”, *loc. cit.* pp. 175–192.

²⁵ Otra posible interpretación, que plantean J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, aunque con dudas por la deficiente redacción de la LJV, sería que el art. 11 se aplicaría al reconocimiento de las resoluciones de jurisdicción voluntaria que tuvieran carácter constitutivo o decisorio, mientras que el art. 12 se referiría a los actos de jurisdicción voluntaria en los que la autoridad desarrollara una mera función receptora de declaraciones de voluntad privada. La regulación del reconocimiento de las resoluciones de carácter constitutivo o decisorio a las que se referiría el art. 11 se complementaría, entonces, con la regulación general del reconocimiento de resoluciones contenida en la LCJIMC (*Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Navarra, Civitas / Thomson Reuters, 2016, pp. 222–226).

²⁶ Como ya se ha señalado anteriormente, la solicitud de *exequatur* resultará obligada cuando quiera dotarse a la resolución de fuerza ejecutiva en España, a no ser que resultara de aplicación al caso alguno de los Reglamentos de la UE que prevén la dispensa de *exequatur*.

²⁷ En este sentido, P. A. De Miguel Asensio, “Ley de jurisdicción voluntaria...”, *loc. cit.* pp. 182–183; análogamente, J. L. Iglesias Buhigues entiende que en este contexto las alusiones al carácter definitivo y a la firmeza deben considerarse equivalentes, y destaca en apoyo de esta interpretación lo dispuesto por el art. 59 de la LCJIMC cuando, en el contexto de la inscripción registral, se refiere a “las resoluciones

previsto no se aplicará únicamente a las resoluciones judiciales en sentido estricto, sino también a las emanadas de autoridades extranjeras de carácter no judicial, siempre que tales resoluciones recaigan en materias de jurisdicción voluntaria que, según la LJV, correspondan al conocimiento de los jueces (art. 11.3º)²⁸.

En definitiva, puede observarse como, afortunadamente, la reciente LJV destierra de nuestro ordenamiento jurídico el acercamiento tradicional a la cuestión de la eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, que, de acuerdo con un planteamiento “conflictual”, se hacía depender de su conformidad con la ley que resultara aplicable según las normas de conflicto españolas²⁹. En lo que concierne a las “resoluciones” en sentido propio –las que despliegan eficacia constitutiva– las nuevas leyes de 2015 introducen un sistema de reconocimiento procesal, del que cabe destacar que, entre las condiciones previstas para el reconocimiento, no figura la del control de la ley que hubiera aplicado el juez extranjero autor de la resolución. Es más, el control de la ley aplicada queda excluido de modo expreso y muy claro tanto en la regulación general de la LCJIMC –cuyo art. 48 prohíbe la revisión de fondo, y, en particular, aclara que “no podrá denegarse el reconocimiento por el hecho de que el órgano judicial extranjero haya aplicado un ordenamiento distinto al que habría correspondido según las reglas del Derecho internacional privado español³⁰”– como en la propia LJV, cuyo art. 12.3º no prevé el control de la ley aplicada como motivo que permita denegar el reconocimiento. Obviamente, lo dispuesto en la LJV debe entenderse sin perjuicio del régimen

judiciales extranjeras que no admitan recurso con arreglo a su legislación, ya se trate de resoluciones judiciales firmes o de resoluciones de jurisdicción voluntaria definitivas.” (*loc. cit.*, pp. 496–497, y nota 856).

²⁸ La norma “inversa” se halla en el ap. 2 DA 3ª LJV, que establece que el régimen que prevé para las resoluciones dictadas por autoridades no judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por órganos judiciales extranjeros en materias que, según la LJV, correspondan al conocimiento de autoridades no judiciales españolas. Puede sorprender, sin embargo, que dicho apartado segundo se refiera a las “resoluciones” extranjeras cuando la DA en la que se ubica regula la inscripción registral de los “documentos públicos extranjeros” en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Una posible explicación sería que, como señala P.A. De Miguel Asensio, la DA 3ª de la LJV se aplicaría a los expedientes de jurisdicción voluntaria que no fueran de la competencia de los órganos jurisdiccionales, actos que en cuanto a su eficacia extraterritorial sólo suelen plantear cuestiones relativas a su fuerza probatoria y a la inscripción registral de los hechos o actos que documentan. Su tratamiento debe reconducirse, entonces, a la problemática de la inscripción registral de documentos públicos extranjeros y, desde esta perspectiva, el empleo del término “resolución” en el apartado 2 de la DA 3ª sería incorrecto, debiendo entenderse que se refiere a los documentos públicos (“Ley de jurisdicción voluntaria...”, *loc. cit.*, p. 182 y 187–188).

²⁹ En este sentido, afirman A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González que una de las principales novedades metodológicas de la LJV de 2015 es que su art. 12.3 introduce un sistema de control de requisitos procesales, y prescinde del control de la ley aplicada por la autoridad extranjera (*op. cit.*, p. 827).

³⁰ Sobre esta disposición, J. J. Álvarez Rubio, en F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 560–571.

específico previsto para tipos concretos de resoluciones de jurisdicción voluntaria, como las que autorizan una adopción³¹.

III. El reconocimiento de otros actos públicos: perspectiva de la regulación de fuente interna

Fuera del ámbito de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, en el Derecho interno español la regulación de la eficacia del acto público extranjero se lleva a cabo mediatamente, a través de la regulación de la eficacia probatoria del documento público en el que se instrumenta el acto. Es decir, en el marco regulatorio de las condiciones que la legislación exige para que el documento público extranjero pueda ser considerado prueba documental pública en un procedimiento en España, o bien para que pueda acceder a alguno de los Registros públicos, y que se refieren a su autenticidad, a su carácter público, a su adopción de forma regular en su país de origen y a su equivalencia con un documento público español³², se incluye también una condición relativa a la eficacia del acto o negocio incorporado en el documento, que se refiere a su conformidad con el Derecho aplicable³³. En las líneas que siguen nos ocuparemos únicamente de este aspecto relativo al control de validez del acto o *negotium* reflejado en el documento. A este respecto, la redacción de nuestras normas de fuente interna no es homogénea,

³¹ Entre los diversos convenios internacionales de aplicación en la materia, destacaría el Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional; y en el plano interno la Ley 54/2007, de adopción internacional, que contiene una detallada regulación de los efectos en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras; dicha Ley ha sido objeto de importantes modificaciones mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29.7.2015).

³² Sobre estas condiciones, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 231–232, y el detallado estudio de M. Font i Mas, “La autenticidad formal de los documentos públicos en España como obstáculo a las relaciones internacionales y la propuesta de Reglamento sobre la simplificación de la aceptación de documentos públicos en la UE”, en M. Font i Mas (dir.), *El documento público...*, *op. cit.*, pp. 47–70. Aunque no nos ocuparemos aquí de esta cuestión, la valoración de la equivalencia del documento extranjero con un documento público español, y la posibilidad de interpretaciones flexibles en la práctica, es una cuestión controvertida, como demostrarían las recientes Resoluciones de la DGRN de 14 septiembre 2016, en la que se deniega la equivalencia de unos poderes otorgados ante un Notario del Reino Unido (véanse los comentarios críticos a dicha Resolución de los Notarios R. Tena Arregui, “A propósito de la Resolución de la DGRN de 14 septiembre 2016” y L. Bustillo Tejedor “Haga usted la ley, que yo haré las resoluciones”, en *El Notario del siglo XXI*, n° 71, enero–febrero de 2017, pp. 146–149 y 150–154 respectivamente), y de 17 abril 2017. Esta última resulta de especial interés por lo que se refiere a las condiciones en que el Notario autorizante de una escritura de compraventa de un inmueble pueda apreciar la equivalencia de un documento extranjero en el que se contenga un poder de representación con respecto al correspondiente documento público español.

³³ Sobre la distinción entre la eficacia o fuerza probatoria del documento y la del acto incorporado al mismo, a propósito de la regulación del art. 323 de la LEC, P. Jiménez Blanco, “La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros”, *AEDIPr*, t. I, 2001, p. 367.

puesto que las hay nada proclives al método del reconocimiento, al exigir explícitamente un control de conformidad del acto reflejado en el documento público con la ley aplicable según las normas de conflicto españolas (1), y otras tienen un tenor literal más flexible, que concede un cierto margen para una interpretación distinta, al menos en ciertos casos (2). El análisis de dichas normas permitirá apreciar el alcance de la presunción de validez del acto contenido en el documento público (3). Obviamente, la cuestión de la validez del acto documentado sólo se plantea en la medida en que el documento incorpore realmente un acto o declaración de voluntad; no, en cambio si se limita a constatar hechos, como por ejemplo sería el caso de un acta de notoriedad, o de una certificación de nacimiento o defunción³⁴.

1. Exigencia expresa de compatibilidad con la ley designada por la norma de conflicto española

Como ya se ha visto, la característica esencial del método de reconocimiento es que, ante un acto emanado de una autoridad extranjera, se prescinde del control de conformidad con la ley aplicable según las normas del Estado donde se pretenda su reconocimiento. Pues bien, recientes textos de nuestro ordenamiento jurídico se han decantado claramente por exigir dicho control, cerrando así la puerta al método de reconocimiento y aferrándose al planteamiento clásico de control conflictual. En primer lugar, y empezando por el más reciente de ellos, cabría citar lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria con respecto a los actos contenidos en expedientes de jurisdicción voluntaria extranjeros que no dieran lugar a una “resolución” en sentido propio. La aceptación de sus efectos se reconduce a la problemática del documento público extranjero y de las condiciones requeridas para que pueda acceder a un Registro público español, y su regulación específica se halla en la disposición adicional 3ª de la LJV. Es más, y según ha interpretado la más reciente doctrina registral³⁵, dicha disposición adicional 3ª constituiría, junto con el art. 60 LCJIMC, un texto regulador de las condiciones para la inscripción registral de los documentos públicos extranjeros de alcance general, y no únicamente limitado al ámbito de la jurisdicción voluntaria. Pues bien, cabe señalar que, de entre las condiciones que prevé el apartado primero de la citada disposición para que “el hecho o acto de que da fe” el documento pueda inscribirse en un registro público, la letra c) incluye la relativa a que el hecho o acto contenido en el documento “sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado”. Es evidente que el legislador no ha

³⁴ Al respecto, P. Jiménez Blanco, “Valor probatorio de los documentos públicos en la Unión Europea”, en M. Font i Mas (dir.), *El documento público...*, op. cit., p. 440 y 444.

³⁵ Claramente, la anteriormente citada Res. DGRN 17 abril 2017.

podido resistir la tentación de mantener el control de la ley aplicada, con el inconveniente de que, si la autoridad extranjera hubiera aplicado una ley distinta de la que correspondiera según las normas de conflicto españolas, y ambas leyes condujeran a resultados incompatibles, ello constituiría un motivo suficiente para denegar la inscripción registral, poniéndose así en riesgo la continuidad de las relación jurídica subyacente.

El otro ejemplo es el de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil³⁶, que distingue entre la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras –incluyendo las de jurisdicción voluntaria que tengan carácter definitivo– (art. 96) y la de documentos públicos, a saber, documentos públicos no judiciales (art. 97)³⁷ y certificaciones de asientos en Registros extranjeros (art. 98)³⁸. Tratándose de las resoluciones judiciales, no existe control de la ley aplicada por el juez extranjero; en cambio, tratándose de los documentos públicos y asientos registrales, se exige expresamente que el hecho o acto contenido en el documento o certificación registral extranjeros “sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado” (arts. 97.3º y 98.1º.c)³⁹. Como acertadamente se ha puesto de relieve, al supeditar el control de legalidad del acto contenido en el documento a su necesaria compatibilidad con la ley designada por las normas de conflicto españolas, la Ley del Registro Civil ha perdido una magnífica ocasión para evitar los problemas que pueden originarse cuando el *negotium* se constituye al amparo de una ley distinta de la designada por la norma de conflicto española⁴⁰.

³⁶ BOE 22.7.2015.

³⁷ A este respecto, I. Heredia Cervantes señala que el art. 96 se aplicaría únicamente a los actos de jurisdicción voluntaria que tuvieran un carácter decisorio, y que por tanto supusieran la creación, modificación o extinción de estados o situaciones jurídicas, como por ejemplo la constitución de una tutela o una declaración de ausencia o fallecimiento. En cambio, los actos que pusieran fin a un procedimiento destinado a la mera documentación, homologación o constatación de situaciones quedarían incluidos en el ámbito del art. 97, referente a la inscripción de los documentos extrajudiciales extranjeros (*loc. cit.*, p. 315).

³⁸ Ahora bien, y con toda probabilidad para hacer frente a ciertas dificultades que se habían planteado en el pasado, el art. 98.2º Ley 20/2011 establece que si la certificación extranjera constituye el mero reflejo registral de una resolución judicial previa, en tal caso el título que deberá tener acceso al Registro será dicha resolución, de acuerdo con lo previsto en el art. 96 de la Ley. Así, como señala A. Quiñones Escámez, en el controvertido caso que se inició con la Res. DGRN 18 febrero 2009, luego anulada por los Tribunales, a propósito de la inscripción en el Registro Civil de una filiación obtenida mediante gestación por sustitución en California, el título presentado por los promotores de la inscripción no fue la sentencia californiana que declaraba la filiación, sino las certificaciones registrales expedidas tras el nacimiento de los niños, y que traían causa de la anterior resolución judicial (*loc. cit.*, p. 223).

³⁹ Ante la falta de distinción en la propia Ley, cabe pensar que esta condición sería aplicable también en el caso de que el acto reflejado en el documento público extranjero tuviera un carácter decisorio; es decir, también se aplicaría a los documentos públicos extranjeros de carácter decisorio distintos de las resoluciones de jurisdicción voluntaria.

⁴⁰ En este sentido, J.I. Paredes Pérez, *loc. cit.*, p. 618.

2. La regulación general de la LEC y de la LCJIMC

Como ya se ha dicho, la regulación de la eficacia del acto público extranjero se lleva a cabo mediatamente, a través de la regulación del régimen del documento público extranjero. Desde esta perspectiva, podría predicarse del art. 323 LEC una cierta vocación de aplicación general, no únicamente limitada al ámbito del procedimiento judicial, aunque sin perjuicio de la aplicabilidad de disposiciones específicas como las de la disposición adicional 3ª LJV o la del art. 60 LCJIMC. Establece las condiciones a las que se supedita la aceptación de los documentos públicos extranjeros, para que puedan producir los efectos propios de este tipo de documentos, y no distingue en función del carácter decisorio o no del acto contenido en el documento extranjero. En lo que aquí ahora interesa, cabe señalar que el ap. 3 de la citada disposición dice que cuando los documentos en cuestión incorporen “declaraciones de voluntad”, su existencia se tendrá por probada, aunque “su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos”. Bien es cierto que esta condición establece un control de conformidad con la ley que resulte aplicable en cada caso (por tanto, un control conflictual), y que la interpretación predominante es que la ley a la que se refiere es la que designen las normas de conflicto españolas⁴¹. Ahora bien, también cabe destacar que la fórmula empleada por el art. 323.3º no exige expresamente que la ley aplicable tenga que ser la designada por las normas de conflicto españolas, lo cual confiere al precepto una cierta flexibilidad, flexibilidad que probablemente permitiría que, al menos en algunos casos, pudiera tenerse en cuenta la ley aplicada por la autoridad extranjera autora del acto⁴². Ello permitiría llevar a cabo el control de legalidad del acto de acuerdo con esta última ley, lo que sin duda facilitaría enormemente que dicho acto pudiera ser tenido por válido. Si esta interpretación se admitiera, el art. 323.3º LEC podría entenderse de dos maneras: como una norma alternativa, en el sentido de que el control de legalidad del acto pudiera hacerse según la ley designada por el sistema conflictual del foro o por el de la autoridad extranjera que lo hubiera autorizado, o bien interpretar que la posibilidad de control según el sistema conflictual de la autoridad extranjera tendría carácter subsidiario con respecto a la

⁴¹ En este sentido, entre otros autores, P. Jiménez Blanco, “La eficacia probatoria...”, *loc. cit.*, p. 367, y también “Valor probatorio...”, *loc. cit.*, pp. 447–448 y 471–472; E. Cerrato Guri, “El valor probatorio de los documentos públicos no judiciales y extranjeros en el proceso civil español”, en M. Font i Mas (dir.), *El documento público...*, *op. cit.*, pp. 489–490.

⁴² En favor de esta interpretación del art. 323.3º LEC, J.I. Paredes Pérez, *loc. cit.*, pp. 615–616. Para este autor, se trataría de un reconocimiento de carácter conflictual, al supeditarse al control de la ley aplicada por la autoridad de origen, aunque permitiría que dicho control se llevara a cabo, no según la ley designada por las normas del foro de reconocimiento, sino por la indicada en las normas de conflicto de la autoridad extranjera. A su juicio, esta interpretación podría utilizarse subsidiariamente, para el caso en que la aplicación de la ley designada por las normas de conflicto del foro condujera a invalidar el acto (pp. 607–609).

aplicación del sistema conflictual del foro de reconocimiento. En cualquier caso, está claro que, ya se interpretara en clave alternativa o subsidiaria, esta interpretación flexibilizadora facilitaría en gran medida el reconocimiento de la validez del acto contenido en el documento.

Junto a la anterior norma general, hoy hay que tener en cuenta lo dispuesto en la LCJIMC a propósito de los documentos públicos extranjeros: tras definirlos (art. 43.e) y precisar que los que sean ejecutables en su país de origen también lo serán en España (arts. 56 y 57), la Ley regula la inscripción de los documentos públicos extranjeros no judiciales en los Registros públicos (arts. 60 y 61). En esencia, el art. 60 supedita la inscripción al cumplimiento de las condiciones impuestas por la legislación específica de cada Registro⁴³ y a la equivalencia de las funciones de la autoridad extranjera autora del documento con las de la autoridad española competente en la materia⁴⁴. Probablemente la parquedad del precepto, en cuanto a los requisitos exigibles, se debe a que lleva a cabo una remisión en bloque a la normativa específica de cada uno de los Registros en cuanto al acceso a ellos de documentos públicos extranjeros. Ahora bien, no por ello debemos dejar de destacar que el art. 60 LCJIMC omite cualquier alusión al control de la ley aplicada por la autoridad extranjera.

3. Balance en cuanto a la presunción de validez del acto contenido en el documento público

A pesar de que, como acaba de observarse, el tenor literal de determinadas normas de nuestro ordenamiento permitiría interpretaciones más flexibles, una lectura de conjunto de las diversas normas en la materia, que por lo demás encontraría un sólido respaldo en la norma general del art. 12.6º Cc —que establece la aplicación de oficio de las normas de conflicto del Derecho español por los jueces y autoridades españolas— induce a concluir que, con carácter general, la validez del acto o negocio documentado por autoridad extranjera debe hacerse de acuerdo con la ley designada según las normas de conflicto del Derecho español⁴⁵ (aunque, por supuesto, sin perjuicio de las excepciones que pudieran establecer las leyes especiales, los convenios internacionales o las disposiciones de la Unión Europea).

Por consiguiente, cabría llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere a la validez de los actos contenidos en los documentos públicos extranjeros —y excepción hecha del supuesto de las resoluciones en materia de jurisdicción voluntaria— nuestras normas de Derecho común no recogen el método de reconocimiento, cuya

⁴³ Al respecto, *Vid.* el comentario al art. 60 de N. Noguerols Peiró, en F. P. Méndez González y G. Palao Moreno, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 765–773.

⁴⁴ Recuérdese que sobre este último aspecto es de gran interés la ya citada Res. DGRN 17 abril 2017.

⁴⁵ *Vid.*, *v.gr.*, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 232.

característica principal es, como se ha explicado, prescindir del control de conformidad con la ley aplicable según las normas de conflicto del foro de reconocimiento.

Sin embargo, cabe hacer alguna precisión: siempre que el documento público o certificación registral extranjera cumpla los requisitos exigibles en cuanto a su fuerza probatoria en España, y en especial el relativo a su equivalencia con un documento público español, podrá producir los efectos de “prueba plena” a que alude el art. 319 LEC, como si fuera un documento público español, prueba plena que se extiende a los hechos, actos o estado de cosas documentado, a la fecha y a la identidad del fedatario y demás intervinientes⁴⁶. Ello explica que el art. 323.3º establezca que cuando el documento público extranjero contenga declaraciones de voluntad “*la existencia de éstas se tendrá por probada*”, pero ello no implica la prueba de su veracidad intrínseca⁴⁷, ni tampoco la de su validez o eficacia de acuerdo con la ley aplicable. De todas maneras, cabe plantearse si el documento público puede establecer la base de un reconocimiento “sustantivo” del acto que refleja, aunque sólo fuera a título de presunción. Determinados autores han puesto de relieve la estrecha relación entre el documento o *instrumentum* y el acto documentado, puesto que el primero no tendría más sentido que el de dar fe del segundo, presumiéndose entonces la validez de éste, aunque sin perjuicio de una posible impugnación de dicho contenido (v.gr., una certificación de matrimonio permitiría presumir la validez del enlace, sin perjuicio de la posibilidad de impugnarla si hubiera una causa de nulidad)⁴⁸. Semejante postura es plenamente aceptable desde la perspectiva del método de reconocimiento, pero en el caso concreto del ordenamiento español, nos guste o no, se enfrenta al requisito legal del tan reiterado control de conformidad del acto documentado con la ley aplicable. Por ello, y desde la óptica de nuestro sistema, resulta oportuno analizar dos aspectos: el primero es si es posible minimizar o atenuar el requisito de control de validez según la ley aplicable, y el segundo es si en algún caso nuestra legislación prescinde directamente de dicho control, lo que supondría abrazar el método del reconocimiento.

En cuanto a lo primero, tal y como ha puesto de relieve P. Jiménez Blanco, cuando el documento público extranjero pretenda acreditar actos o relaciones jurídicas –y no únicamente circunstancias de hecho–, debe admitirse, siquiera incidentalmente, la prueba de la existencia del acto o relación jurídica en cuestión en el Estado cuyas autoridades hayan expedido el documento⁴⁹. Hay supuestos en que la práctica registral y jurisprudencial ha contribuido a relajar o incluso a omitir

⁴⁶ Sobre el alcance de dicha prueba, de carácter tasado, E. Cerrato Guri, *loc. cit.*, pp. 483–489.

⁴⁷ Al respecto, E. Cerrato Guri, *loc. cit.*, pp. 485–487.

⁴⁸ En este sentido, C. Pamboukis, *loc. cit.*, pp. 136–139.

⁴⁹ “Valor probatorio...”, *loc. cit.*, p. 444.

el control de validez de acuerdo con la ley designada de acuerdo con las normas de conflicto españolas, lo que permite que el documento extranjero asuma *de facto* una fuerza probatoria de carácter sustancial, en tanto que permite presumir la validez del acto a través del control de legalidad realizado por la autoridad extranjera⁵⁰. Pero, yendo más allá, cabría preguntarse si, ante el indicio o apariencia de legalidad del acto que deriva del documento público extranjero, podría sostenerse que —siempre que se cumplan, por supuesto, los requisitos relativos a su autenticidad, regularidad y equivalencia con un documento público español— la existencia del documento público provocaría una inversión de la carga de la prueba, de tal manera que sería posible contestar la validez del acto documentado por no acomodarse a la ley aplicable según las normas de conflicto españolas, pero, en ausencia de impugnación por la parte interesada o incluso de oficio por la autoridad española, se presumiría la validez del acto documentado⁵¹. Esta interpretación dejaría a salvo la posibilidad de control de la ley aplicada, pero al mismo tiempo permitiría evitar la carga de un control sistemático, control que debería reservarse para aquellos casos en que hubiera indicios suficientes que permitieran dudar de la legalidad del acto.

En cuanto a lo segundo, debe constatar que en algún caso nuestra legislación ha prescindido del control de la ley aplicada, fijándose el foco de dicho control no tanto en la “ley” sino en la actividad de la autoridad extranjera. Un ejemplo sobresaliente al respecto sería el del art. 5.3º Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por RD 1784/1996, de 19 de julio⁵². Según su tenor, podrá acreditarse la existencia y válida constitución de los empresarios inscritos, así como la vigencia del cargo y la suficiencia de las facultades de quienes los representen, mediante certificación legalizada o apostillada del funcionario del Registro u oficina similar de su Estado de origen.

Como se ha señalado acertadamente, dicho precepto dispensa al Registrador español de tener que comprobar, aplicando un Derecho extranjero, si una sociedad extranjera se ha constituido válidamente según la ley de su Estado de origen. En vez de esto, la norma confía en el control de regularidad que ya haya llevado a cabo la autoridad registral extranjera, y desde luego esta solución facilita mucho

⁵⁰ P. Jiménez Blanco pone el ejemplo de la jurisprudencia española que admite la eficacia de los poderes para pleitos otorgados por los representantes societarios ante Notarios extranjeros, o bien la aceptación de las certificaciones registrales de matrimonio extranjeras (“Valor probatorio...”, *loc. cit.*, pp. 449–450).

⁵¹ A favor de la validez del acto contenido en el documento a título de simple presunción, P. Jiménez Blanco (“Valor probatorio...”, *loc. cit.*, pp. 471–473).

⁵² BOE 31.7.1996.

el tráfico jurídico internacional⁵³. Este ejemplo permite percibir cómo, en la tesitura de hacer valer los efectos de una situación jurídica creada en el extranjero, el método de reconocimiento de actos públicos extranjeros se caracteriza por un importante cambio de enfoque: no sería tan importante centrarse en la “ley” aplicada en la creación del acto en el extranjero como la aceptación de lo actuado por la autoridad extranjera⁵⁴. Ello explicaría también que el método de reconocimiento funcione de manera particularmente eficaz en aquellos contextos en los que se han establecido mecanismos desarrollados de cooperación de autoridades⁵⁵.

Por lo demás, este planteamiento no deja de responder a un elemental criterio de sentido común: normalmente la autoridad extranjera autora del acto estará en mejor posición para evaluar si se cumplen las condiciones que establezca su propio ordenamiento que una autoridad de otro Estado, en el que posteriormente se pretenda hacer valer la situación⁵⁶.

IV. Incidencia del ordenamiento de la Unión Europea en el reconocimiento de los actos públicos

Hemos visto que, dejando de lado lo dispuesto en convenios internacionales y en alguna disposición sectorial, nuestro Derecho de fuente interna no se decanta por el método de reconocimiento, al exigir la conformidad del acto contenido en el documento público extranjero con la ley designada por las normas españolas de conflicto de leyes. Corresponde ahora examinar cuál es la incidencia a este respecto del Derecho de la Unión Europea. De hecho, no es extraño que un contexto de integración como el de la Unión tienda a ser propicio a la implantación de un método que facilita la continuidad de las situaciones jurídicas y, precisamente por ello, incentiva (o al menos no desincentiva) el ejercicio de la libertad de circulación. Examinaremos en primer lugar la incidencia del Derecho primario (1) y acto seguido el impacto de la armonización de legislaciones (2).

⁵³ En este sentido, R. Arenas García, *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, p. 434.

⁵⁴ De ahí que no pueda ser más acertado el título de la contribución de G. P. Romano, cuando se refiere a la “bilateralidad eclipsada por la autoridad” (“La bilatéralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, julio –septiembre de 2006, pp. 457–519).

⁵⁵ Un ejemplo muy destacable sería el del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, basado esencialmente en la cooperación de autoridades (al respecto, R. Baratta, “La reconnaissance internationale...”, *loc. cit.*, pp. 338–351).

⁵⁶ Por supuesto, es posible que la autoridad extranjera autora del acto no haya aplicado su propia ley material, sino una ley extranjera, en virtud de lo dispuesto en sus normas de conflicto de leyes. Sin embargo, estos casos serán relativamente excepcionales, y lo más habitual será que la autoridad aplique su propia ley. Así, v.gr., J.I. Paredes Pérez explica que, particularmente en aquellos ámbitos en los que se concede a la *lex fori* una amplia vocación de aplicación, la determinación de la autoridad extranjera conllevará implícitamente la aplicación de la *lex auctoris* (*loc. cit.*, p. 609).

1. El Derecho primario

Por ahora, la jurisprudencia del TJUE ha incidido de manera muy significativa en dos ámbitos: el del nombre de las personas físicas, y el de la creación y reconocimiento de las personas jurídicas⁵⁷. No nos adentraremos en el análisis detallado de los casos emblemáticos, que ya han sido objeto de múltiples comentarios. Baste decir que, en lo relativo al derecho al nombre, y sobre la base del derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE (art. 21 TFUE) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) establece la obligación para los Estados miembros de reconocer el nombre de un ciudadano de la UE tal como haya sido registrado en otro Estado miembro, y ello aun cuando las normas de conflicto de leyes del primer Estado miembro condujeran a la aplicación de una ley distinta, con arreglo a la cual no se permitiera el nombre otorgado en el segundo Estado miembro. El sentido de esta obligación sería que el no reconocimiento por un Estado miembro del nombre atribuido en otro Estado miembro podría conducir a situaciones en las que el ciudadano europeo ostentara nombres distintos en distintos Estados miembros, lo cual podría ser fuente de inconvenientes que desincentivarían su derecho a la libre circulación⁵⁸. En materia de sociedades, la jurisprudencia del TJUE ha establecido, sobre la base de la libertad de establecimiento, la obligación de reconocimiento de las sociedades –en el sentido del art. 54 TFUE– constituidas de acuerdo con la ley de un Estado miembro, y ello aunque dichas sociedades no tuvieran su sede real o sus principales actividades en el Estado de constitución⁵⁹.

⁵⁷ Al respecto, I. Somarakis, *loc. cit.*, pp. 672–676.

⁵⁸ Son particularmente significativas a este respecto las sentencias *García Avello*, de 2 octubre 2003 (as. C–148/02) y *Grunkin y Paul*, de 14 octubre 2008 (as. C–353/06). En esta última, el TJUE declaró incompatible con el Derecho de la UE la negativa de las autoridades alemanas a reconocer el nombre atribuido a un niño alemán en Dinamarca, país en el que había nacido y residía desde su nacimiento. Ahora bien, en un caso posterior, el TJUE ha matizado el concepto de obstáculo a la libre circulación, y de ello podría deducirse que el no reconocimiento del nombre tal como esté registrado en otro Estado miembro debe resultar en una diferencia significativa o de cierta entidad; en caso contrario, no habría obstáculo a la libre circulación. En mi opinión, este sería el sentido de la sentencia *Runevic–Vardyn*, de 12 mayo 2011 (as. C–391/09); sobre la doctrina jurisprudencial del TJUE relativa al derecho al nombre, C. Kohler, “La reconnaissance de situations juridiques dans l’Union Européenne: le cas du nom patronymique”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance...*, *op. cit.*, pp. 67–72.

⁵⁹ Para una visión de conjunto de la evolución jurisprudencial en cuanto al reconocimiento de sociedades en la UE, *vid.* M. Gelter (c), “Centros, the Freedom of Establishment for Companies, and the Court’s Accidental Vision for Corporate Law, *Law Working Paper N° 287/2015*, Fordham University and European Corporate Governance Institute, febrero de 2015 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=2564765>); M. Gardeñes Santiago, “Observaciones acerca del establecimiento transfronterizo de sociedades en la Unión Europea”, en C. Górriz López y R. Arenas García (coord.), *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*. Barcelona, Atelier, 2017, pp. 45–71.

Obsérvese que las sentencias relativas a los nombres de familia y las relativas a las sociedades tienen en común el hecho de “desactivar” las normas de conflicto de leyes del Estado de reconocimiento, evitando así que la disparidad entre estas y las del Estado de creación de la situación jurídica se convierta en un motivo para restringir la libre circulación⁶⁰. No es extraño que estos asuntos hayan recaído en ámbitos del estatuto personal en los que se trata de situaciones creadas al amparo del ordenamiento de un Estado miembro por un período de tiempo ilimitado o con vocación de perdurabilidad. Precisamente por ello, garantizar su continuidad en el espacio mediante su reconocimiento por los demás Estados resulta primordial en un contexto de libre circulación de personas. Por ello, y aunque habrá que estar atento a la evolución de la jurisprudencia, es previsible que los mismos principios puedan aplicarse a otros aspectos del estatuto personal, como por ejemplo el reconocimiento de un vínculo de filiación. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en los casos decididos hasta ahora por la jurisprudencia siempre había un acto o inscripción registral llevados a cabo por la autoridad de otro Estado miembro. En ninguno de ellos se ha planteado, al menos por ahora, la posibilidad de aplicar el método de reconocimiento a situaciones creadas puramente *ex lege* en otro Estado miembro, sin intervención alguna de la autoridad⁶¹.

Una cuestión algo más compleja se plantea respecto de la posibilidad de aplicar el método del reconocimiento, sobre la base de las disposiciones del TFUE, cuando el acto o inscripción registral emane de una autoridad de un Estado tercero. En este caso, y sin perjuicio de las obligaciones convencionales que puedan existir con respecto a dicho Estado, aquí no entraría en juego el principio de confianza recíproca entre las autoridades de los Estados miembros, que sería uno de los fundamentos del método de reconocimiento en las situaciones intraeuropeas⁶². Ahora bien, tampoco hay que olvidar que, al menos en determinados casos, el reconocimiento de las situaciones jurídicas constatadas mediante actos públicos de autoridades de países terceros puede ser necesario para garantizar derechos de libre circulación: sería el caso, por ejemplo, de la autorización de un matrimonio de un ciudadano europeo con un nacional de un país tercero celebrado ante la autoridad

⁶⁰ Así, *v.gr.*, en el asunto *Grunkin y Paul* la norma de conflicto alemana relativa al nombre establecía la aplicación de la ley nacional, razón por la que las autoridades de dicho país entendían que el nombre del niño en cuestión, de nacionalidad alemana, debía regirse por el Derecho alemán.

⁶¹ Por ejemplo, a este respecto J. Basedow pone de relieve que la jurisprudencia del TJUE sobre reconocimiento de sociedades sometidas a la ley de un Estado miembro de la UE debe entenderse limitada a las sociedades registradas en otro Estado miembro, puesto que la inscripción registral constituiría el objeto del reconocimiento; en cambio las sociedades no registradas –como las *bürgerlich –rechtlichen Gesellschaften* en Alemania – serían contratos puramente privados (intervención en el debate posterior a las ponencias, en P. Lagarde, dir., *La reconnaissance...*, *op. cit.*, pp. 229–230).

⁶² A este respecto, A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González ponen de relieve los perfiles específicos que el método del reconocimiento adquiere en el contexto de la UE, y uno de ellos es que se fundamentaría en la confianza mutua entre Estados miembros (*op. cit.*, p. 745).

de dicho país tercero. El reconocimiento de tal matrimonio –tal como aparezca constatado en la certificación del Estado de origen– puede ser condición necesaria para el ejercicio efectivo del derecho a la libre circulación del ciudadano europeo, que incluiría el de hacerse acompañar por su cónyuge. Por ello, entiendo que, siempre que ello fuera necesario para garantizar eficazmente la libre circulación de los ciudadanos europeos y de sus familiares reagrupables, aun cuando fueran nacionales de países terceros, también debieran reconocerse los actos emanados de autoridades de dichos países⁶³.

El objeto del reconocimiento del que se trata en los supuestos recién explicados es la situación misma constatada en el acto o registro –esto es, el nombre, la creación de la sociedad–, y por tanto no se trata únicamente del reconocimiento de la fuerza probatoria del documento, sino que es un reconocimiento sustantivo, del propio acto o situación jurídica documentada, para el que se prescinde de cualquier control de acuerdo con la ley aplicable según las normas de conflicto del Estado de reconocimiento. Ahora bien, es preciso recordar que el Derecho primario, y en concreto las disposiciones del TFUE sobre las libertades de circulación, obliga también a reconocer la eficacia probatoria de los documentos públicos y certificaciones registrales emanados de otros Estados miembros. Ello deriva de una consolidada jurisprudencia del TJUE, que en un primer momento se refería a documentos de tipo administrativo, pero que luego se extendió al ámbito del Registro civil. Así, en el conocido asunto *Dafeki*, de 2 diciembre 1997⁶⁴, el TJUE estableció que las autoridades alemanas estaban obligadas a aceptar la fuerza probatoria de una certificación registral griega por la que se rectificaba la fecha de nacimiento de una ciudadana griega residente en Alemania, y que únicamente podía denegarse dicha eficacia probatoria si, en función de las circunstancias del caso concreto, existieran motivos suficientes para dudar de la regularidad o exactitud de la certificación.

Ahora bien, a este respecto, merece destacarse también la muy reciente sentencia dictada por el TJUE en el caso *Piringer*, de 9 marzo 2017⁶⁵, por cuanto supone, a mi juicio, admitir que los Estados miembros puedan reservar a determinado tipo de documentos la producción de determinados efectos, en tanto que emanen de autoridades que reúnan unas características específicas para ser considerados fedatarios públicos. En el caso concreto, se trataba de la negativa del Registro de la Propiedad austriaco a inscribir una promesa de venta de un inmueble. Dicha pro-

⁶³ En este sentido, cabe destacar el interesante trabajo de A. Panet, “La reconnaissance des situations de statut personnel constituyes au sein des États tiers”, en J. –S. Bergé, S. Francq y M. Gardeñes Santiago (ed.), *Boundaries of European Private International Law*, cit., pp. 683–686.

⁶⁴ As. C –336/94.

⁶⁵ As. C –342/15.

mesa había sido realizada en Chequia, y la firma de la promitente había sido legalizada por un abogado checo, conforme a la ley local. Se denegó la inscripción de la citada promesa en el Registro de Austria, país en el que se encontraba el inmueble, se denegó puesto que la ley austríaca exigía que las firmas que constaran en los documentos necesarios para la creación o transferencia de derechos reales sobre inmuebles debían de estar legitimadas judicial o notarialmente. El TJUE admite, efectivamente, que la legislación austríaca impedía la prestación de servicios de legitimación de firma por parte de abogados establecidos en otros Estados miembros, puesto que los documentos con tales legitimaciones no podían acceder al Registro de la Propiedad de Austria⁶⁶. Sin embargo, entiende que semejante reserva de competencia en favor de los Notarios estaba justificada por una razón de interés general, a saber, la garantía de la seguridad jurídica de las operaciones inmobiliarias y el buen funcionamiento del Registro de la Propiedad, razones que pueden reconducirse a la buena administración de justicia⁶⁷, en su vertiente preventiva. A mi juicio, es importante destacar que en este caso el TJUE reconoce expresamente que en determinados Estados miembros, los que siguen el sistema del Notariado latino, los documentos públicos están revestidos de una fuerza probatoria específica o reforzada, y que tales Estados no están obligados a admitir que desplieguen la eficacia propia de sus documentos públicos aquellos documentos de otros Estados miembros que en el país del que emanan no gocen de unos efectos equivalentes⁶⁸.

2. El impacto de la armonización de legislaciones

Aparte de las obligaciones que derivan de los Tratados, hay que tener en cuenta también las normas derivadas de la armonización de legislaciones, que pueden establecer tanto obligaciones tendentes a facilitar la eficacia probatoria de los documentos públicos, como el reconocimiento del acto documentado. En este punto es preciso destacar que, como se ha indicado acertadamente, hasta fechas bastante recientes los Reglamentos de la UE se ocupaban del efecto ejecutivo de los documentos públicos procedentes de otros Estados miembros, en el marco de la regulación general o sectorial del reconocimiento de resoluciones. No se ocupaban, en

⁶⁶ Párrafos 50 a 52.

⁶⁷ Párrafos 58 a 71.

⁶⁸ Esto es especialmente claro cuando el TJUE alude de modo expreso en el párrafo 58 a la regulación de las transacciones inmobiliarias “sobre todo en los Estados miembros en los que existe un notariado de sistema latino”, y, por lo que se refiere a la condición de equivalencia, resultan de gran interés las consideraciones del TJUE, a la vista de lo aportado por los intervinientes en el litigio, sobre la falta de equivalencia entre la legitimación de firma hecha por un abogado checo y la legitimación notarial exigida por la ley austríaca, señalando que, si la legitimación checa fuera reconocida en Austria a efectos de acceso al Registro de la Propiedad, se le estaría otorgando en Austria un valor diferente –de hecho, superior– al que tendría en Chequia (*vid.* párrafos 66 a 69).

cambio, del valor probatorio de tales documentos. Más recientemente, a partir del Libro Verde de 14 diciembre 2010 sobre la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil⁶⁹ y del Reglamento europeo de sucesiones, se observaría un cambio de tendencia⁷⁰. Lógicamente, habrá que estar a lo dispuesto en cada norma concreta para determinar el alcance de la obligación de aceptación o reconocimiento en cada caso⁷¹. Cabría distinguir diversas situaciones.

Una primera posibilidad es que los efectos y condiciones del documento público, en cuanto a su eficacia probatoria, estén directamente regulados por un texto de Derecho derivado. Este sería el caso del Certificado Sucesorio Europeo (CSE) previsto en el Reglamento europeo de sucesiones⁷², cuya finalidad esencial es la de constituir un instrumento que permita acreditar la cualidad de heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de una herencia (art. 63 del Reglamento). Como afirma P. Jiménez Blanco, el CSE incorpora un “valor probatorio propio, sin referentes estatales” que debe ser aceptado por los Estados miembros, con lo que se pretende una eficacia uniforme y evitar la divergencias de los distintos títulos probatorios nacionales⁷³. El Reglamento regula con detalle las condiciones para solicitar el CSE, su expedición, rectificación o anulación, su contenido y, sobre todo, sus efectos (art. 69⁷⁴). Aunque no se diga de manera expresa, está claro que el CSE incorpora una presunción de validez de los hechos constatados en el certificado –por ejemplo, la condición de heredero o de administrador de una herencia –, como se deduce de la previsiones que contiene el Reglamento en cuanto a la protección de terceros de buena fe que hayan efectuado pagos o entregado bienes a personas que según lo establecido en el CSE aparezcan con facultades para recibirlos, o bien que hayan recibido bienes de personas que según el CSE posean facultades de disposición de tales bienes⁷⁵.

Fuera de los casos en que la norma de Derecho derivado de la Unión regule directamente los efectos concretos del documento, dichos efectos vendrán determinados por el Derecho estatal. En este contexto, cabe la posibilidad de que la norma de Derecho derivado establezca una obligación de aceptación de la fuerza probatoria del documento público emanado de otro Estado miembro y, al menos

⁶⁹ COM (2010) 747 final, de 14 diciembre 2010.

⁷⁰ En este sentido, P. Jiménez Blanco, “Valor probatorio...”, *loc. cit.*, pp. 432–433.

⁷¹ Una visión de conjunto en E. Pataut, “La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance...*, *op. cit.*, pp. 147–166.

⁷² Reglamento 650/2012, de 4 de julio.

⁷³ Por estas razones, la citada autora habla de una fuerza probatoria “europea” (“Valor probatorio...”, *loc. cit.*, p. 443).

⁷⁴ *Vid.* también el considerando 71.

⁷⁵ En este sentido, P. Jiménez Blanco, “Valor probatorio...”, *loc. cit.*, p. 443.

indirectamente, de reconocimiento del acto o negocio en él reflejado. En este supuesto, la previsión específica de la norma de Derecho derivado prevalecerá sobre la normativa de fuente interna relativa a dichas cuestiones. A este respecto, resulta de gran interés el ejemplo del art. 59 del precitado Reglamento europeo de sucesiones. Según su apartado primero, los documentos públicos expedidos en un Estado miembro —entendiendo este concepto según la definición del art. 3.1.i)⁷⁶— tendrán en los demás Estados miembros el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen “o el efecto más parecido posible”. Se parte, por tanto, de un principio de extensión de la fuerza probatoria, que en principio deberá ser la que el documento posea en su Estado de origen, aunque ello se matice con la posibilidad de adaptación que se desprende de la alusión a los efectos más próximos que existan en el Estado de reconocimiento. La cuestión del reconocimiento de los efectos del acto o relación jurídica documentada suscitó controversia durante el procedimiento legislativo⁷⁷ y, en cuanto a la norma finalmente adoptada, hay distintas interpretaciones: algunos autores entienden que el art. 59 sólo regula la aceptación de la fuerza probatoria, pero no la validez o efectos del acto o relación jurídica recogidos en el documento⁷⁸. Otros, aunque comparten esta conclusión, también admiten que las medidas adoptadas para facilitar la circulación del documento público, junto a la armonización de las reglas de conflicto que lleva a cabo el Reglamento, podrán incidir indirectamente en el reconocimiento de la relación o acto documentados⁷⁹. Otros, finalmente, entienden que el art. 59 del Reglamento de sucesiones introduce una nueva dimensión de la eficacia de los documentos públicos al incluir una presunción de validez del acto que incorporan,

⁷⁶ Disposición comentada por P. Wautelet (trad. y adaptación al Derecho español a cargo de S. Álvarez González) en A. Bonomi y P. Wautelet, *El derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) N° 650/2012, de 4 julio 2012*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters / Aranzadi, 2015, pp. 132–137.

⁷⁷ Vid. la postura crítica ante el texto inicialmente propuesto por la Comisión de M. Kohler y M. Buschbaum, “La “reconnaissance” des actes authentiques prévus pour les successions transfrontalières”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, oct. –diciembre de 2010, pp. 643–651.

⁷⁸ En este sentido, J. Fitchen, “Public Policy in Succession Authentic Instruments: Articles 59 and 60 of the European Succession Regulation”, *InDret*, 2/2017, pp. 372–376.

⁷⁹ En este sentido, P. Wautelet (trad. y adaptación al Derecho español a cargo de M. Requejo Isidro), en A. Bonomi y P. Wautelet, *El derecho europeo de sucesiones...*, op. cit., pp. 580–582. Con mayor detalle, E. Pataut explica las razones por las que, a su juicio, disposiciones como la del art. 59 del Reglamento de sucesiones necesariamente habrán de tener una influencia en el reconocimiento de lo contenido en el documento. Tales razones serían tres: primero, el Reglamento lleva a cabo una armonización de las normas de ley aplicable; segundo, el Reglamento prevé la existencia de certificados normalizados que facilitan la comprensión del alcance del documento y, en tercer lugar, la aplicación de las disposiciones de Derecho derivado tendrá lugar en un contexto general propicio al método de reconocimiento, gracias a la interpretación del Derecho primario, y especialmente de las implicaciones de la ciudadanía europea, llevada a cabo por el TJUE. Por tanto, el acto público cumpliría su función esencial de naturaleza probatoria, y los principios de libre circulación y ciudadanía europea harían el resto, garantizando el reconocimiento del estado o situación constatados en los documentos (“La reconnaissance...”, loc. cit., pp. 163–166).

sin perjuicio de la posibilidad de su impugnación. Apoyaría esta manera de ver las cosas el hecho de que se introduzca en el precepto un límite a la aceptación del documento por razones de orden público⁸⁰. Pienso que, efectivamente, este último dato es muy significativo, y permitiría sostener la tesis de la presunción de validez del acto salvo que fuera impugnado⁸¹.

Por último, cabe destacar que recientemente el legislador de la Unión ha adoptado el nuevo Reglamento 2016/1191, de 6 julio 2016⁸², por el que se pretenden simplificar las formalidades requeridas para la presentación en un Estado miembro de los documentos públicos relativos a ciertas materias (esencialmente las del estado civil) expedidos en otro Estado miembro. El nuevo Reglamento exige a tales documentos de legalización o formalidad análoga (art. 4) y también establece medidas para simplificar las exigencias relativas a las copias certificadas (art. 5) y a las traducciones (arts. 6 a 12); también se establece un sistema de cooperación entre las autoridades de los Estados miembros al objeto de poder verificar la autenticidad del documento en caso de duda (arts. 13 a 16)⁸³. Ahora bien, el nuevo Reglamento no contempla el reconocimiento de los actos o hechos contenidos en el documento, por así disponerlo de modo expreso su art. 2.4⁸⁴. Puede observarse,

⁸⁰ En este sentido, P. Jiménez Blanco, “Valor probatorio...”, *loc. cit.*, pp. 446–447.

⁸¹ Obsérvese a este respecto que autores que sostienen que del art. 59 del Reglamento de sucesiones no deriva un reconocimiento implícito del acto, al tratar de explicar las posibilidades de aplicación de la excepción de orden público en este contexto recurren a ejemplos de orden público claramente “sustantivo” o de fondo, lo que no tendría sentido si el art. 59 sólo se ocupara de la fuerza probatoria del documento. Así, J. Fitchen señala como un posible caso de aplicación de la excepción de orden público del art. 59.1º el supuesto en que un documento público emanado del Estado “A” recogiera un pacto sucesorio, y que tal documento se pretendiera hacer valer en el Estado “B”, que prohibiera este tipo de pactos. A su juicio, también podría plantearse su aplicación cuando el causante de la sucesión hubiera llevado a cabo manobras para evitar la aplicación de las disposiciones imperativas en materia sucesoria que resultaran aplicables. Bien es cierto que este autor formula los ejemplos anteriores en términos hipotéticos y con la advertencia de que la falta de práctica en cuanto a la excepción de orden público referida a la aceptación de documentos induce a abordar el tema con cautela (*loc. cit.*, pp. 391–392). Ahora bien, y dejando de lado el mejor o peor acierto de dichos ejemplos, lo cierto es que, por lo que aquí interesa, tienen un carácter claramente sustantivo, al referirse al fondo del acto o negocio jurídico.

⁸² Vid. el análisis del nuevo Reglamento de M. Guzmán Zapater, “La libre circulación de documentos públicos en materia de estado civil en la UE: el Reglamento UE 2016/1191 del PE y del Consejo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 41, enero de 2017, pp. 161–179; sobre la propuesta de Reglamento, Vid. el análisis de la misma autora en “La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea”, en M. Font i Mas (dir.), *El documento público...*, *op. cit.*, pp. 114–122, y el de M. Font i Mas, “La autenticidad formal...”, *loc. cit.*, pp. 70–83.

⁸³ En definitiva, como afirma M. Guzmán Zapater, se trata únicamente de “relajar las exigencias extrínsecas del documento” (“La libre circulación de documentos públicos en materia de estado civil en la UE: el Reglamento UE 2016/1191...”, *loc. cit.*, p. 172).

⁸⁴ Su tenor literal es el siguiente: “El presente Reglamento no se aplica al reconocimiento en un Estado miembro de los efectos jurídicos relativos al contenido de los documentos públicos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro”; Vid. también el considerando 18, y en particular su última frase.

por tanto, que el alcance del nuevo Reglamento 2016/1191 es bastante más limitado que el del art. 59 del Reglamento de sucesiones —o el de los respectivos arts. 58 de los Reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y de consecuencias patrimoniales de las uniones registradas, que emulan al anterior⁸⁵—, por cuanto del Reglamento 2016/1191 no cabe deducir una presunción implícita de validez, sin perjuicio de eventuales impugnaciones, de lo contenido en el documento. Por consiguiente, la eficacia del contenido del documento quedará a expensas de la normativa que en cada caso resulte aplicable en el Estado miembro en el que se plantee la cuestión⁸⁶.

V. Incidencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el reconocimiento de los actos públicos

Junto al Derecho de la Unión, en los últimos años el método del reconocimiento ha recibido otro importante impulso, de la mano de las obligaciones derivadas del respeto de los derechos fundamentales, y en particular del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), tal como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁸⁷. Semejante doctrina judicial tiene, por lo demás, un doble valor, un valor propio, en el marco del propio Convenio Europeo de 1950, y también un valor como parte del Derecho de la Unión, en tanto que los derechos fundamentales y su interpretación por el TEDH son, en principio⁸⁸, asumidos por el Derecho de la UE, en

⁸⁵ La solución incorporada en el art. 59 del Reglamento de sucesiones ha sido retomada en el art. 58 del nuevo Reglamento 2016/1103, de 24 junio 2016, en materia de regímenes económicos matrimoniales (comentado por P. Quinzá Redondo, “La unificación —fragmentada— del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 41, enero de 2017, p. 219) y también en el art. 58 del Reglamento 2016/114, de la misma fecha, relativo a los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

⁸⁶ En este sentido, M. Guzmán Zapater, “La libre circulación de documentos públicos en materia de estado civil en la UE: el Reglamento UE 2016/1191...”, *loc. cit.*, pp. 171–172.

⁸⁷ Al respecto, entre otros, pueden verse los trabajos de N. Bouza Vidal, “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, en J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 302–306; P. Kinsch, “L’apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance...*, *op. cit.*, pp. 43–55 y R. Baratta, “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia” (traducción de A. Gandía Sellens), *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 103–126.

⁸⁸ Digo “en principio” porque, a pesar de la intención de principio del TJUE de asumir como propia la doctrina del TEDH, no faltan casos en que la jurisprudencia de las dos altas jurisdicciones no ha ido en la misma dirección. Un ejemplo de ello sería, a mi juicio, el de los límites al ejercicio de medidas de conflicto colectivo laboral: como es bien sabido, en los asuntos *Viking*, de 11 diciembre 2007 (as. C–438/05) y *Laval*, de 18 diciembre 2007 (as. C–341/05), el TJUE afirmó que los derechos de establecimiento y prestación de servicios reconocidos en el TFUE pueden constituir límites al ejercicio de medidas de conflicto colectivo, con la consecuencia de que tales medidas no pueden constituir restricciones injustificadas o desproporcionadas a tales libertades económicas; pues bien, la jurisprudencia del TEDH en materia de

tanto que principios generales del Derecho⁸⁹, y tal asunción encuentra hoy un reflejo expreso en el art. 6.3º TUE.

A mi juicio, la sentencia *Wagner c. Luxemburgo*, dictada por el TEDH el 28 junio 2007⁹⁰, constituye una decisión de principio, paradigmática en cuanto a la potencialidad del método de reconocimiento para asegurar una protección efectiva del derecho a la vida privada y familiar en un contexto transnacional. En apretada síntesis, se trataba del caso de una mujer luxemburguesa que había adoptado a una niña en Perú. Las autoridades de su país denegaron el executat de la sentencia peruana de adopción, basándose en que, según la norma de conflicto de leyes de Luxemburgo, la capacidad para adoptar se regía por la ley nacional del adoptante, *in casu* la ley luxemburguesa, y dicha ley establecía que las personas solteras, como la Sra. Wagner, no tenían acceso a la adopción plena. En definitiva, sobre la base de un control de la ley aplicada por el juez peruano que autorizó la adopción, denegaron su reconocimiento. Bien es cierto que en su sentencia el TEDH tiene en cuenta las particulares circunstancias del caso –el hecho de que había existido en Luxemburgo una práctica administrativa, bien que *contra legem*, por la que se habían reconocido en casos anteriores sentencias peruanas de adopción, que sobre la base de dicha práctica la adoptante había actuado de buena fe y tenía fundadas expectativas de que la adopción fuera reconocida, que existía una realidad familiar merecedora de protección–, y por tanto no puede afirmarse que el TEDH haya pretendido favorecer un determinado método de Derecho internacional privado –el del reconocimiento– frente a otro –el conflictual–, cometido que por otra parte no sería el suyo⁹¹. Ahora bien, aun siendo esto cierto, también lo es que en el caso concreto el TEDH entiende que el control de la ley aplicada, como condición para reconocer una resolución extranjera de adopción no estaba realmente justificado en función de los intereses y circunstancias en presencia o, dicho de otro modo, el hecho de que el juez peruano no hubiera aplicado la misma ley que hubiera aplicado un juez luxemburgués si la adopción se hubiera solicitado en

derecho de huelga –que fundamenta en el derecho de asociación sindical – se basaría en postulados completamente opuestos: serían las medidas que restringieran el derecho de huelga, en tanto que derecho fundamental, las que necesitarían una justificación suficiente y proporcionada, y no al revés (*Vid.*, en este sentido, las sentencias *Demir y Baykara c. Turquía*, de 12 noviembre 2008 (as. 34503/97) y *Enerji Yapiyol Sen c. Turquía*, de 21 abril 2009 (as. 68959/01).

⁸⁹ Al respecto, *vid.* M. Pi Llorens, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*, Barcelona, Ariel, 1999.

⁹⁰ Asunto nº 76240/01.

⁹¹ Como afirma P. Kinsch, no es ambición del TEDH convertirse en una jurisdicción especializada en materia de conflictos de leyes. Su cometido sería, según su constante jurisprudencia, pronunciarse, no sobre la compatibilidad en abstracto de las leyes de los Estados del Consejo de Europa con el CEDH, sino sobre la compatibilidad con él de las medidas aplicadas en casos concretos. Por consiguiente, su misión no sería sustituir las reglas de Derecho internacional privado de los Estados, sino pronunciarse sobre el resultado de su aplicación en un caso concreto (*loc. cit.*, pp. 43 –44).

Luxemburgo, no constituye por sí sola una razón que permita denegar el reconocimiento de la adopción. Es decir, para que la denegación estuviera justificada, haría falta algo más, razones de auténtico peso, relacionadas con la apreciación de si en el caso concreto la adopción era conforme o no con el interés superior de la menor. En mi opinión, ello supone desarmar por completo las bases de la doctrina del reconocimiento “conflictual”, dejando al descubierto su carácter abstracto y apriorístico, que, precisamente por ello, puede conducir a efectos indeseables en casos concretos. Desde este punto de vista, la aportación de la sentencia *Wagner* desde luego no es menor, y debe ser bienvenida. Además, la jurisprudencia *Wagner* ha encontrado eco en decisiones posteriores. En materia de adopción, es también de gran interés el asunto *Négrépontis –Giannissis c. Grecia*, de 3 mayo 2011⁹². En este caso, y en el contexto de un pleito sucesorio, se trataba de la negativa de las autoridades griegas a reconocer una adopción constituida en los Estados Unidos de América, mediante la que un nacional griego, Obispo de la Iglesia Ortodoxa en Detroit, había adoptado a su sobrino, con el fundamento de que tal adopción sería contraria al orden público griego. Como en la sentencia *Wagner*, el TEDH entiende que denegar la relación de filiación legalmente obtenida en los Estados Unidos suponía una injerencia en el derecho a la vida familiar de los interesados, y que tal injerencia no estaría justificada en el caso concreto.

También son muy conocidos los casos relativos a la filiación derivada de gestación por sustitución. Las conocidas sentencias *Mennesson c. Francia*⁹³ y *Labasse c. Francia*⁹⁴, ambas de 26 junio 2014, terciaron en un debate sobre el que hacía poco se habían pronunciado las jurisdicciones supremas de distintos Estados europeos⁹⁵. Como es bien sabido, el TEDH estableció que el no reconocimiento en Francia de la filiación concedida en sendas sentencias dictadas en los Estados Unidos de América, y que habían atribuido la paternidad a los comitentes, era contraria al art. 8 CEDH. Sin embargo, las decisiones del TEDH en estos casos fueron muy cautelosas. Para empezar, el Tribunal de Estrasburgo se cuidó de indicar que, tratándose de esta práctica reproductiva, que se enfrenta a serias dificultades en el plano ético, los Estados conservan un amplio margen de apreciación. En segundo lugar, y no es una cuestión irrelevante, en los asuntos *Mennesson* y *Labasse* el TEDH no reconoce que a los comitentes se les hubiera vulnerado derecho alguno. Únicamente admite que se habían vulnerado los derechos de los niños, y no su derecho a la vida familiar, sino únicamente su derecho a la vida privada, en tanto

⁹² Asunto 56759/08.

⁹³ Asunto 65192/11.

⁹⁴ Asunto 65941/11.

⁹⁵ Al respecto, S. Álvarez González, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret*, 2/2017, pp. 170–175.

que el no reconocimiento del vínculo de filiación con su progenitor biológico perjudicaba de manera injustificada el derecho de los niños a establecer su identidad⁹⁶ (a este respecto, resultó decisivo que en ambos casos uno de los progenitores intencionales era al mismo tiempo el padre biológico, puesto que había aportado su material genético)⁹⁷. Esta postura cautelosa del TEDH permitía deducir que el no reconocimiento de filiaciones obtenidas en el extranjero mediante gestación por sustitución no sería siempre contraria al art. 8 del CEDH, sino que solamente lo sería en determinadas circunstancias, como las que derivaban de la legislación francesa⁹⁸.

Si las circunstancias fueran otras, el sentido de la decisión podría ser distinto, y ello habría quedado plenamente confirmado por una nueva sentencia, en este caso de la Gran Sala del TEDH, dictada en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, de 24 enero 2017⁹⁹. En este caso, y como consecuencia del no reconocimiento en Italia de una filiación obtenida en Rusia mediante gestación por sustitución –país en el que los comitentes fueron registrados como progenitores del menor–, las autoridades italianas se hicieron cargo del menor, de nueve meses de edad, en espera de que pudiera ser adoptado por una familia que conviniera a sus intereses. En una primera sentencia, la Segunda Sección del TEDH reconoció la existencia de una familia *de facto* y el hecho de que, al declarar al menor en situación de desamparo tras haber vivido ocho meses con los recurrentes, las autoridades italianas no habrían ponderado adecuadamente su interés superior¹⁰⁰, por lo que se habría producido una vulneración del art. 8 del Convenio. Recurrida la decisión por el Gobierno italiano, la Gran Sala decidió, por once votos contra seis, que no se había producido vulneración alguna del art. 8 del Convenio. En esta nueva decisión, el TEDH tuvo en cuenta fundamentalmente que no existía vínculo biológico alguno con ninguno de los comitentes, que las técnicas de reproducción a las que habían recurrido en Rusia estaban prohibidas en Italia, que habían actuado al

⁹⁶ Como afirma R. Baratta, el TEDH entiende que, cuando la relación de parentesco está en juego, ello puede afectar a un aspecto esencial de la identidad de los individuos (“Derechos fundamentales...”, *loc. cit.*, pp. 111–112).

⁹⁷ También fue un dato decisivo el hecho de que el sistema francés se basaba en la máxima *fraus omnia corrumpit*, según la cual, no solo no podía reconocerse efecto alguno al acto cometido en fraude de la ley francesa, sino que tales efectos tampoco podían obtenerse mediante otras vías previstas en el Derecho francés, tales como el reconocimiento de la paternidad con respecto al padre biológico o la posesión de estado (en este sentido, S. Álvarez González, *loc. cit.*, pp. 177–178; A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, p. 217).

⁹⁸ Así, la doctrina *Mennesson–Labassee* ha sido reiterada por el TEDH en casos posteriores, a propósito también de la situación en Francia (al respecto, A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, pp. 213–214 y notas 18 y 19).

⁹⁹ Asunto 25358/12.

¹⁰⁰ Sentencia de 27 enero 2015.

margen de los procedimientos previstos en Italia para la adopción¹⁰¹, y que habrían llevado consigo a Italia a un menor de origen genético desconocido nacido en el extranjero. El TEDH niega que existiera una vida familiar en el caso concreto, en ausencia de vínculos biológicos con el menor, de la brevedad del tiempo de convivencia y de la situación de incertidumbre y precariedad jurídica en cuanto a los vínculos entre el menor y los recurrentes¹⁰². Admite, en cambio, que las medidas adoptadas por las autoridades italianas podían afectar a la “vida privada” de los recurrentes. Ahora bien, a su juicio, en este caso semejante injerencia en la vida privada estaría justificada y no resultaría desproporcionada, en atención a los intereses públicos en juego y a la voluntad de las autoridades italianas de poner fin a una situación ilegal cuanto antes, a fin de evitar mayores perjuicios al menor. En definitiva, admite que, en la apreciación del conjunto de circunstancias del caso, las autoridades italianas habrían tenido suficientemente en cuenta el interés del menor en el caso concreto¹⁰³.

Del análisis de los precedentes jurisprudenciales pueden deducirse diferencias entre el tratamiento de la adopción y el de la gestación por sustitución. Tratándose de las adopciones, el TEDH indica claramente que los Estados donde se pretenda su reconocimiento no pueden prescindir del estatuto jurídico válidamente creado en el extranjero y que corresponda a una “vida familiar” en el sentido del art. 8 del Convenio¹⁰⁴, y de ello se sigue un control particularmente estricto de la necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas que puedan adoptarse. El hecho de que el juez extranjero que haya autorizado la adopción no hubiera aplicado

¹⁰¹ A este respecto señala A. Quiñones Escámez que, sea cual fuere la valoración de la proporcionalidad en el caso concreto, la generalización de maniobras como la que se produjo en este caso podría provocar que los principios que presiden los procedimientos de adopción internacional tuvieran los días contados (*loc. cit.*, p. 214).

¹⁰² Párrafo 157.

¹⁰³ *Vid.*, especialmente, los párrafos 200 a 215. Tras la sentencia *Paradiso*, en España resulta de interés la sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 13 marzo 2017 (Roj: STSJ M 1247/2017), dictada a propósito de la denegación, por parte del Consulado General de España en Moscú, de la solicitud de concesión a un menor nacido en Rusia mediante gestación por sustitución de un salvoconducto para viajar a España. Como en el caso *Paradiso*, no existía filiación biológica entre los recurrentes y el menor. En estas circunstancias, entiende el TSJ de Madrid que, para que la solicitud de salvoconducto se considerara realizada en ejercicio de la patria potestad, sería preciso que existiera una resolución judicial rusa que declarara la filiación con los recurrentes, no bastando una simple certificación registral (F.J. 7 y 8). Cabe añadir, por último que, aunque someramente, en el asunto *Paradiso* el TEDH examinó si, al aplicar el Derecho italiano a la determinación de la filiación y a las relaciones entre los comitentes y el menor, en vez de haber basado sus decisiones en las certificaciones registrales rusas, las autoridades italianas habrían cumplido la condición establecida en el art. 8 de que las medidas restrictivas se adopten de acuerdo con la ley. A este respecto, señala que al haber descartado el contenido de la certificación rusa y haber aplicado a dichas cuestiones el Derecho italiano, como resultado de la aplicación de las normas de conflicto italianas, las autoridades italianas habrían actuado de manera previsible, y de acuerdo con la ley (párrafos 168–174).

¹⁰⁴ *Vid.* los párrafos 133 a 135 de la sentencia *Wagner*, y el párrafo 74 de la sentencia *Négrépontis*.

la misma ley que hubiera aplicado el juez del Estado donde se pretenda el reconocimiento no constituye, por sí solo, un motivo que cumpla con las condiciones de necesidad y proporcionalidad¹⁰⁵. En cambio, la aproximación del TEDH al reconocimiento de filiaciones obtenidas mediante maternidad subrogada en el extranjero es mucho más cautelosa. Para empezar, en la jurisprudencia *Mennesson* y en otros casos ulteriores en los que ha declarado una vulneración del art. 8 del Convenio, no reconoce que esté en juego la “vida familiar”, sino únicamente la “vida privada”, y además únicamente la de los niños cuya filiación se debate, y no la de los comitentes¹⁰⁶. Por otra parte, el margen de apreciación concedido a los Estados es muy amplio¹⁰⁷, por lo que en muchos casos no estarán obligados a reconocer las filiaciones legalmente obtenidas en el extranjero como consecuencia de esta práctica reproductiva, como bien demostraría la sentencia definitiva del caso *Paradiso*.

Cabe hacer una última puntualización con respecto al alcance del derecho fundamental a una vida familiar en la jurisprudencia del TEDH. Ciertamente, y como hemos visto en las líneas anteriores, impone el reconocimiento del *status* familiar válidamente adquirido en el extranjero, salvo que haya una razón suficientemente importante para denegar dicho reconocimiento. Ahora bien, debe observarse que la jurisprudencia de Estrasburgo puede ir más allá, imponiendo también el reconocimiento de situaciones familiares *de facto*, aun cuando no hubieran llegado a constituirse válidamente al amparo de un sistema jurídico¹⁰⁸. En este punto, cabe destacar que el TEDH partiría de un concepto amplio de familia, de carácter fáctico, en el que el elemento decisivo sería el hecho de que los interesados vivieran realmente como una familia. Ello se desprende de su análisis de la aplicabilidad al caso del art. 8 del Convenio (en su vertiente de respeto a la vida familiar), sin

¹⁰⁵ Significativamente, la última frase del párrafo 133 de la sentencia *Wagner* reprochó a las autoridades luxemburguesas que hubieran hecho prevalecer “sus reglas de conflicto” (en el marco de un control de la ley aplicada) sobre la “realidad social” y la situación concreta de las personas concernidas.

¹⁰⁶ En este sentido, señala R. Baratta que el elemento esencial de la jurisprudencia *Mennesson* en el momento de ponderar los intereses en presencia sería el reconocimiento de la filiación del niño con respecto a su padre biológico, por ser un aspecto básico de la identidad del primero; sin embargo, este mismo autor cuestiona la idea de que el vínculo biológico deba convertirse en un criterio decisivo, afirmando que lo realmente decisivo sería la evaluación pragmática del bienestar del menor en cada caso. Para ilustrarlo pone el ejemplo de una situación en la que, por puro egoísmo, personas ancianas establecieran en el extranjero una relación biológica de parentesco mediante gestación por sustitución. En tal caso, un vínculo genético podría no ser razón suficiente para cumplir con el criterio del interés superior del menor, salvo que se acompañara de un compromiso serio de cuidar del bienestar del niño durante toda su vida (“Derechos fundamentales...”, *loc. cit.*, pp. 112–113 y 121–122).

¹⁰⁷ Un factor a tener en cuenta, como apunta R. Baratta, es la presencia o ausencia de un denominador común entre las leyes de los Estados parte del CEDH. Si no existe dicho denominador común o consenso entre los ordenamientos de los Estados, el margen de apreciación reconocido a las autoridades nacionales será comparativamente mayor (“Derechos fundamentales...”, *loc. cit.*, p. 108).

¹⁰⁸ P. Lagarde alude aquí a la “aplicación directa” del derecho fundamental como justificación del reconocimiento (“La méthode...”, *loc. cit.*, p. 40).

perjuicio de un posterior análisis de fondo, especialmente en cuanto a la posible justificación de las limitaciones al derecho en cuestión. Así, por ejemplo, para determinar la aplicabilidad al caso del derecho a la vida familiar, en la sentencia *Wagner* el TEDH constató que la Sra. Wagner se comportaba en todos los sentidos como la madre de la niña adoptada en Perú desde 1996, lo que le llevó a concluir que existían “vínculos familiares” *de facto* entre ellas¹⁰⁹. Análogamente, en el asunto *Mennesson* el TEDH sostuvo la aplicabilidad al caso del art. 8 del Convenio, en su vertiente relativa a la vida familiar. Dijo a este respecto que lo que cuenta es “la realidad concreta de la relación entre los interesados”, y que en aquel caso estaba claro que los Sres. Mennesson se comportaban como los padres de los niños desde su nacimiento, y que los cuatro vivían juntos de un modo que no se distinguía en nada de la acepción habitual de familia¹¹⁰. Sin embargo, y como ya se ha explicado, el posterior análisis del fondo del caso condujo al TEDH a considerar que no se había infringido el derecho al respeto de la vida familiar, limitando la infracción únicamente al derecho a la “vida privada” de los niños.

Por las razones anteriores, no comparto la tesis que sugiere que la condición para la calificación de una “vida familiar” en el sentido del art. 8 del Convenio sería la “confianza legítima” de las partes en la estabilidad de la situación adquirida en el extranjero¹¹¹. En sentido estricto, entiendo que dicha confianza legítima o buena fe en el momento de constituirse la relación no sería un elemento imprescindible para sostener la existencia de una vida de familia, noción que, como acaba de explicarse, tendría un carácter puramente fáctico. En mi opinión, en la sistemática de la jurisprudencia de Estrasburgo la confianza legítima desplegaría su función, no como elemento definitorio de la existencia de una vida familiar *de facto*, sino como criterio para valorar hasta qué punto dicha vida familiar *de facto* merece la protección del art. 8 del Convenio en el caso concreto. Desde esta perspectiva, situaciones familiares constituidas de buena fe, aunque de manera irregular, habrían merecido el amparo del TEDH. Un claro ejemplo en este sentido sería el de la sentencia *Muñoz Díaz c. España*, de 8 diciembre 2009¹¹², en la que se reconoció el derecho de una mujer que se había casado muchos años atrás según el rito gitano a percibir una pensión de viudedad de la seguridad social española, y ello a pesar de que el matrimonio gitano no posee efectos civiles en España¹¹³. En este tipo de casos, el uso continuado de un determinado estado y el transcurso del tiempo sin que la situación haya sido puesta en duda constituye otro

¹⁰⁹ Párrafo 117.

¹¹⁰ Párrafo 45.

¹¹¹ En este sentido, P. Kinsch, *loc. cit.*, pp. 50–52.

¹¹² Asunto 49151/07.

¹¹³ En este caso el TEDH declaró que se había vulnerado el art. 14 del Convenio (principio de igualdad) y el art. 1 del protocolo 1 (protección de la propiedad).

elemento a tener en cuenta¹¹⁴. De hecho, la confianza legítima de los interesados sería un elemento importante en la jurisprudencia del TEDH, no únicamente en los supuestos en que la situación no hubiera llegado a constituirse regularmente al amparo de un determinado ordenamiento jurídico, sino en todos los casos. Ello explicaría que, incluso en supuestos en los que la situación se hubiera constituido legalmente en un Estado (*v.gr.*, una filiación obtenida mediante adopción), la confianza legítima de las partes en el reconocimiento de tal filiación en otro Estado se haya tenido en cuenta¹¹⁵.

VI. Las condiciones del método de reconocimiento, y los efectos del reconocimiento

Como se ha defendido a lo largo de este trabajo, el método de reconocimiento es una solución particularmente eficiente para resolver los problemas planteados por la aceptación de determinados *status* jurídicos creados al amparo de un ordenamiento extranjero. Ahora bien, que sea una solución eficiente no significa que no tenga límites, o que su operatividad no esté sometida a determinadas condiciones. En mi opinión, cabría distinguir las condiciones de tipo general o común de las condiciones específicas que pudieran aplicarse en materias determinadas¹¹⁶. Dado el carácter general de este trabajo, no nos centraremos en estas últimas. Sin embargo, baste señalar, a modo de ejemplo, el supuesto del no reconocimiento en un Estado de los matrimonios simulados, “blancos” o “de conveniencia” celebrados en el extranjero. En este caso, la existencia de una situación de simulación, según los criterios del Estado donde se pretendiera el reconocimiento o inscripción registral del matrimonio, podría comportar que dicho reconocimiento se frustrara. Así pues, la no existencia de una simulación podría considerarse una condición específicamente aplicable al reconocimiento de una determinada situación del estado civil, como es la celebración de un matrimonio¹¹⁷. Pasando ya a las condiciones de tipo general, en mi opinión serían tres: la primera, a modo de *prius* lógico, se referiría a la creación regular del acto o situación a reconocer en el extranjero, la segunda exigiría el respeto del orden público del

¹¹⁴ Vid. a este respecto el interesante debate entre P. Lagarde, P. Mayer y P. Kinsch posterior a la intervención de este último, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance...*, *op. cit.*, pp. 57–58.

¹¹⁵ Véanse a este respecto las consideraciones de P. Kinsch, *loc. cit.*, pp. 50–52.

¹¹⁶ P. Lagarde ya planteó esta distinción en la propuesta de “embrión” de parte general de un código de Derecho internacional privado de la UE presentada en el congreso que tuvo lugar en la Universidad de Toulouse en marzo de 2011; así, su art. 146 disponía: “Sans préjudice d’autres motifs de non –reconnaissance énoncés dans la partie spéciale du présent règlement, *une situation n’est pas reconnue...*”, el destacado es mío (“En guise de synthèse”, en M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot–Peruzzetto, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, Peter Lang, 2011, p. 376).

¹¹⁷ Aunque también podría interpretarse esta condición como una cláusula especial de orden público.

Estado donde se pretendiera en reconocimiento, y la tercera se referiría a la ausencia de fraude de ley.

La primera de ellas sería, lógicamente, que la situación se hubiera constituido regularmente en su Estado de origen, normalmente mediante la intervención de un acto de la autoridad pública¹¹⁸. De este modo, será posible contestar el reconocimiento cuando la situación (matrimonio, adopción) no se hubiera constituido válidamente en su país de origen. En este sentido, como bien señala P. Lagarde, cabe destacar que el método del reconocimiento no excluye que pueda contestarse la validez del acto, lo que excluye únicamente es que dicho control de validez deba hacerse según la ley designada por las normas de conflicto del Estado de reconocimiento¹¹⁹. El punto de vista a tener en cuenta sería, entonces, el del Estado en el que se adoptara el acto o se creara la situación, con la consecuencia de que si a los ojos del ordenamiento de dicho Estado la situación no hubiera llegado a constituirse válidamente, tampoco podría ser reconocida por los demás. Ahora bien, aquí hay que puntualizar que, como se ha señalado en el apartado anterior, puede haber situaciones creadas irregularmente y que a pesar de ello puedan desplegar algún efecto, como consecuencia de la adquisición de derechos mediante la posesión de estado o por imperativo del respeto de los derechos fundamentales¹²⁰. Ahora bien, se tratará de supuestos más bien excepcionales, en los que ahora no pretendo profundizar.

La segunda condición pasaría por el respeto del orden público del Estado donde se pretende el reconocimiento. Esta condición parece clara, en la medida en que la conveniencia de asegurar el reconocimiento no debería prevalecer sobre los principios básicos del Estado donde se plantee el reconocimiento¹²¹. Este límite puede apreciarse claramente en la jurisprudencia, tanto del TJUE como del TEDH. Así, por ejemplo, en el asunto *Sayn –Wittgenstein*, de 22 diciembre 2010¹²², la primera de las jurisdicciones anteriores estableció un claro límite a su jurisprudencia *Grunkin–Paul*, puesto que admitió que un Estado miembro de la UE podía no aceptar el nombre de una persona, tal como se hubiera registrado en otro Estado

¹¹⁸ Ya he dicho en la introducción a este trabajo que no me ocuparé de los supuestos de situaciones “enraizadas” en un determinado ordenamiento pero que no hubieran dado lugar a un acto de la autoridad.

¹¹⁹ “La méthode...”, *loc. cit.*, pp. 30–31.

¹²⁰ Desde esta perspectiva, y como ya se ha señalado, P. Lagarde parte de una interpretación amplia de la noción de situación “válidamente constituida” (“La méthode...”, *loc. cit.*, pp. 30–32).

¹²¹ En este sentido, S. Bollée señala que la procedencia de someter el reconocimiento al respeto del orden público está fuera de toda duda, y por tanto debe preverse necesariamente (“Les conditions de reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales”, en P. Lagarde, dir., *La reconnaissance...*, *op. cit.*, pp. 114–115).

¹²² Asunto C–208/09.

miembro, si ello contradecía un principio fundamental de su ordenamiento¹²³. Ahora bien, en la aplicación concreta de la excepción de orden público, ambas jurisdicciones insisten en el deber de ponderar adecuadamente la necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva, con la consecuencia de que, si dicha medida no estuviera amparada en un objetivo de interés público, o los medios empleados para satisfacerlo no fueran adecuados, en tal caso no estaría justificado denegar el reconocimiento. Un claro ejemplo podría encontrarse en el antes examinado asunto *Négrépontis*, en el que el TEDH consideró que, a la vista de las circunstancias, y de la propia evolución de la legislación griega en la materia, los motivos de orden público religioso que el Tribunal Supremo de la República Helénica consideró suficientes para denegar el reconocimiento de una adopción constituida en los Estados Unidos de América, no podían constituir un límite legítimo al derecho fundamental amparado en el CEDH¹²⁴. Cabe decir, por último, que en ocasiones el orden público podría constituir un límite de carácter parcial al reconocimiento de la situación jurídica, en la medida en que se reconociera el estatuto jurídico, aunque alguno de sus efectos se excluyera por ser contrario a los principios fundamentales del Estado en que el reconocimiento se pretendiera hacer valer¹²⁵.

¹²³ *In casu* el TJUE admitió que la ley austríaca de 1919 que abolió la nobleza y prohibió los nombres con menciones nobiliarias, y que según el ordenamiento austríaco tenía rango constitucional, podía oponerse al reconocimiento en Austria de una mención de carácter aristocrático adquirida por una ciudadana austríaca en Alemania.

¹²⁴ Al respecto, P. Kinsch, *loc. cit.*, pp. 54–55. Otro interesante ejemplo de ponderación de las circunstancias del caso concreto puede encontrarse en la sentencia del TJUE *Bogendorff von Wolffersdorf*, de 2 junio 2016 (as. C –438/14); era una caso que guardaba cierta similitud con el asunto *Sayn –Wittgenstein*, puesto que se trataba del no reconocimiento en un Estado miembro (Alemania) de un apellido obtenido, por parte de un doble nacional alemán y británico, en otro Estado miembro (Reino Unido) que contenía elementos que daban la impresión de un origen nobiliario. Sin embargo, a diferencia del asunto *Sayn –Wittgenstein*, el TJUE no afirma la justificación de la restricción impuesta, sino que encomienda al juez nacional que planteó la cuestión prejudicial la tarea de apreciar si, a la vista de los elementos del caso, concurría o no dicha justificación. Una importante diferencia con respecto al asunto de 2010 era que en Alemania la Constitución de Weimar de 1919 no prohibió por completo los nombres que contuvieran menciones aristocráticas, sino que únicamente prohibió que se concedieran en el futuro, respetando los existentes hasta entonces. Desde este punto de vista, la “intensidad”, por así decirlo, de la prohibición alemana era menor que la austríaca. Por otro lado, el interesado habría adquirido el apellido controvertido en el Reino Unido sobre un fundamento estrictamente voluntario, y no como consecuencia del nacimiento o adopción; finalmente, debía tenerse en cuenta el hecho de que el nuevo apellido adquirido voluntariamente pudiera dar la impresión de un origen nobiliario, aunque formalmente no constituyera un título nobiliario ni en Alemania ni en el Reino Unido (*vid.* párrafos 78 a 84 de la sentencia).

¹²⁵ Tal podría ser el caso el reconocimiento de un matrimonio celebrado al amparo de un ordenamiento que reconociera a uno de los cónyuges prerrogativas de autoridad sobre el otro, como parte integrante del estado civil en cuestión. Pues bien, parece claro que la existencia del matrimonio podría reconocerse en España, pero no en cambio la autoridad legal de un cónyuge sobre el otro. Otra importante dimensión del orden público, apuntada por P. Lagarde, haría referencia a la incompatibilidad del acto o situación a reconocer con otras situaciones que en principio cumplieran también las condiciones para ser reconocidas en un determinado foro. El autor francés distingue dos supuestos: el primero sería el del posible conflicto

La tercera condición haría referencia a los vínculos de proximidad entre la situación y el Estado de “cristalización” de la misma. La lógica subyacente sería la de garantizar un vínculo suficiente entre la situación y el Estado cuyas autoridades contribuyen a formalizarla, mediante la creación de un determinado *status* jurídico. Este planteamiento sería razonable, puesto que lo que justificaría el reconocimiento (o el “precio” a pagar por el mismo) sería precisamente el vínculo suficiente con el Estado de creación del *status* jurídico. Sin embargo, es necesario hacer alguna puntualización adicional: la primera es que, como acertadamente señala P. Lagarde, no todos los supuestos en los que no exista un vínculo serio entre la situación y el Estado en el que se cree el estatuto jurídico serán susceptibles de reproche. A este respecto, señala que el “turismo matrimonial” no tiene por qué comportar siempre una intención de fraude o elusión del ordenamiento al que normalmente estarían sujetos los contrayentes, sino que puede obedecer a otras razones, como el deseo de casarse en un lugar más o menos exótico, aun cuando dicho lugar no se correspondiera con el de nacionalidad o residencia de cualquiera de los contrayentes¹²⁶. De ello se deduciría que la ausencia de vínculo objetivo no sería, por sí sola, una razón para denegar el reconocimiento, sino que, adicionalmente, haría falta un elemento de fraude de ley o intento deliberado de eludir las disposiciones normalmente aplicables, mediante la creación de vínculos artificiales o efímeros con un ordenamiento extranjero¹²⁷. Ahora bien, y a fin de no dificultar en exceso la aplicación de esta condición, entiendo que no debiera exigirse en todo caso una prueba inequívoca de la intención defraudatoria o elusoria, sino que tal intención podría deducirse de los indicios o elementos objetivos del caso. De

entre una “situación” y una “resolución”. Sería el caso, por ejemplo, del conflicto entre un *status* matrimonial reconocido en un Estado y una sentencia de anulación dictada en otro, cuando dicha sentencia cumpliera las condiciones para ser reconocida. En tal caso, parece claro que debe darse preferencia a la resolución, que pondría fin al *status* matrimonial anteriormente reconocido. El otro supuesto sería el del conflicto entre dos “situaciones”, las dos con vocación de ser reconocidas. Lagarde lo ilustra con el ejemplo del tratamiento, por parte de la jurisprudencia francesa, de los matrimonios civiles contraídos en España durante la guerra civil, objeto de posteriores disposiciones de anulación retroactiva. Del ejemplo parece deducirse que, en caso de *status* jurídicos realmente incompatibles, como sería el de dos matrimonios sucesivos celebrados en distintos países, el elemento clave sería el de la prioridad temporal, de manera que si el primer matrimonio subsistiera, no podría reconocerse el segundo (“La méthode...”, *loc. cit.*, pp. 37–38).

¹²⁶ *Loc. cit.*, pp. 35–36.

¹²⁷ A este respecto, S. Bollée señala, en relación a esta condición de proximidad, que puede entenderse esencialmente de dos maneras: una sería exigir en todo caso un vínculo suficiente entre la situación jurídica y el Estado en el que se hubiera creado, y la otra sería limitarse a prohibir los supuestos de fraude. Es evidente que la primera modalidad sería más estricta que la segunda. En defensa de la primera modalidad, indica que podría intentar trazarse un paralelismo con el control indirecto de competencia del juez de origen que se aplica en el ámbito del reconocimiento de resoluciones, pero acto seguido reconoce que esta analogía presenta sus debilidades, porque en el caso de las resoluciones la solución se impone por una cuestión de respeto de los derechos de defensa, lo que con frecuencia no tendría sentido en un contexto de reconocimiento de situaciones (*loc. cit.*, pp. 115–116).

hecho, la jurisprudencia suele tener en cuenta la intención de los interesados de esquivar la aplicación de las leyes a las que normalmente estarían sujetos, siendo esta voluntad elusoria un argumento contrario al reconocimiento. Es más, ha admitido que los Estados puedan defenderse ante este tipo de conductas, adoptando medidas que disuadan a los interesados de intentar obtener en el extranjero lo que no pueden obtener en su país¹²⁸. Por el contrario, el hecho de que existiera un vínculo objetivo con el Estado en el que se generara la situación a reconocer –basado normalmente en una residencia habitual, o por lo menos prolongada– es un elemento favorable al reconocimiento¹²⁹. Por otro lado, es evidente que la aplicación de la condición de ausencia de fraude o voluntad de eludir el Derecho normalmente aplicable tendría sentido en la medida en que estuvieran en juego derechos indisponibles de los interesados, y ello se dará con frecuencia en materia de estado civil. No tendría sentido, en cambio, en aquellos ámbitos en que los interesados pudieran libremente escoger la ley aplicable; en tal caso, el ejercicio de esta libertad de disposición no podría considerarse fraudulento¹³⁰. En definitiva, la ausencia de fraude de ley constituiría una condición del todo legítima, aunque su impacto podría modularse en función de las diversas materias¹³¹. Por lo demás, si bien razones de claridad y seguridad jurídica aconsejarían que

¹²⁸ Así, por ejemplo, en la sentencia *Mennesson* el TEDH admitió que la negativa a reconocer una filiación obtenida en el extranjero mediante gestación por sustitución pueda basarse, en principio y sin perjuicio del análisis de la proporcionalidad de la medida, en la voluntad de un Estado de disuadir a sus nacionales de que recurran en el extranjero a un método de procreación prohibido en el territorio de dicho Estado (párrafo 62).

¹²⁹ En este sentido, P. Kinsch se refiere a las circunstancias del precitado asunto *Négrépontis*, donde la confianza legítima tanto del padre como del hijo adoptivo podía sustentarse tanto en los vínculos objetivos de la situación con el Estado en el que se constituyó la adopción (Michigan), que era el de su residencia en aquél momento –en el caso del adoptante, residencia habitual, y en el del adoptado, residencia temporal pero prolongada, con motivo de realización de sus estudios universitarios–, y en el hecho de que habían vivido su relación paternofilial durante muchos años, sin que fuera objeto de contestación (*loc. cit.*, pp. 51–52).

¹³⁰ En este sentido, P. Lagarde, intervención en el debate posterior a la ponencia de S. Bollée (*La reconnaissance...*, *op. cit.*, pp. 173–174); el citado autor señala en otro lugar que ocurriría algo parecido con las normas que prevén conexiones alternativas a fin de facilitar el reconocimiento del acto, planteamiento que ilustra con el ejemplo del Convenio de La Haya de 1961 sobre forma de las disposiciones testamentarias: la previsión de múltiples conexiones alternativas permite evitar que la validez del testamento pueda ponerse en tela de juicio mediante la aplicación de la ley del Estado de reconocimiento (“La méthode...”, *loc. cit.*, p. 35).

¹³¹ La condición relativa a que no exista una voluntad de eludir el régimen jurídico que normalmente sería aplicable se ha aplicado, aunque con las matizaciones anteriormente explicadas, en el ámbito del estatuto personal o familiar de las personas físicas. Tratándose de las personas jurídicas, en cambio, en el ámbito de la Unión Europea, y por lo que se refiere a las sociedades constituidas de acuerdo con la ley de un Estado miembro, tal condición prácticamente habría desaparecido, en virtud de la sentencia del TJUE dictada en el asunto *Centros*, de 9 marzo 1999 (as. C–212/97), en la que el TJUE sostuvo que, en virtud del derecho de establecimiento, los fundadores de una sociedad podían escoger, de entre los ordenamientos societarios de la UE, aquél que prefirieran, aun cuando la sociedad no llevara a cabo actividad alguna en el Estado de constitución (párrafos 27 a 30).

se previera de modo expreso en los textos, también lo es que podría reconducirse al control por motivos de orden público, lo que haría innecesaria una previsión expresa¹³².

La segunda puntualización es que, aun cuando existiera una voluntad elusoria, no siempre será posible rechazar el reconocimiento. Como se desprende de la jurisprudencia, ello ocurrirá cuando se vean afectados los derechos de terceros, y en particular de menores, a los que no pueda imputarse responsabilidad alguna en la maniobra elusoria. Un claro ejemplo de ello se encontraría en el caso *Wagner*, en el que parece claro que la interesada optó por adoptar en Perú ante la imposibilidad de hacerlo en su país, dada su condición de persona soltera¹³³. Ahora bien, el TEDH entendió que debía prevalecer el interés de la menor adoptada, quien no podía verse perjudicada por hechos que no le eran imputables¹³⁴.

Por último, cabe plantearse, siquiera brevemente, la cuestión de los efectos del reconocimiento; es decir, una vez reconocido un determinado *status* jurídico creado en el extranjero (matrimonio, pareja registrada, adopción...), habría que determinar cuál sería el alcance de dicho reconocimiento. En mi opinión, dicho alcance debiera limitarse al reconocimiento del estatuto jurídico en cuestión, pero en cambio no se extendería a los aspectos regulados por las normas de conflicto del Estado de reconocimiento relativas a otras materias¹³⁵. Así, *v.gr.*, es evidente que el reconocimiento de una pareja registrada puede ser relevante a efectos de una sucesión, pero será la ley aplicable a la sucesión, en virtud de las normas de conflicto correspondientes, la que resultará aplicable para determinar si el miembro supérstite de una pareja de este tipo goza de derechos sucesorios, y el contenido de estos¹³⁶. En sentido propio, la existencia y reconocimiento de un *status* jurídico familiar

¹³² En este sentido, S. Bollée destaca que no sería imprescindible reflejarlo como un motivo de control “autónomo” (*loc. cit.*, p. 115).

¹³³ A pesar de ello, el TEDH admite su buena fe o creencia razonable de que la adopción peruana podría ser reconocida en Luxemburgo, porque en dicho país había existido una práctica administrativa anterior que en supuestos parecidos había admitido el reconocimiento de adopciones constituidas en Perú (párrafo 130).

¹³⁴ Párrafo 158.

¹³⁵ En este sentido, N. Bouza Vidal se plantea la oportunidad de distinguir entre los efectos indisociables de la situación jurídica, como por ejemplo la creación del vínculo de filiación en caso de maternidad subrogada, y los efectos futuros o que todavía no se hubieran agotado en el momento en que se invocara la situación jurídica creada en el extranjero, como por ejemplo las cuestiones relativas a los derechos de alimentos, al régimen económico matrimonial o a la sucesión (*loc. cit.*, p. 305).

¹³⁶ En este sentido, P. Lagarde y S. Bollée, en las intervenciones en el debate posterior a la ponencia de este último (P. Lagarde, dir., *La reconnaissance...*, *op. cit.*, pp. 173–175). Por lo demás, esta situación estaría hoy recogida de modo expreso en el art. 23.2.b) del Reglamento 650/2012, relativo a las sucesiones, del que se desprende claramente que la ley aplicable a la sucesión regirá la determinación de quienes sean beneficiarios de la misma, incluyendo los derechos sucesorios del cónyuge o pareja supérstites.

que pueda conferir derechos sucesorios constituiría un *prius* o cuestión previa¹³⁷. Por supuesto, los efectos del reconocimiento también podrían verse limitados por las leyes de policía del Estado de reconocimiento¹³⁸.

VII. Consideraciones finales

Por las razones expuestas en este trabajo, considero que, para hacer valer las situaciones jurídicas creadas al amparo de otro ordenamiento, el método del reconocimiento es preferible al método conflictual. Es decir, el punto de partida sería distinguir entre la creación de las situaciones jurídicas –momento en el que resultaría del todo apropiado emplear el método conflictual, conducente a la designación de la ley aplicable– y el reconocimiento de las situaciones ya creadas al amparo de un determinado ordenamiento. En este segundo contexto, cambiaría el punto de referencia, puesto que de lo que se trataría es de determinar si el *status* jurídico creado en el extranjero puede ser aceptado o no en el Estado de reconocimiento, independientemente de cuál hubiera sido la ley aplicada en el extranjero en el momento de haberse constituido un determinado *status* jurídico. La característica principal del método del reconocimiento sería, entonces, que, para decidir sobre la aceptación o no de las situaciones jurídicas creadas en el extranjero, se prescinde del control de la ley aplicada según las normas de conflicto del Estado donde se pretenda el reconocimiento. Del mismo modo que prescindir del control de la ley aplicada por el juez de origen ha resultado positivo en el terreno del reconocimiento de resoluciones, también lo es prescindir de dicho control en el contexto de la aceptación de situaciones jurídicas creadas en el extranjero. Los riesgos que dicha supresión pudiera comportar podrían mitigarse mediante el mantenimiento de la reserva del orden público. Y, en el fondo, la razón que justifica este planteamiento es simple: cuando se trata de aceptar o no un *status* jurídico

¹³⁷ En este sentido, A. Bonomi (trad. y adaptación al Derecho español de A. Font i Segura), quien pone de relieve la exclusión del ámbito material del Reglamento de sucesiones, en virtud de su art. 2.1.a), de las cuestiones relativas al estado civil de las personas y a las relaciones familiares o asimilables a ellas (Comentario al art. 23, en A. Bonomi y P. Wautelet, *El Derecho europeo...*, op. cit., pp. 297–298). Sin embargo, S. Bollée plantea la posibilidad de que la ley del Estado en el que se hubiera constituido la pareja registrada pueda incidir en el alcance de los derechos sucesorios. Aunque admite que en principio será la ley aplicable a la sucesión la que determinará tales derechos, plantea el supuesto en el que la ley sucesoria concediera al miembro superviviente de la pareja unos derechos no previstos en la ley del Estado de registro de la pareja. A su juicio, en este caso habría que dar preferencia a la solución más restrictiva prevista en la ley del Estado de registro, puesto que, si según el régimen que le resultara aplicable la unión registrada no estuviera predestinada a producir efectos en el terreno de la sucesión, tales efectos debieran excluirse, porque de lo contrario se desnaturalizaría la situación jurídica voluntariamente constituida (*loc. cit.*, pp. 119–120, en la nota 16). Probablemente esta solución sería más fácil de justificar en aquellos supuestos en los que la regulación de la pareja registrada en el Estado en el que se hubiera constituido no fuera funcionalmente equivalente a la regulación de estas uniones en el ordenamiento rector de la sucesión.

¹³⁸ En este sentido, P. Lagarde, “Clôture”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance...*, op. cit., p. 234.

constituido en el extranjero ¿tiene realmente sentido exigir como condición que la autoridad extranjera hubiera aplicado la misma ley que hubiera aplicado una autoridad española (o, como mínimo, una ley que conduzca al mismo resultado)? ¿Es realmente imprescindible imponerle a la autoridad extranjera el respeto del sistema conflictual español? ¿Acaso no tiene más sentido verificar simplemente que la situación se ha constituido regularmente en su país de origen y que no existan motivos de peso para rechazarla?

En definitiva, por las razones expuestas, creo que el método del reconocimiento sirve mejor al objetivo fundamental de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio. Dicho método resulta útil en aquellas situaciones en que se cree un determinado *status* jurídico por tiempo indefinido o con vocación de perdurabilidad, y que por ello sean susceptibles de desplegar efectos a lo largo del tiempo y potencialmente en distintos países. Se trataría, en esencia, de las situaciones relativas al estatuto personal y familiar de las personas físicas, y al reconocimiento de la personalidad de las personas jurídicas. Además, aunque para la aplicación del método de reconocimiento no es imprescindible que se hayan previsto mecanismos de cooperación de autoridades, qué duda cabe de que, si existen, favorecerán en gran medida el buen funcionamiento de dicho método. Ello es lógico, puesto que si el método de reconocimiento se caracteriza por tomar como punto de referencia el acto emanado de una autoridad —es decir, el resultado de su actividad— no cabe duda de que cuando se establezcan mecanismos de cooperación de autoridades que contribuyan a generar confianza recíproca entre ellas, esto redundará en favor de la mutua aceptación de sus actos.

Hemos visto que una cuestión discutida en la doctrina es la de si cabe hablar de método de reconocimiento únicamente cuando exista un acto de la autoridad susceptible de ser reconocido o si también cabría emplear este método cuando se trate de hacer valer una situación creada al amparo de un ordenamiento extranjero, aun cuando no hubiera intervenido autoridad alguna en dicha creación. En principio, en este trabajo me he ocupado únicamente de aquellos supuestos en los que en la creación o formalización del acto en el extranjero intervenga una autoridad pública. En tales casos, la intervención de la autoridad constituye un punto de referencia formal claramente inidentificable, que facilitaría el reconocimiento.

En nuestro Derecho de fuente interna, el método del reconocimiento ha sido acogido sólo en parte. La aprobación en el verano de 2015 de las Leyes de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y de Jurisdicción Voluntaria supuso una novedad relevante, porque estos textos introdujeron claramente un sistema de reconocimiento “procesal” para la aceptación en España de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, abandonando el tradicional sistema de reconocimiento “conflictual”, basado en el control de conformidad de la ley aplicable

según las normas de conflicto españolas. En cambio, fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria, el reconocimiento de otros actos contenidos en documentos públicos extranjeros, incluyendo las certificaciones registrales, sigue sometido a la verificación de su compatibilidad con la ley aplicable según el sistema conflictual español, lo que supondría excluir el método del reconocimiento. Ahora bien, en este último caso, la conclusión anterior puede matizarse, al menos en parte. En primer lugar, el documento público extranjero puede fundamentar un cierto reconocimiento sustantivo del acto que incorpora, aunque solo fuera a título de presunción. Es decir, sería posible contestar la validez del acto documentado por no ser conforme con la ley designada según la norma de conflicto española, pero, en ausencia de tal impugnación, se presumiría la validez del acto documentado. En segundo lugar, hay casos en que el ordenamiento español ha prescindido del control de la ley aplicada, como ocurre en el supuesto del art. 5.3º del Reglamento del Registro Mercantil, disposición que, en lo relativo a la acreditación de la válida constitución de sociedades extranjeras, dispensa a la autoridad española de verificarla aplicando la *lex societatis* extranjera, al considerarse prueba suficiente la certificación emitida por el Registro de su Estado de origen.

En el tema objeto de estudio hoy en día hay que tener muy presente la incidencia del Derecho de la UE, por una parte, y del CEDH, por otra. En cuanto al primero, en los últimos años la jurisprudencia del TJUE ha transitado por caminos que, de hecho, favorecen el empleo del método de reconocimiento. En el caso del estatuto personal y familiar de las personas físicas, el fundamento de los derechos derivados de la ciudadanía de la UE (art. 21 TFUE) habría permitido imponer, en ciertos casos, una obligación para los Estados miembros de aceptar determinadas situaciones del estado civil adquiridas en otros Estados miembros, como por ejemplo un nombre. Además, las normas de Derecho secundario habrían impuesto obligaciones de reconocimiento en supuestos específicos. En el caso del estatuto de las personas jurídicas, el fundamento para establecer una clara obligación de reconocimiento recíproco de la personalidad jurídica de las sociedades y otras corporaciones constituidas conforme a las leyes de los Estados miembros sería el derecho de establecimiento (arts. 49 y 54 TFUE). El deber de respeto de los derechos fundamentales, y en especial del derecho a la vida privada y familiar, ha sido la otra vía que ha permitido avanzar al método del reconocimiento. La necesidad, como cuestión de principio, de respetar el *status* civil y familiar adquirido en otro Estado ha obligado a los Estados parte del CEDH a aceptar situaciones familiares regularmente constituidas en otros Estados, y a poner bajo un estricto control de necesidad y proporcionalidad las medidas que restrinjan dicho reconocimiento. Es de esperar que la acción combinada del Derecho de la UE y del régimen del CEDH ejerza una presión sobre los ordenamientos nacionales que conduzca a una generalización del método del reconocimiento, en todas aquellas situaciones en las que

se plantee la aceptación de actos emanados de autoridades extranjeras. A este respecto, no cabe olvidar que el CEDH no únicamente impondría a los Estados del Consejo de Europa deberes negativos o de abstención, en el sentido de no interferir injustificadamente en los derechos a la vida privada y familiar, sino que también impondría una obligación positiva, la de establecer las medidas necesarias para la protección de la vida privada y familiar. Desde esta perspectiva, bien puede considerarse que los Estados estarían obligados a diseñar sus normas de Derecho internacional privado orientándolas hacia el resultado de reconocimiento del vínculo familiar creado en el extranjero¹³⁹. La armonización de legislaciones, ya sea en el contexto de la UE o, con respecto a los Estados terceros, mediante convenios internacionales, puede ser otra importante vía de entrada del método del reconocimiento. La experiencia demuestra, sin embargo, que al menos por el momento hay posiciones encontradas sobre la conveniencia de abrazar el método del reconocimiento en los instrumentos supranacionales. El debate generado en torno al que hoy es el art. 59 del Reglamento de sucesiones constituye un buen ejemplo de dichas diferencias. De hecho, la cuestión clave es la de si la introducción del método del reconocimiento debe acompañarse o no de una armonización de las normas de conflicto de leyes. Por supuesto, dicha armonización puede resultar útil, pero, en mi opinión, no debiera supeditarse la aplicación del método del reconocimiento a la previa armonización de las normas conflictuales de los Estados¹⁴⁰.

Ahora bien, la aplicación del método del reconocimiento no significa que deba aceptarse sin más cualquier situación jurídica creada en otro país. Por supuesto, deben exigirse ciertas condiciones, que tanto pueden ser condiciones específicamente aplicables en materias o instituciones concretas, como condiciones de tipo general, referidas al necesario respeto del orden público del Estado de reconocimiento o a la evitación del fraude de ley. Por otra parte, la obligación de reconocimiento tampoco supone el deber de conceder a la situación jurídica reconocida unos efectos desmesurados o excesivos. Normalmente, la situación reconocida (matrimonio, pareja registrada, filiación adoptiva...) desplegará unos efectos propios en el terreno del estado civil, pero, tratándose de la incidencia de dichas situaciones en otras materias, como la sucesión, será la ley designada por la norma de conflicto correspondiente a la materia en cuestión la que se aplicará. En este contexto, las situaciones anteriormente mencionadas constituirán cuestiones previas o *prius* lógicos.

¹³⁹ En este sentido, R. Baratta, "Derechos fundamentales...", *loc. cit.*, p. 119.

¹⁴⁰ Coincido en este punto con el parecer de P. Lagarde, quien señala que subordinar la aplicación del reconocimiento a la previa armonización de las normas de conflicto de leyes supone en el fondo rechazar el método del reconocimiento ("La méthode", *loc. cit.*, pp. 41-42).

Bibliografía

- Álvarez González, S.: “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret*, 2/2017 (*El orden público interno, europeo e internacional civil*, número especial en homenaje a la Profesora Núria Bouza Vidal con motivo de su jubilación), pp. 165–200.
- Álvarez Rubio, J.J.: *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, en (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, eds.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 560–571.
- Arenas García, R., *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000.
- Baratta, R., “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, *Recueil des Cours*, t. 348, 2011, pp. 257–499.
- Baratta, R.: “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia” (traducción de A. Gandía Sellens), *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 103–126.
- Bollée, S.: “Les conditions de reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales”, en P. Lagarde, (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 113–120.
- Bonomi, A.: “Comentario al art. 23”, en A. Bonomi y P. Wautelet, *El derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) N° 650/2012, de 4 julio 2012*, (trad. y adaptación al Derecho español de A. Font i Segura), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters / Aranzadi, 2015, pp. 287–320.
- Bouza Vidal, N.: “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, en J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 283–306.
- Bustillo Tejedor, L.: “Haga usted la ley, que yo haré las resoluciones”, *El Notario del siglo XXI*, n° 71, enero–febrero de 2017, pp. 150–154.
- Calvo Caravaca, A. –L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, vol. I, 2016.
- Cerrato Guri, E.: “El valor probatorio de los documentos públicos no judiciales y extranjeros en el proceso civil español”, en M. Font i Mas (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 475–495.
- De Miguel Asensio, P.A.: *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Coordinación de la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *REDI*, 68–1, enero/junio de 2016, pp. 99–108.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Ley de jurisdicción voluntaria y Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 147–197.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Navarra, Civitas / Thomson Reuters, 2016.
- Fitchen, J.: “Public Policy in Succession Authentic Instruments: Articles 59 and 60 of the European Succession Regulation”, *InDret*, 2/2017, pp. 366–396.
- Font i Mas, M. (dir.): *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014.
- Font i Mas, M.: “La autenticidad formal de los documentos públicos en España como obstáculo a las relaciones internacionales y la propuesta de Reglamento sobre la simplificación de la aceptación de

- documentos públicos en la UE”, en M. Font i Mas (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 47–83.
- Gardeñes Santiago, M.: “Observaciones acerca del establecimiento transfronterizo de sociedades en la Unión Europea”, en C. Górriz López y R. Arenas García (coord.), *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*. Barcelona, Atelier, 2017, pp. 45–71.
- Gelter, M.: “Centros, the Freedom of Establishment for Companies, and the Court’s Accidental Vision for Corporate Law, *Law Working Paper N° 287/2015*, Fordham University and European Corporate Governance Institute, febrero de 2015 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=2564765>).
- Guzmán Zapater, M.: *Sociedad internacional y Derecho internacional privado*, Madrid, Colex, 2006.
- Guzmán Zapater, M.: “La libre circulación de documentos públicos en materia de estado civil en la Unión Europea”, en M. Font i Mas (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 85–122.
- Guzmán Zapater, M.: “La libre circulación de documentos públicos en materia de estado civil en la UE: el Reglamento UE 2016/1191 del PE y del Consejo”, *RGDE*, n° 41, enero de 2017, pp. 161–179.
- Heredia Cervantes, I.: “La Ley del Registro Civil de 2011 y la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras”, en M. Font i Mas (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 301–332.
- Iglesias Buhigues, J.L.: Comentario a los arts. 41 y 43, en F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 467–473 y 492–500.
- Jiménez Blanco, P.: “La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 365–404.
- Jiménez Blanco, P.: “Valor probatorio de los documentos públicos en la Unión Europea”, en M. Font i Mas (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 431–473.
- Kinsch, P.: “L’apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 43–55.
- Kohler, M. y Buschbaum, M.: “La ‘reconnaissance’ des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières”, *Rev. cr. dr. int. pr.*, oct.–diciembre de 2010, pp. 629–651.
- Kohler, C.: “La reconnaissance de situations juridiques dans l’Union Européenne: le cas du nom patronymique”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 67–79.
- Lagarde, P.: “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *Rabels Z*, 2004, pp. 225–243.
- Lagarde, P.: “En guise de synthèse”, en M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot–Peruzzetto, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, Peter Lang, 2011, pp. 365–376.
- Lagarde, P. (dir.): *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013.
- Lagarde, P.: “Introduction au thème de la reconnaissance des situations: rappel des points les plus discutés”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 19–25.
- Lagarde, P.: “Clôture”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 231–234.

- Lagarde, P.: “La méthode de la reconnaissance, est –elle l’avenir du droit international privé?”, *Recueil des Cours*, t. 371, 2014, pp. 19 –42.
- Lehmann, M.: “Recognition as a Substitute for Conflict of Laws?”, en S. Leible (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Kluwer, 2016; disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2676015>.
- Mayer, P.: “La reconnaissance: notions et méthodes”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 27 –33.
- Noguerol Peiró, N.: “Comentario al art. 60”, en F. P. Méndez González y G. Palao Moreno, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 759 –799.
- Pamboukis, C.: “Les actes publics et la méthode de la reconnaissance”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 133 –146.
- Panet, A.: “La reconnaissance des situations de statut personnel constituyes au sein des États tiers”, en J. –S. Bergé, S. Francq y M. Gardeñes Santiago (ed.), *Boundaries of European Private International Law / Les frontières du droit International privé européen / Las fronteras del Derecho internacional privado europeo*, Bruselas, Bruylant, 2015, pp. 679 –700.
- Paredes Pérez, J.I.: “Espacios de desencuentro entre los métodos de reconocimiento y el método bilateral (una lectura desde la perspectiva del estatuto familiar)”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 589 –611.
- Pataut, E.: “La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 147 –166.
- Pi Llorens, M.: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*, Barcelona, Ariel, 1999.
- Quinzá Redondo, P.: “La unificación –fragmentada – del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 41, enero de 2017, pp. 180 –222.
- Quiñones Escámez, A.: “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley (Método de reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)”, *InDret*, 2/2017 (*El orden público interno, europeo e internacional civil*, número especial en homenaje a la Profesora Núria Bouza Vidal con motivo de su jubilación), pp. 201 –251.
- Romano, G.P.: “La bilatéralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, julio–septiembre de 2006, pp. 457 –519.
- Romano, G.P. *Revista General de Derecho Europeo*, “Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux”, en P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, pp. 185 –216.
- Somarakis, I.: “The Method of Recognition in European Private International Law and its Scope of Application”, en J. –S. Bergé, S. Francq y M. Gardeñes Santiago (eds.), *Boundaries of European Private International Law / Les frontières du droit International privé européen / Las fronteras del Derecho internacional privado europeo*, Bruselas, Bruylant, 2015, pp. 657 –678.
- Tena Arregui, R.: “A propósito de la Resolución de la DGRN de 14 septiembre 2016”, *El Notario del siglo XXI*, nº 71, enero –febrero de 2017, pp. 146 –149.
- Wautelet, P.: “Comentario a los arts. 3.1.i) y 59”, en A. Bonomi y P. Wautelet, *El derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) N° 650/2012, de 4 julio 2012* (trad. y adaptación al Derecho español a cargo de S. Álvarez González), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters / Aranzadi, 2015, pp. 132 –137 y 565 –582.

Recibido: 15 mayo 2017

Aceptado: 1 julio 2017

MECANISMOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN SUPUESTOS DE DESLOCALIZACIÓN DE EMPRESAS

Carmen VAQUERO LÓPEZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. La estrategia de la UE frente a los trabajadores “deslocalizados”. 1. La dialéctica entre deslocalización de empresas y protección de los trabajadores en la jurisprudencia reciente del TJUE. 2. El alcance de los derechos sociales mínimos fijados por el legislador europeo. III. Derecho internacional privado europeo y contrato internacional de trabajo. 1. La calificación funcional del contrato de trabajo. 2. La protección del trabajador a través de las normas de competencia judicial internacional: A) La extensión del ámbito de aplicación espacial de los foros de competencia objetivos; B) El alcance de los límites de los acuerdos de elección de foro; C) La potencialidad de los foros de competencia subsidiarios. 3. La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo: A) La colisión entre “proximidad” y “orientación material”; B) El control de proporcionalidad de las normas imperativas. 4. Mecanismos de protección frente al reconocimiento de decisiones extranjeras perjudiciales para el trabajador: A) El control de la competencia del tribunal de origen; B) El significado del orden público como motivo de denegación del reconocimiento. IV. Conclusión.

RESUMEN: La protección de los trabajadores frente al ejercicio del derecho a la libertad de empresa a través de la deslocalización de la producción exige una nueva respuesta del legislador europeo. Por un lado, es necesario extender el ámbito de aplicación espacial de las normas adoptadas en el seno de la Unión Europea para proteger a los trabajadores. Por otro lado, es preciso que la imperatividad de estas disposiciones no se vea corregida por la aplicación desproporcionada de los principios que informan las libertades de circulación económica dentro del territorio europeo. En este escenario el Derecho internacional privado cumple una función determinante y sus soluciones pueden servir como una forma de resistencia social frente a la liberalización económica.

PALABRAS CLAVE: LIBERTAD DE EMPRESA — DERECHOS SOCIALES — RESTRICCIÓN — PROPORCIONALIDAD — UNILATERALISMO.

ABSTRACT: *EU Private International Law and Relocation of Enterprises: the Resources for the Protection of Workers.*

The protection of workers versus the exercise of freedom of enterprise by means of the relocation of production requires a new response from the EU legislator. On the one hand, it is necessary to extend the spatial scope of the rules adopted within the European Union to protect workers. On the other hand, it is necessary that the imperative nature of these rules is not altered by the disproportionate application of the principles which inform the freedoms of economic movement within the EU. In this scenario, Private International Law has a decisive role and its solutions can be used as a form of social resistance against the economic liberalization.

KEY WORDS: FREEDOM TO CONDUCT A BUSINESS — SOCIAL RIGHTS — RESTRICTION — PROPORCIONALITY — UNILATERALISM.

I. Introducción

1. La celebración en el año 2017 del sexagésimo aniversario de los Tratados de Roma ha sido vista como una “oportunidad” para reactivar el proceso político europeo, consolidar el funcionamiento de las instituciones de la Unión Europea (UE) y alcanzar un equilibrio entre crecimiento sostenible y desarrollo social que favorezca la recuperación económica sin menoscabar los derechos sociales¹. En este contexto, la protección de los trabajadores frente a la deslocalización de las empresas ocupa un lugar prioritario y las normas de Derecho internacional privado (DIPr) europeo se configuran como un instrumento óptimo para gestionar la tensión existente entre esta forma de ejercicio de una libertad de circulación económica y la tutela de los principios sociales sobre los que se asienta la UE.

2. Como sabemos, el fenómeno de la deslocalización de empresas constituye una de las principales manifestaciones de la liberalización de los mercados y es consecuencia directa de la crisis de los últimos tiempos, que ha llevado a los operadores económicos a reducir los costes de producción para mantenerse en un mercado cada vez más competitivo². Con esta finalidad nuestras empresas trasladan su sede social o su mano de obra hacia países con una menor o nula “cultura laboral”³, intentando conseguir una disminución de los costes salaria-

* Profesora contratada doctora de Derecho internacional privado. Universidad de Valladolid.

¹ Vid. J.C. Fernández Rozas, “El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración”, *La Ley Unión Europea*, nº 46, 2017.

² Entendemos el término “deslocalización empresarial” como la transferencia de la producción de un Estado a otro con el fin de ampliar el mercado y reducir costes de mano de obra, aun cuando esta decisión no dependa solamente de los costes laborales y de protección social, sino también del sistema fiscal, del funcionamiento de los tribunales, de los costes de la inversión, de la complejidad tecnológica de los procesos implicados, de las normas medioambientales, o de la dotación de infraestructuras. Vid. M.A. Purcalla Bonilla, “Deslocalización de empresas: problemática y alternativas”, *Revista de Derecho Social*, nº 39, 2007, pp. 101–102.

³ Vid. M. Sabido Rodríguez, “Algunas cuestiones que plantea en DIPr la tutela de los trabajadores afectados por reestructuraciones de empresas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, 2012,

les (*dumping* social⁴) que responde exclusivamente a criterios de eficiencia económica⁵.

Desde otro punto de vista, esta deslocalización empresarial se traduce, en muchas ocasiones, en un incremento de las relaciones laborales transfronterizas, lo cual nos sitúa en el ámbito de actuación del DIPr al que corresponde la labor de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio. En el ámbito de la UE el legislador se ha preocupado por desarrollar esta función orientando materialmente las disposiciones de DIPr. hacia la tutela de los trabajadores, pero su labor puede verse comprometida por el propio fenómeno de la deslocalización de la producción, que exige de la UE una (mejor) proyección de sus políticas sociales sobre las situaciones heterogéneas creadas como consecuencia de este abandono del mercado nacional⁶.

El control de los efectos de esta deslocalización sobre los trabajadores obliga, por tanto, a un cambio de paradigma del DIPr. mediante el cual las técnicas unilaterales cobran especial protagonismo, de manera que la función de nuestra disciplina ya no es tanto localizadora como delimitadora del ámbito de aplica-

p. 234. De forma muy gráfica G. Lyon –Caen y A. Lyon –Caen se refieren a estos supuestos de movilidad empresarial, que suponen un cambio de ley aplicable a la relación laboral, como un problema de “expatriación” del trabajador; *vid.* G. Lyon –Caen y A. Lyon –Caen, *Droit social international et européen*, 8ª Ed., París, Dalloz, 1993, p. 21.

⁴ En este mismo *AEDIPr* U. Belintxon Martín ha definido el *dumping* social como “aquellas prácticas que pretenden, en ocasiones mediante sociedades ficticias y/o sociedades buzón, eludir las normas de acceso a un determinado sector comercial (...) con el objetivo de obtener ventajas competitivas (entre otras: menor coste de producción, menores costes salariales/laborales y de seguridad social, empeoramiento de las condiciones contractuales, menor fiscalidad, menores costes de matriculación de vehículos), generando frente al resto de competidores una competencia absolutamente desleal, e incurriendo en fraude y abuso en relación con el desplazamiento de trabajadores y el acceso a las prestaciones sociales”. *Vid.* U. Belintxon Martín, “Dumping social, desarmonización socio –laboral y Derecho internacional privado: la des –Unión Europea”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, p. 622.

⁵ *Vid.* J. García Murcia, “Deslocalización y tutela de los derechos sociales: la perspectiva europea”, *La Ley* nº 1, 2007, p. 1160. Se instaure de este modo un “mercado del derecho” donde tiene lugar “la selección natural de los ordenamientos jurídicos más complacientes, con el propósito de acumular ganancias financieras”, de manera que “la práctica de las banderas de conveniencia se difunde así por tierra firme, en forma de una *law shopping* que trata a los Derechos nacionales como productos que compiten en un mercado internacional de normas”. Son palabras de A. Supiot (“Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 129, 2010, p. 170) que recoge J. Bonet I Pérez, para quien la globalización económica ha transformado la función reguladora de los Estados, de los que se pretende que “orienten su ordenamiento jurídico para que éste sea atractivo en el contexto del mercado global, lo que comporta tendencias desreguladoras así como la eliminación de barreras a los operadores económicos privados”; *vid.* J. Bonet I Pérez, “Gobernanza económica y desarrollo social: una aproximación desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)”, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia –San Sebastián*, vol. XV, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 59.

⁶ *Vid.* A. Arpaia y R. Scarpa, “Pour une stratégie globale de l’Union européenne contre le *dumping* social des États antilibéraux et pour la sécurité globale”, *Bulletin européen*, nº 748, 2012, pp. 15 y 16.

ción espacial de los ordenamientos jurídicos en presencia⁷, particularmente de las disposiciones (imperativas) que forman parte del Derecho del trabajo, cuyo carácter esencialmente territorial constituye el principal obstáculo para proteger a los trabajadores en la actual etapa de economía global⁸.

3. La situación descrita es sobradamente conocida y ha sido estudiada desde diversos ámbitos, políticos, económicos y jurídicos. El objetivo de estas páginas es el de explicar en qué medida las soluciones vigentes de DIPr. europeo pueden servir como instrumento de fiscalización de esta particular forma de ejercicio de la libertad de empresa⁹, y cómo podemos evitar el debilitamiento de las normas imperativas adoptadas en la UE para proteger a los trabajadores ante la ausencia de una eficaz regulación universal de sus derechos sociales¹⁰.

II. La estrategia de la UE frente a los trabajadores “deslocalizados”

4. Para comprender el verdadero alcance de las disposiciones de DIPr. europeo en materia de contrato internacional de trabajo es necesario, previamente,

⁷ Ampliamente, nos explica este resurgir del unilateralismo, R. Arenas García, “El Derecho internacional privado (DIPr) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, nº 1, 2007, pp. 19–94. Discuten esta “renovación” del unilateralismo, Y. Loussouarn, P. Bourrel y P. de Vareilles–Sommières, *Droit international privé*, 10ª ed., París, Dalloz, 2013, pp. 126–132.

⁸ Es necesario que este sector del ordenamiento jurídico tenga un ámbito de aplicación más amplio, similar al del mercado en el que operan los sujetos económicos a los que se aplica; *vid.* M. Rodríguez–Piñero Royo, “El Derecho del trabajo en la era de la globalización”, *Gaceta Sindical: Reflexión y debate*, nº 2, 2002, p. 165. En el mismo sentido, considerando que el desarrollo de las multinacionales pone en causa los postulados clásicos del Derecho del trabajo y compromete la eficacia de las formas tradicionales de reglamentación del trabajo, *vid.* M.–A. Moreau y G. Trudeau, “Les normes du droit du travail confrontées à l’évolution de l’économie: de nouveaux enjeux pour l’espace régional”, *Journ. dr. int.*, nº 4, 2000, pp. 915–948, esp. p. 922. Por su parte, J.L. Sampedro se refiere a las naciones como “un gravoso lastre para el futuro del progreso humano” y defiende una “vía multinacional”, de adaptación hacia el exterior, como mecanismo de control de las empresas multinacionales que escapan al control del interés común; *vid.* J.L. Sampedro, *Economía humanista*, Barcelona, Debate, 2009, pp. 276–279. Ampliamente, sobre las consecuencias de la globalización en las técnicas de regulación de las situaciones privadas internacionales, *vid.* P.A. de Miguel Asensio, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 37–87.

⁹ Desde el mismo punto de vista, *vid.* G. Palao Moreno, “Las normas del Derecho internacional privado de origen comunitario en materia de contrato individual de trabajo, ante los retos de la integración europea y de la globalización”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 309–334. Otros autores han analizado la virtualidad de las normas de DIPr. para crear un mercado interior competitivo con los mercados externos y favorecer la libre circulación de trabajadores en el territorio de la UE. En este sentido, *vid.* M. D. Adam Muñoz, “Algunas consideraciones en torno al contrato individual de trabajo en el Derecho internacional privado”, M. Sabido Rodríguez (Coord.), *Algunos retos que plantea la realidad social, económica y jurídica actual en los ámbitos societario y laboral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 247–284.

¹⁰ *Id.* A. Bonomi, “Globalización y Derecho internacional privado”, *Globalización y comercio internacional. Actas de las XX Jornadas de la AEPDIRI*, t. XX, 2003, p. 224.

analizar cómo se resuelve en la UE la tensión existente entre las libertades de circulación económica sobre las que se construye el Mercado Interior y la protección de los trabajadores en el marco del ejercicio de estas libertades. Esta protección se configura como una razón de “interés general” que puede obstaculizar legítimamente el ejercicio de aquellas libertades, pero su operatividad se limita por la aplicación de un test de proporcionalidad que, en demasiadas ocasiones, ha llevado al TJUE a declarar la incompatibilidad con el Derecho europeo de las medidas adoptadas en los Estados miembros para tutelar al trabajador.

A tales efectos analizaremos la reciente jurisprudencia del TJUE en la materia y delimitaremos el alcance de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios¹¹, cuyas disposiciones fijan unos derechos sociales mínimos que constituyen el marco de referencia de las normas imperativas en el ámbito que nos ocupa.

1. La dialéctica entre deslocalización de empresas y protección de los trabajadores en la jurisprudencia reciente del TJUE.

5. La estrategia de la UE ante las medidas estatales de protección de los derechos de los trabajadores es claramente defensiva, tal y como se infiere de la jurisprudencia del TJUE a partir de los asuntos *Viking*¹², *Laval*¹³ y *Rüffert*¹⁴. En todos los casos, el Alto Tribunal “actúa como garante de los derechos sociales que no alteren las bases económicas de la UE”¹⁵, favoreciendo el ejercicio de las libertades de circulación económica y la libre competencia. Sobre esta base las autoridades europeas se alinean con las políticas de las potencias asiáticas y los países emergentes, que priman el objetivo de crecimiento económico sobre el desarrollo de los derechos sociales, olvidando su compromiso político con los trabajadores¹⁶.

¹¹ DO L 18 de 21 enero 1997. Directiva desarrollada y adaptada al Derecho español por la Ley 45/1999 de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE 30.11.1999).

¹² STJCE 11 diciembre 2007, asunto C-438/05.

¹³ STJCE 18 diciembre 2007, asunto C-341/05.

¹⁴ STJCE 3 abril 2008, asunto C-346/06.

¹⁵ Vid. A. Esteve Segarra, “Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social”, *Revista de Información Laboral*, nº 6, 2015, p. 2. También sobre esta jurisprudencia vid. A. Adrián Arnáiz, “Las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas “Viking” y “Laval” (2007) y “Rüffert” y “Comisión c. Luxemburgo” (2008) y la prevención del dumping social en la Unión Europea”, *Revista de Información Laboral*, nº 7, 2008, pp. 2-13.

¹⁶ De este modo se restringe intensamente la competencia de los Estados miembros en materia social, lo que ha llevado a algunos autores a hablar de una orientación hacia el modelo de “*economic due process*”. En este sentido vid. B. Van Der Eem, *Le droit international privé dans le nexus de l'intégration*

Un reciente ejemplo de esta estrategia, en la que la prevención del *dumping* social como objetivo exclusivamente estatal, no asumido por la UE¹⁷, también cede frente a las libertades de circulación económica, lo encontramos en la STJUE 18 septiembre 2014, asunto C –549/13, *Bundesdruckerei*. En su decisión, el Alto Tribunal ha declarado contraria al art. 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios, una norma alemana que exigía la incorporación de un salario mínimo obligatorio en los pliegos de condiciones de un contrato público.

El litigio principal del que trae causa esta decisión tiene su origen en un concurso abierto por la ciudad de Dortmund en Alemania para la realización de un contrato público de digitalización de documentos y de conversión de datos en materia de urbanismo. En el pliego de condiciones se establecía que el licitador debía comprometerse a abonar un salario mínimo por hora de 8,62 euros y a exigir a los subcontratistas igual compromiso. Las prestaciones del contrato se realizarían exclusivamente en Polonia por un subcontratista establecido en este Estado, que informó al licitador alemán de su negativa a respetar ese salario mínimo por considerar que constituía una restricción injustificada de la libre prestación de servicios, en la medida en que implicaba una carga económica adicional que podría impedir o hacer menos atractiva la prestación del servicio por la empresa.

El TJUE consideró que el establecimiento de un salario mínimo fijo como el requerido por el licitador fuera de su territorio no guarda relación con el coste de vida en el Estado miembro en el que se llevarían a cabo las prestaciones relativas al contrato público de que se trata y priva a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una “ventaja competitiva” de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos. Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal de Luxemburgo concluye que la condición del licitador, imponiendo un salario mínimo fuera del Estado de su establecimiento, va más allá de lo necesario para garantizar la protección de los trabajadores afectados (apartado 34).

6. La decisión del TJUE en el asunto *Bundesdruckerei* constituye un nuevo escalón en un itinerario jurisprudencial tendenciosamente inclinado a favor de la libertad de empresa, en el que el Alto Tribunal decide sobre la base de una valoración “sesgada” de las circunstancias del caso concreto, “que solo cede, muy

européenne. *Étude de fédéralisme comparé*, Atelier National de Reproduction des Thèses, Villeneuve d'Ascq Cedex, 2012, pp. 318 –335.

¹⁷ Se ha señalado incluso que “(c)ontra todo pronóstico, el *dumping* social está proviniendo de las propias instancias europeas”; vid. A.G. I Fabrellas, “Libre prestación de servicios y desplazamiento temporal de trabajadores”, *Relaciones laborales*, nº 19, 2011, pp. 1287 –1309. La misma denuncia se desprende de las palabras de J. Porta, “Le salaire minimal, un instrument national pour lutter contre le dumping social?”, *Le Droit Ouvrier*, nº 802, 2015, pp. 316 –321.

excepcionalmente, cuando los intereses laborales en juego son especialmente sensibles y pueden verse afectados de forma notoria o extrema”¹⁸.

En esta lógica jurisprudencial la liberalización de las actividades económicas y las medidas sociales correctoras ocupan una posición asimétrica, de forma que mientras la primera adquiere el estatus de derecho, las segundas se sitúan en el espacio reservado a las excepciones, lo cual puede llevar a vaciar de contenido nuestra constitución económica, que atribuye al Estado un papel esencial en las relaciones laborales¹⁹. Efectivamente, estamos asistiendo a un cambio en el modelo constitucional europeo, que confluye con el modelo estadounidense²⁰, en la medida en que se está incorporando una nueva dimensión de la libertad de empresa, en su vertiente internacional de libre comercio y de libre acceso a los mercados, sin que el ejercicio de este derecho se limite con un adecuado contrapeso jurídico de contenido socio-laboral²¹.

¹⁸ Son duras palabras de D. Álvarez Alonso a propósito de la decisión del TJUE de 11 diciembre 2014, en el asunto C-576/13, *Comisión c. Reino de España*, que ofrece también una ocasión para reflexionar sobre el modo en el que el Alto Tribunal está abordando la interacción entre las libertades de circulación económica de la UE y las normas laborales. Para el autor, los jueces de Luxemburgo llevan a cabo una “ponderación sesgada y apriorística”, que no considera las obligaciones asumidas por España en virtud del Convenio nº 137 OIT sobre el trabajo portuario (garantía de periodos mínimos de empleo o ingresos mínimos para los trabajadores, registros especiales de estibadores o exigencias en materia de seguridad e higiene y formación), basada en un juicio “unidireccional” de idoneidad y necesidad de las medidas adoptadas por nuestro país; *vid.* D. Álvarez Alonso, “Libertad de establecimiento y gestión de trabajos portuarios de estiba y desestiba”, J. García Murcia y A. García Torres (coords.), *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Oporto, Juruá, 2016, p. 154. En particular, sobre la necesidad de tomar en consideración el Convenio nº 137 OIT sobre el trabajo portuario en este asunto, *vid.* M. Rodríguez Piñeiro y Bravo-Ferrer, “La libertad de establecimiento *ex art.* 49 TFUE y el régimen español de trabajo portuario”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 1, 2015, pp. 19-33.

¹⁹ *Vid.* M. Llobera Vila, “Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del TJUE: la senda abierta hacia la sentencia *Bundesdruckerei*”, *Lex Social*, vol. 5, nº 1, 2015, p. 99.

²⁰ Esta “confluencia” también se deja sentir en la regulación proteccionista del mercado de trabajo que se propone desde la UE. Así se infiere de la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno reunidos en el seno del Consejo europeo, relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea (DO C 69I de 23 febrero 2016), en la que se plantea la posibilidad de que un Estado miembro pueda limitar los flujos de trabajadores durante un periodo prolongado como medida de protección frente a las libertades de circulación (sección D). Comenta esta decisión M. A. Alcoceba Gallego, “La nueva naturaleza de la (des) Unión Europea: flexibilidad y crisis de integración”, *REDE*, nº 58, 2016, pp. 47-80.

²¹ Muy reveladoras resultan, a este respecto, las palabras del Abogado General Pieter Van Themaat en sus conclusiones a las sentencias del TJCE de 3 febrero 1982, asuntos 62/81 y 63/81, *Seco y Desquenne* (“una de las características fundamentales de la libre prestación de servicios que persigue, entre otros objetivos, el mercado común, consiste en que todo empresario pueda sacar provecho, en principio, de las ventajas de costes existentes en su país, entre ellas los menores costes salariales, en el marco de la competencia no falseada en la prestación de servicios en otros Estados miembros”), que recoge y utiliza M. Llobera Vila para explicar el proceso de devaluación de los costes laborales dentro de la UE como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE en materia de libre prestación de servicios. *Vid.* M. Llobera Vila, “Las medidas estatales...”, *loc. cit.*, p. 90. También sobre la necesidad de *conciliar* las reglas sobre

Este contrapeso podría establecerse mediante la consideración de los derechos sociales reconocidos como fundamentales en los instrumentos internacionales (*ad ex.* en la Carta social europea), que deberían servir para delimitar el concepto de “interés general” en el que se amparan las restricciones de los Estados miembros a las libertades de circulación económica y modificar el funcionamiento en el ámbito laboral de la doctrina *Cassis de Dijon*, que conlleva la aplicación de un triple test de legitimidad, necesidad y proporcionalidad de tales restricciones para determinar su compatibilidad con el Derecho de la UE²².

7. Sobre esta base, frente a una aplicación de estos mecanismos de control que responde a una “lógica de mercado interior”, se ha sugerido que, al menos cuando está en causa un derecho fundamental de los trabajadores como el derecho de huelga, sean las medidas que limitan el ejercicio de estos derechos las que se sometan a un control de proporcionalidad que justifique su necesidad, y no a la inversa²³.

Con la misma finalidad se ha propuesto la aplicación de otro test de compatibilidad, de carácter “bidireccional”: por un lado, para enjuiciar si las medidas estatales constituyen restricciones proporcionadas o desproporcionadas frente a las libertades de circulación y, por otro lado, en sentido inverso, para determinar si la eliminación de las regulaciones estatales adoptadas en razón de la protección del trabajador es verdaderamente adecuada y necesaria para asegurar la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento dentro del territorio de la UE²⁴.

las libertades de circulación y los derechos sociales, *vid.* S. Robin –Olivier, “Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe”, *Droit Social*, nº 3, 2016, pp. 219 –227.

²² Teniendo en cuenta el sentido de esta jurisprudencia y a los efectos de “inmunizar” las normas laborales estatales frente a la aplicación de las libertades de circulación, se ha propuesto una disposición *de lege ferenda* que recoja las concretas razones de interés general que pueden legítimamente limitar el ejercicio de la libre circulación de factores económicos; *vid.* J. Baquero Cruz, *Entre competencia y libre circulación: el Derecho constitucional económico de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, p. 166. También con esta finalidad se ha propuesto excluir expresamente del concepto de “restricción” las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo, las relaciones entre empleadores y trabajadores, los salarios, las materias de seguridad social y las acciones derivadas del ejercicio de derechos fundamentales; *vid.* J. Viciano Pastor y A. Guamán Hernández, “Libertades económicas en el mercado común y normas laborales”, J. M. Goerlich Peset (Coord.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Madrid, CES, 2011, pp. 181 –182.

²³ *Vid.* M. Gardeñes Santiago, “Le détachement transnational de travailleurs dans le cadre des prestations de services: un sujet spécialement difficile pour le marché intérieur”, *Mélanges en l’honneur du Professeur Joël Molinier*, París, LGDJ, 2012, pp. 269 –270.

²⁴ En este sentido *vid.* D. Álvarez Alonso, “Libertad de establecimiento...”, *loc. cit.*, p. 158.

8. La aplicación de este otro test no debería cuestionarse, al menos, cuando están en juego los derechos fundamentales de los trabajadores. Sin embargo, en la más reciente jurisprudencia del TJUE encontramos ejemplos de decisiones contradictorias en este ámbito, que no ayudan en la lucha contra las políticas empresariales basadas en estrictos criterios de eficiencia económica. Así sucede en las sentencias de 14 marzo 2017, asuntos C –188/15, *Asma Bougnaoui* y C –157/15, *Samira Achbita*.

El asunto *Bougnaoui* tiene su origen en el despido de una trabajadora como consecuencia de las quejas recibidas en la empresa por uno de sus clientes al ser atendido por ésta portando de forma visible el pañuelo islámico, pese a las advertencias del representante de la empresa de que esta actitud podía constituir un problema en la relación con los clientes. El TJUE concluyó que la mera voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un “requisito profesional esencial y determinante” que justifique un trato discriminatorio en el sentido del art. 4.1º Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación²⁵.

Por su parte, en el asunto *Achbita* el litigio se plantea como consecuencia del despido de una trabajadora por persistir en el uso del pañuelo islámico en su lugar de trabajo en contra de la política interna de neutralidad de la empresa, que prohibía expresamente y sin distinción, a todos los empleados, ostentar cualquier tipo de signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo. El TJUE considera legítima la voluntad de seguir este régimen de neutralidad en las relaciones con los clientes por entender que el deseo del empresario de ofrecerles una imagen neutra está vinculado a la libertad de empresa. Sobre esta base el Alto Tribunal declara que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de la empresa no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones en el sentido de la Directiva 2000/78/CE; en cambio, tal prohibición puede constituir una discriminación indirecta si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas. Ahora bien, matiza el Tribunal, tal discriminación indirecta puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, siempre que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

²⁵ DO n° L 303 de 2.12.2000.

Aunque los fallos del TJUE parecen contradictorios, lo cierto es que ambos esconden un claro posicionamiento a favor del principio de libertad de empresa manifestado a través de una “política de neutralidad” que permite restringir expresamente la exteriorización de la libertad de convicciones del trabajador en el ámbito laboral.

9. Ambas decisiones cobran particular importancia en la materia que nos ocupa, pues la movilidad internacional de la mano de obra que puede producirse con motivo de la deslocalización de la producción va acompañada de la (necesaria) inserción del trabajador y de su familia en una comunidad política y socio – cultural que puede ser muy distinta y que exige del país de acogida un respeto de su identidad cultural²⁶.

Con esta finalidad se ha desarrollado un “análisis en dos escalones” de las normas de DIPr aplicables al contrato internacional de trabajo, que permite corregir la aplicación del Derecho (del Estado donde se realiza la prestación laboral) al que remite la norma de conflicto de leyes en atención a los elementos internacionales del supuesto litigioso²⁷. La pregunta que nos planteamos a la luz de esta jurisprudencia del TJUE es si este mecanismo de DIPr superaría el control de proporcionalidad al que el Alto Tribunal somete sus decisiones en materia de políticas sociales. La respuesta sería, previsiblemente, negativa, por lo que insistimos en la necesidad de revisar la aplicación de la doctrina *Cassis de Dijon* en el ámbito laboral. Ello permitiría limitar el alcance de la libertad de empresa en la que se amparan las decisiones de deslocalización de la producción, al menos, cuando esté en juego la protección del “núcleo duro” de derechos sociales reconocidos por el art. 3 Directiva 96/71/CE²⁸.

2. El alcance de los derechos sociales mínimos fijados por el legislador europeo

10. Aparentemente, el legislador europeo ha corregido estos efectos “perversos” de la deslocalización de la producción con la promulgación de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una

²⁶ Vid. M.J. Serrano García, *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales. La conversión del Convenio de Bruselas y del Convenio de Roma en Reglamentos comunitarios*, Madrid, Ed. Cometa, Colección de Derecho Laboral, 2011, p. 13.

²⁷ Ampliamente sobre esta solución, que permite “llegar a un compromiso entre valores culturales contrapuestos”, vid. L. García Gutiérrez, “El “doble escalón” del Derecho internacional privado: sobre la toma en consideración de otro ordenamiento jurídico en la interpretación del Derecho material aplicable”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1547–1561.

²⁸ Las disposiciones de este precepto han sido unánimemente calificadas como normas internacionalmente imperativas, de orden público, no sujetas al control de proporcionalidad; vid. A. Quiñones Escámez, “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto *Arblade al Portugaia*), RDCE, nº 12, 2002, p. 448.

prestación de servicios²⁹. Efectivamente, las condiciones en las que las empresas desarrollan esta libertad de circulación económica, que escapan en gran medida a las reglas del país donde se ejerce la actividad³⁰, favorecen la (re)ubicación o (re)localización de su sede en países (Estado de origen) con estándares de protección social más bajos que en aquellos países donde efectivamente se prestan los servicios (Estado de acogida). Para evitar este *dumping* social, en la Directiva de referencia se corrige el mandato de aplicación de las normas del país de origen del prestador y se obliga a los Estados miembros a garantizar el cumplimiento de un conjunto de normas de protección imperativas (núcleo duro) vigentes en el Estado miembro de acogida (art. 3).

11. Sin embargo, el limitado alcance del ámbito de aplicación de estas disposiciones compromete su función social. Por un lado, porque la Directiva 96/71/CE únicamente protege a los trabajadores desplazados desde países con estándares sociales más bajos que los reconocidos en el Estado de acogida, de manera que quedan fuera de su ámbito de aplicación todos aquellos supuestos en los que la prestación de servicios se lleva a cabo mediante la contratación de trabajadores en el Estado de acogida³¹.

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en el asunto *Bundesdruckerei*, en el que, tal y como hemos adelantado, ha considerado que el salario mínimo del Estado de establecimiento de la empresa adjudicadora (Estado de origen) no puede imponerse fuera de su territorio y que su extensión para la eje-

²⁹ Vid. H. Guichaoua, “Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe du salarié: une forme recherchée de travail illégal et de dumping social sur le territoire français”, *Le Droit Ouvrier*, n° 802, 2015, pp. 268–274.

³⁰ A diferencia de la libertad de establecimiento, que obliga a las empresas a adaptarse a las normas del Estado de acogida, el ejercicio de la libre prestación de servicios se somete a las normas del país de origen. Esta diferencia en las condiciones de ejercicio de ambas libertades de circulación económica (dos caras de la misma moneda) está también en la base de las conductas fraudulentas de aquellas empresas que eluden la aplicación de las normas imperativas de protección del trabajador vigentes en el Estado donde se ejerce la actividad (Estado de acogida) amparándose en el ejercicio de una prestación de servicios y por tanto sometidas a las normas del Estado de origen. Un ejemplo de lucha contra este tipo de conductas lo encontramos en la reciente jurisprudencia francesa (*Cass. Crim.* n° 11–88420, de 11 marzo 2014, *EasyJet Airline Company Ltd.* y *Cass. Crim.* n° 12–81461, de 11 marzo 2014, *Vueling Airlines*), que califica como fraude de ley el comportamiento de sendas compañías aéreas que ejercen su actividad de transporte aéreo de pasajeros en Francia a través de una completa infraestructura comercial, técnica y humana, sin someterse a las normas de orden público francesas. Particularmente, las compañías británica y española encausadas eluden la aplicación del artículo L–311–2 del Código de Seguridad Social francés, que obliga a la afiliación de pleno derecho de toda persona que trabaja en Francia, presentando a sus trabajadores como asalariados desplazados en el marco de una prestación de servicios y sujetos al Derecho británico y español respectivamente. Sobre estas decisiones vid. H. Guichaoua, “Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères: les arrêts *Easy Jet* et *Vueling*”, *Le Droit Ouvrier*, n° 791, 2014, pp. 385–390.

³¹ Estos supuestos constituyen, precisamente, el “amparo explícito del *dumping* social”; en este sentido, vid. A. Esteve Segarra, “Un balance de la jurisprudencia...”, *loc. cit.*, p. 9.

cución de un contrato público en el Estado del subcontratista (Estado de acogida) constituye una restricción de la libre prestación de servicios contraria al Derecho de la UE, en la medida en que priva a los contratistas de “obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos”³².

12. Por otro lado, no debe olvidarse que el mandato de aplicación de las disposiciones a las que se refiere el art. 3 de la Directiva 96/71/CE no supone la armonización de los costes de la mano de obra en Europa, sino que únicamente establece un mínimo necesario para garantizar que las condiciones laborales de los trabajadores desplazados se adaptan al coste y al nivel de vida del Estado miembro de acogida durante el tiempo que dure su desplazamiento, sin menoscabar por ello el ejercicio de la libre prestación de servicios en cuyo marco se lleva a cabo esta movilidad³³. Por lo tanto, también en este ámbito se sigue un estricto control de proporcionalidad, que favorece el ejercicio de las libertades económicas en detrimento de los derechos de los trabajadores³⁴.

13. En todo caso, no podemos negar que este “mínimo común denominador” (“núcleo duro”) hace un poco más difícil el *dumping* social intracomunitario y puede servir de marco de referencia en los supuestos de deslocalización extracomunitaria. En este ámbito, las empresas de la UE compiten globalmente en mercados mucho más desregulados socialmente y, por ello, en una situación competitiva más favorable desde el punto de vista de los costes sociales y laborales. Esta situación puede provocar una presión a la baja de los sistemas de

³² *Vid. supra* p. 6.

³³ La Directiva se configura como un “techo máximo” que marca los estándares más altos de tutela que pueden aplicarse a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan establecer condiciones de empleo y de trabajo más favorables para los trabajadores, de acuerdo con lo establecido en el considerando 17 de la Directiva y de conformidad con la previsión de su art. 3.7. En consecuencia, únicamente se puede imponer a las empresas extranjeras el respeto de las condiciones mínimas establecidas en las leyes o en los convenios colectivos que cumplan los requisitos establecidos por la Directiva. Sin embargo, respecto de las materias que no son consideradas por la Directiva como fundamentales, solo sería posible imponer aquellas condiciones previstas en normas o disposiciones de orden público, “entendiendo este concepto de manera restrictiva y no determinable unilateralmente por los Estados miembros”; *vid.* J. Viciano Pastor y A. Guamán Hernández, “Libertades económicas en el mercado común y normas laborales”, J.M. Goerlich Peset (Coord.), *Libertades económicas...*, *op. cit.*, pp. 164–165.

³⁴ Este control se mantiene, en los mismos términos, en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE, COM (2016) 128 final de 8 marzo 2016. En su exposición de motivos se señala expresamente que “en un mercado interior muy competitivo, la competencia se basa en la calidad del servicio, la productividad, los costes (de los que los costes laborales son solo una parte) y la innovación”, colocando a los derechos sociales al servicio de la competitividad.

protección de los trabajadores, que puede corregirse mediante una extensión de la política social comunitaria más allá de sus fronteras³⁵.

En este contexto el DIPr. europeo cumple un papel determinante, tal y como pondremos de manifiesto a través del análisis de las normas vigentes en materia de contrato internacional de trabajo.

III. Derecho internacional privado europeo y contrato internacional de trabajo

14. La deslocalización de empresas a través del traslado de su producción hacia países con menores costes laborales puede provocar un incremento de las relaciones laborales afectadas por un elemento de internacionalidad cuya regulación corresponde particularmente al DIPr. En el ámbito de la UE el legislador ha abordado la regulación de estas relaciones en el marco de las tres materias que integran el contenido básico de nuestra disciplina, siempre con la finalidad de tutelar al trabajador. Con este objetivo se incluye una sección específica (arts. 20 a 23) en materia de contratos de trabajo dentro del Capítulo II del Reglamento 1215/2012, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RB I bis)³⁶. Con la misma finalidad el art. 8 del Reglamento 593/2008, de 17 junio 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (RR I)³⁷, contiene una solución especial para los contratos individuales de trabajo. Por último, la protección del trabajador es considerada de forma particular dentro de los motivos de denegación del reconocimiento de decisiones judiciales que recoge el art. 45 RB I bis.

Antes de analizar el alcance de estas disposiciones y de determinar su virtualidad para proteger al trabajador es necesario delimitar su ámbito de aplicación material. A tales efectos es preciso proceder a una calificación de la relación que se establece entre el empresario y el trabajador que permita su subsunción en la categoría de contrato internacional de trabajo utilizada por el legislador de la UE.

1. La calificación funcional del contrato de trabajo.

15. La finalidad de las normas de DIPr. europeo que serán objeto de análisis es, como se ha apuntado, la protección del trabajador en tanto que parte económica y jurídicamente más débil de la relación contractual. En consecuencia, únicamente las relaciones jurídicas en las que el trabajador ocupe esta posición

³⁵ Vid. J. M. Muñoz, “Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del mercado interior comunitario”, *Temas Laborales*, nº 130, 2015, p. 78.

³⁶ DO L 351 de 20.12.2012.

³⁷ DO L 177 de 4.7.2008.

de debilidad podrán calificarse como “contrato de trabajo” susceptible de ser regulado por dichas disposiciones³⁸.

A diferencia de lo que sucede en materia de contratos celebrados con consumidores, en torno a los cuales el legislador europeo también ha articulado un sistema especialmente protector sobre la base de una definición precisa de la persona tutelada, ni el RB I bis ni el RR I definen lo que deba entenderse por contrato de trabajo o trabajador a los efectos de aplicación de dicho sistema especial³⁹.

16. Para colmar esta laguna se ha propuesto llevar a cabo una calificación “territorial” conforme a los criterios del lugar donde el trabajador realiza su actividad laboral⁴⁰. Esta solución se condice con la contenida en el art. 2.2 de la Directiva 96/71/CE, que se remite expresamente al concepto de trabajador que sea aplicable conforme al Derecho del Estado miembro (de acogida) donde esté desplazado. Pero esta calificación territorial puede debilitar la protección del trabajador, precisamente en los supuestos de desplazamiento de trabajadores y de transferencia de empresas⁴¹, interesadas en buscar el ordenamiento laboral más flexible que permita, incluso, disimular la existencia del contrato de trabajo para beneficiarse de un régimen menos gravoso.

17. Frente a esta solución, es preferible partir de una calificación “autónoma” del contrato de trabajo, independiente de la utilizada por los legisladores nacionales⁴². Esta calificación debería realizarse a partir de una “aproximación fun-

³⁸ En el mismo sentido, M. A. Adam Muñoz insiste también en la necesidad de llevar a cabo una “adecuada” calificación del contrato de trabajo dada la finalidad protectora de la normas de DIPr. europeo adoptadas en este ámbito y, a tales efectos, propone una definición de este contrato diferente según se trate de aplicar las normas de competencia judicial internacional o las normas de determinación del Derecho aplicable. En el primer caso, la autora defiende una calificación “más estricta” por considerar que la *ratio* de los foros de competencia en materia de contrato individual de trabajo es indiscutiblemente tuitiva; en el segundo caso, sugiere llevar a cabo una calificación “más flexible” por entender que las normas de conflicto de leyes europeas no están materialmente orientadas a proteger al trabajador sino que su objetivo es meramente localizador. *Vid.* M. D. Adam Muñoz, “Algunas consideraciones ...”, *loc. cit.* pp. 282–283.

³⁹ Únicamente en el informe Jenard/Möller sobre el Convenio de Lugano de 1988, paralelo al Convenio de Bruselas que antecedió al Reglamento, se señalaba que una relación laboral supone en todo caso la existencia de un “vínculo de dependencia del trabajador con respecto al empleador” (DO C 189 28.7.1990).

⁴⁰ *Vid.* M. Casado Abarquero, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pp. 70–76.

⁴¹ La propia Comisión se ha referido a este debilitamiento en su Libro Verde “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, COM (2006) 708 final, de 22 noviembre 2006.

⁴² A este respecto se ha señalado que, puesto que está en juego la aplicación de instrumentos de Derecho europeo, “se impone un análisis desde la perspectiva europea”; *vid.* L. Carballo Piñeiro, “Comentario a la STSJ Madrid, Sala de lo Social (Sección 5ª), nº 519/2013, de 10 de junio”, *REDI*, vol. LXVI – I, 2014, p. 279.

cional” que permita “diferenciar el lenguaje jurídico utilizado, por un lado, y la finalidad perseguida, por otro”, de manera que se tenga en cuenta la “función” que cumple el contrato de trabajo con independencia de la construcción técnica empleada y de los términos utilizados para designar la relación que se establece entre las partes del contrato⁴³.

De este modo se podrían resolver los problemas que plantea la calificación de las nuevas formas de organización del trabajo, en las que los elementos esenciales de la relación laboral se desdibujan, favoreciendo las conductas fraudulentas del empresario. Efectivamente, muchas de estas nuevas formas de realización de las actividades laborales pueden no ser reconducibles mediante los postulados y requisitos clásicos del Derecho del trabajo a pesar de la existencia de una relación de dependencia entre las partes⁴⁴. En estos casos es necesario llevar a cabo una calificación materialmente orientada a garantizar la protección de quienes ocupan una posición de debilidad contractual con independencia de la denominación del contrato. Una calificación en este sentido (material) permitiría subsumir las nuevas realidades del mercado laboral en el supuesto de hecho de las normas pensadas para proteger al trabajador por la posición de debilidad que ocupa en la relación contractual⁴⁵.

En definitiva, proponemos llevar a cabo una calificación de la relación contractual flexible, que parta de las circunstancias del caso concreto⁴⁶, y garantice la “finalidad social” de las disposiciones de DIPr. europeo a través de las cua-

⁴³Vid. M. Aguilar Benítez de Lugo, “Los problemas de aplicación de la norma de conflicto: una concepción internacionalista y funcional”, *Pacis Artes...*, *op. cit.*, p. 1121.

⁴⁴ El proceso de transformación del trabajo y la deslocalización de las empresas permiten que ciertos sujetos y/o entidades puedan operar con una mínima estructura organizativa; tal es el caso de la empresa *Uber Technologies Inc.*. Aparentemente los conductores que llevan a cabo el transporte de viajeros a través de una aplicación móvil gratuita no son empleados de *Uber*; sin embargo, en marzo de 2015 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) de Cataluña elaboró un informe en el que se considera que los conductores de *Uber System Spain* son trabajadores empleados por esta compañía en la medida en que en ellos concurren las notas de dependencia y ajenidad por las que se delimita el ámbito de aplicación material del Derecho del Trabajo. La ITSS deduce la concurrencia de estas notas de determinados indicios como: a) el hecho de que los conductores sean previamente seleccionados; b) la circunstancia de que las rutas estén fijadas por las compañías; c) la puesta a disposición de los chóferes de un móvil para prestar los servicios, y d) la existencia de un sistema de incentivos como forma de retribución. Sobre esta cuestión, *vid.* E. M. Sierra Benítez, “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del trabajo debemos construir para el siglo XXI?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, nº 4, 2015, p. 21.

⁴⁵ También sobre la necesidad de “repensar” el concepto de trabajador, *vid.* E. Rojo Torrecilla, “El nuevo trabajo: el conflicto entre la flexibilidad y la seguridad y la búsqueda del necesario equilibrio”, *Sociedad y Utopía, Revista de Ciencias Sociales*, nº 22, 2003, pp. 117–134, esp. p. 121.

⁴⁶ En este sentido *vid.* P. Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Valladolid, Lex Nova, 2006, p. 61 y E. M. Sierra Benítez, “El tránsito de la dependencia...”, *loc. cit.*, p. 24.

les se pretende proteger al trabajador en el marco de un contrato internacional⁴⁷.

18. Con este mismo objeto, en su sentencia de 10 septiembre 2015, asunto C-47/14, *Holterman*, el TJUE ha delimitado el ámbito de aplicación material de los foros de competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo. En el litigio principal del que trae causa esta decisión, la sociedad neerlandesa Holterman se enfrenta con el Sr. Spies von Büllenheim, residente en Alemania y demandado en su condición de administrador social por desempeñar incorrectamente sus funciones así como por incurrir en dolo o imprudencia consciente en el cumplimiento del contrato de trabajo que lo vincula con dicha sociedad. El TJUE considera que, para garantizar la plena eficacia del RBI entonces vigente, el concepto de contrato de trabajo debe interpretarse de una manera autónoma, común a todos los Estados miembros y teniendo en cuenta que, tal y como se desprende del considerando 13 del propio Reglamento, las normas especiales de competencia judicial internacional en esta materia tienen por objeto garantizar una protección reforzada de las partes más débiles de los contratos de trabajo, sustrayéndolos de las reglas generales de competencia (apartado 37).

Para delimitar este concepto el TJUE insiste en que los contratos de trabajo crean “una relación duradera que inserta al trabajador en el marco de cierta organización de los asuntos de la empresa o del empresario”⁴⁸, siendo su característica esencial la circunstancia de que “una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”⁴⁹. La existencia de esta relación de subordinación debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes⁵⁰. A tales efectos deberá tenerse en cuenta si en el contrato se regulan

⁴⁷ Este punto de vista ya ha sido adoptado como *ratio decidendi* por el TJUE en su sentencia de 5 noviembre 2011, asunto C-311/13, *Tümer*, en la que el Alto Tribunal se pronunció sobre el ámbito de aplicación material de la Directiva 80/987, de 20 octubre 1989, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Comenta esta decisión A. Espiniella Menéndez, “Trabajadores extranjeros en situación irregular e instituciones de garantía salarial”, J. García Murcia y A. García Torres (Coords.), *Libertades de circulación...*, op. cit., pp. 285-300.

⁴⁸ STJCE 15 enero 1987, asunto 266/85, *Shenavai*, ap. 16.

⁴⁹ STJCE 3 julio 1986, asunto 66/85, *Lawrie-Blum*, aps. 16 y 17.

⁵⁰ STJUE 9 julio 2015, asunto C-229/14, *Balkaya*, ap. 37. En el mismo sentido, considerando que la nota de dependencia constituye un elemento determinante de la existencia de una relación laboral, vid. SSTJUE de 11 noviembre 2010, *Danosa*, asunto C-232/09 (ap. 39) y de 11 noviembre 2015, asunto C-422/4, *Pujante Rivera* (ap. 29). El Alto Tribunal ha apreciado la existencia de una relación de dependencia incluso en un supuesto en el que el trabajador tiene la condición de “autónomo” (STJUE de 4 diciembre 2014, asunto C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*) y ha insistido en una calificación europea, independiente de la calificación jurídica de la relación laboral en el Derecho nacional, de la

aspectos característicos de una relación laboral (salario, vacaciones, etc.)⁵¹, de quién recibía instrucciones el trabajador, cuál era el alcance de éstas y hasta qué punto estaba vinculado a ellas, quién controlaba el cumplimiento de tales instrucciones y qué consecuencias tenía su eventual incumplimiento, en particular, si podía ser destituido por no atenerse a ellas.

En definitiva, el TJUE opta por una calificación flexible y funcional, como la que defendemos, que se compadece mejor con las nuevas formas de producción, alejadas del anterior modelo de organización empresarial, en el que la posición jurídicamente dependiente o subordinada del trabajador era muy rígida y la relación con el empresario se desarrollaba exclusivamente en un mismo lugar o establecimiento durante el tiempo de trabajo (horario o jornada).

Efectivamente, en un nuevo contexto de descentralización del proceso productivo se ha ido abriendo paso una concepción más flexible del contrato de trabajo, bastando ahora con cualquier nivel de integración del trabajador en la esfera organizativa, productiva y directiva de la empresa para que podamos hablar de dependencia.

En esta nueva era es suficiente con la existencia de órdenes ajenas al trabajador sobre el modo de ejecución de su trabajo o con la acomodación de la actividad laboral a los condicionamientos de la organización productiva para que podamos hablar de una posición de debilidad del trabajador, con independencia de cuál sea el nombre que recibe la relación entre las partes implicadas⁵².

naturaleza del vínculo jurídico que una a las partes de la relación contractual y de la forma de esa relación (STJUE 17 noviembre 2016, asunto C –216/15, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*). En el mismo sentido, en sus Conclusiones Generales al asunto *Holtermann*, el Abogado General Cruz Villalón ha señalado que, al interpretar de forma autónoma el concepto de contrato individual de trabajo a los efectos del Reglamento, no debe perderse de vista el fin protector de la parte más débil de la relación que está en la base de la creación por el legislador de los criterios específicos de atribución de la competencia judicial en este ámbito (apartado 27). El elemento diferenciador que separa el contrato de trabajo de la prestación de servicios a los efectos del Reglamento viene constituido, en opinión del Abogado General, por el hecho de que, en el caso del contrato de trabajo, la persona que presta el servicio está sometida, en mayor o menor grado, al poder de dirección y a las instrucciones de la otra parte de la relación contractual, lo que la coloca en una posición de subordinación respecto a ésta. Es esa posición de subordinación, señala Cruz Villalón, la que hace necesaria una protección particular de la parte más débil y justifica las reglas especiales del Reglamento europeo (apartado 28).

⁵¹ A tales efectos debería considerarse el contenido de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 octubre 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (DO L 288 de 18 octubre 1991).

⁵² Vid. A. D. Tapia Frade, “La transmisión del capital humano en las fusiones transfronterizas intracomunitarias de sociedades anónimas”, *Revista de fiscalidad internacional y negocios internacionales*, nº 2, 2016, p. 105.

2. La protección del trabajador a través de las normas de competencia judicial internacional

19. En los supuestos de deslocalización de empresas que son objeto de este estudio los litigios se plantean generalmente por el trabajador, que interviene en la posición de demandante solicitando una indemnización o la impugnación de las decisiones empresariales que modifican sustancialmente sus condiciones laborales o, en su caso, la nulidad o improcedencia del despido. Todos estos litigios entran dentro del ámbito de aplicación material del RB I bis, cuyas disposiciones tienen por finalidad garantizar la protección de los trabajadores, incluso frente a los empresarios domiciliados fuera de la UE (considerando 14).

Esta extensión del ámbito de aplicación espacial de las normas de competencia judicial en materia de contrato de trabajo más allá de las fronteras europeas había sido propuesta por la doctrina más autorizada (incluso antes de la revisión del RBI) como la mejor solución para regular las controversias internacionales, ante la falta de un legislador global⁵³. Un análisis del funcionamiento del sistema especial de competencia judicial internacional establecido por los arts. 21 a 23 RB I bis nos revelará en qué medida la delimitación de su ámbito de aplicación espacial permite, efectivamente, fiscalizar mejor las relaciones laborales que se establecen en un mercado de trabajo deslocalizado.

A) La extensión del ámbito de aplicación espacial de los foros de competencia objetivos

20. En el marco del DIPr. europeo el legislador ha elaborado un sistema de competencia judicial internacional específico para garantizar la protección de los trabajadores cuando el contrato de trabajo está afectado por un elemento de internacionalidad. Con esta finalidad el Reglamento 44/2001, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RBI)⁵⁴, introdujo una Sección 5 dentro del Capítulo II (arts. 18 a 21) en materia de contratos individuales de trabajo. A través de estas disposiciones se limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del tribunal internacionalmente com-

⁵³ Vid. A. Bonomi, "Globalización y Derecho...", *loc. cit.*, p. 224. En los trabajos de revisión del RBI ya se había señalado que la delimitación "intracomunitaria" de las soluciones del RB I podía comprometer la aplicación extraterritorial de las disposiciones imperativas de Derecho europeo adoptadas para proteger a quienes necesitan de una especial tutela por su posición de debilidad contractual; *vid.* apartado 2.2 del Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución en materia civil y mercantil, COM (200) 175 final, de 21 abril 2009.

⁵⁴ DO L 12 de 16.1.2001.

petente y se modula el juego de los foros de competencia en función de la posición procesal de las partes, reconociendo al trabajador un *forum actoris*, que se deniega al empresario demandante⁵⁵.

Estas reglas de competencia se completaron con la Directiva 96/71/CE cuyo art. 6 permite al trabajador entablar una acción ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado, incluso después de haber finalizado la relación laboral⁵⁶, con el fin de garantizar los derechos reconocidos al trabajador al amparo del art. 3 de la propia Directiva.

21. Las soluciones del RBI fueron objeto de revisión en el RB I bis, cuyo art. 6 extiende su ámbito de aplicación espacial a las acciones emprendidas frente a empresarios que tengan su domicilio fuera de la UE⁵⁷. De este modo, conforme a lo dispuesto en el ap. 2 del art. 21 RB I bis, los empresarios domiciliados en un tercer Estado podrán ser demandados ante los tribunales del Estado miembro donde el trabajador desempeñe o haya desempeñado habitualmente su trabajo, o donde esté situado el establecimiento que haya empleado al trabajador.

Se permite así una aplicación “unilateralmente universal” de una disposición de Derecho europeo cuando existe un vínculo de proximidad suficiente con el territorio de la UE⁵⁸, en aras de favorecer al trabajador demandante, particularmente, en supuestos de deslocalización de empresas como los que nos ocupan. Sin embargo, la aplicación práctica de este nuevo sistema plantea algunos problemas que pueden comprometer su función tuitiva.

22. Por un lado, esta extensión del ámbito de aplicación espacial de las normas comunitarias de competencia judicial internacional puede generar decisio-

⁵⁵ Esta regla constituye, en sí misma, un mecanismo de protección del trabajador en la medida en que reduce los costes procesales que se derivarían de la actuación ante tribunales extranjeros alejados del litigio. En este sentido, *vid.* D. Bureau y H. Muir Watt, *Droit international privé. Partie générale*, T. I, 3ª Ed. puesta al día, París, Presses Universitaires de France, 2014, p. 174.

⁵⁶ *Vid.* Art. 11.1º Directiva 2014/67/UE, de 15 mayo 2014, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (“Reglamento IMI”).

⁵⁷ El RB I bis permite también la acumulación de acciones frente a varios demandados ante los tribunales del domicilio de cualquiera de ellos (*ex art.* 8.1), pero únicamente cuando el trabajador sea el demandante. Esta solución favorece una mejor tutela de los trabajadores en muchos supuestos de deslocalización de empresas, particularmente en aquellos casos en los que el trabajador celebra un contrato con una empresa domiciliada en la UE y posteriormente es contratado por una sociedad del mismo grupo establecida en un tercer Estado para realizar una prestación laboral fuera del territorio de la UE. La aplicación del art. 8.1 RB I bis permite al trabajador demandar a ambas sociedades ante los tribunales europeos, evitando que deba litigar fuera de nuestras fronteras.

⁵⁸ *Vid.* N. Nord, “Refonte du règlement “Bruxelles I” et protection du travailleur”, *La Semaine Juridique, Édition Sociale*, nº 52, 2014, p. 23.

nes claudicantes y, en consecuencia, comprometer la tutela judicial efectiva de las partes. Para paliar este efecto se ha propuesto completar el sistema del RB I bis con la figura del *forum non conveniens*, que actuaría como cláusula de excepción facultando al juez para declinar su competencia si existe otro foro más adecuado (próximo) para conocer del asunto⁵⁹, o mejor aún, que funcionaría como un instrumento al servicio de un objetivo material, la mejor protección del trabajador⁶⁰.

Una solución en este sentido se corresponde con las tendencias flexibilizadoras de las normas de DIPr. europeo adoptadas para la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo⁶¹. Del mismo modo, la introducción del *forum non conveniens* en el sistema del RB I bis podría favorecer una regulación uniforme de alcance mundial en el ámbito que nos ocupa. No en vano el fracaso del Proyecto de Convenio de la Conferencia La Haya sobre competencia y reconocimiento se debe básicamente al choque entre el enfoque europeo, basado en rígidos criterios de competencia, y el americano, que exige un “*minimum contact test*” imponiendo al juez un control casuístico y flexible de las circunstancias del caso concreto⁶².

23. Por otro lado, la extensión de las normas de competencia judicial internacional europeas a los demandados domiciliados fuera de la UE puede tener como consecuencia la imposibilidad de invocar frente a ellos los foros de competencia exorbitantes vigentes en los ordenamientos jurídicos internos y comprometer la protección del trabajador. Efectivamente, a través de estos foros se permite afirmar la competencia de los tribunales de un Estado miembro aun cuando exista una mínima conexión con su territorio, pero de este modo se favorece la aplica-

⁵⁹ Ésta es la propuesta de L. Moreno Blesa, “Las novedades introducidas en el espacio judicial europeo con la reforma del Reglamento Bruselas I”, *Actualidad Civil*, nº 1, 2015, p. 7.

⁶⁰ A tales efectos podría considerarse la forma en la que se ha incorporado este mecanismo en el ámbito de la protección de menores. Sobre este particular vid. C. González Beilfuss, “*Forum non conveniens* a la europea: el mecanismo de transmisión del asunto al juez mejor situado”, A. Borrás y G. Garriga (eds.), *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, p. 130. El interés de las partes o la identidad *forum – ius* está precisamente entre las causas que justifican el recurso al *forum non conveniens* en los ordenamientos canadiense y japonés, donde expresamente se recoge esta figura; vid. G. Goldstein, “Le *forum non conveniens* en droit civil. Analyse comparative à la lueur du droit international privé du Québec et du Japon”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 195, nº 1, 2016, p. 73.

⁶¹ Vid. C. Otero García-Castrillón, “En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el Derecho español”, *AEDIPr.*, t. I, 2001, pp. 425–434, esp. p. 432.

⁶² Vid. A. Bonomi, “Globalización y Derecho...”, *op. cit.*, p. 224.

ción de las disposiciones imperativas de Derecho europeo que protegen al trabajador dentro de la UE⁶³.

Desde la perspectiva de nuestro DIPr interno ello supondría dejar de aplicar la solución del art. 25 LOPJ, que mantiene su redacción de 1985 y una estructura de foros alternativos en cuya virtud se atribuye una competencia exorbitante a los tribunales españoles cuando el contrato se celebre en España⁶⁴, cuando ambas partes de la relación laboral tengan nacionalidad española o incluso si los servicios se han prestado en nuestro país de manera circunstancial⁶⁵.

Ciertamente no se plantea ningún problema cuando el trabajador demandado tiene su domicilio fuera de la UE, pues en este caso el recurso a la solución del art. 25 LOPJ viene directamente determinado por el art. 6 RB I bis. Tampoco creemos que deba cuestionarse la aplicación de la norma interna española cuando el empresario demandado tiene su domicilio en un tercer Estado y la prestación laboral se realiza fuera del territorio de la UE⁶⁶. En este caso, el trabajador no debería verse obligado a acudir a los tribunales de un tercer Estado, donde realiza su trabajo o donde tiene su domicilio el empresario, si tiene la posibilidad de actuar ante los tribunales de un Estado miembro, en nuestro caso sobre la base del art. 25 LOPJ.

Más controvertida es la posibilidad de invocar este precepto cuando el trabajador español contratado en nuestro país por un empresario extracomunitario realiza su actividad laboral en otro Estado miembro de la UE y, una vez despedido, regresa a su país de origen. En estos casos, los arts. 6 y 22.1º RB I bis obligan al trabajador demandante a actuar ante los tribunales del Estado miembro donde lleva a cabo su actividad laboral, debiendo asumir unos gastos procesales que podría evitar si se le permitiera prevalerse, también en este caso, de los foros del art. 25 LOPJ.

Para evitar este deterioro del nivel de protección de los trabajadores se ha defendido una interpretación teleológica de las disposiciones contenidas en los arts. 6 y 20 a 22 RB I bis que, sobre la base de lo dispuesto en el considerando 14 del propio Reglamento, permita recurrir a los sistemas internos de competencia judicial internacional en supuestos como los indicados. De este modo la solución del art. 21.1º RB I bis no desplazaría por completo a las normas internas de compe-

⁶³ Vid. P. Pocar, "Révision de Bruxelles I et l'ordre juridique international: quelle approche unifiée", *Riv. dir. int. priv. proc.*, nº 3, 2011, pp. 592–600, esp. p. 595.

⁶⁴ Este carácter exorbitante se acentúa si, como entiende la mejor doctrina, para la aplicación de este foro de competencia es suficiente con que la oferta se haya verificado en España. En este sentido vid. E. Zabalo Escudero, "La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo", *REDI*, vol. XXXVIII, nº 2, 1986, p. 622.

⁶⁵ Vid. M. D. Ortiz Vidal, "La competencia judicial en el contrato de trabajo internacional: el Reglamento Bruselas I bis", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2015, p. 80.

⁶⁶ En contra vid. N. Nord, "Refonte du règlement...", *loc. cit.*, p. 24.

tencia judicial internacional, sino que ofrecería una alternativa adicional para atribuir la competencia a los tribunales de los Estados miembros, multiplicando los foros disponibles a favor del trabajador⁶⁷.

B) El alcance de los límites de los acuerdos de elección de foro

24. En el sistema del RB I bis, de conformidad con lo dispuesto en su art. 23, únicamente se permiten los acuerdos de elección de tribunal en el marco de un contrato de trabajo si se celebran con posterioridad al nacimiento del litigio o, en cualquier momento, si incrementan las posibilidades procesales del trabajador demandante. De este modo se pretende impedir que el empresario, prevaleciendo de su posición de superioridad, imponga un tribunal que pueda perjudicar al trabajador, lo que particularmente puede suceder si se deroga la competencia del tribunal que aplicaría las normas (imperativas) más favorables al trabajador⁶⁸.

Con esta misma finalidad tuitiva debe delimitarse el ámbito de aplicación espacial de las cláusulas atributivas de competencia reguladas por el art. 23 RB I bis, pues de otro modo su función puede verse desvirtuada.

25. Por un lado es necesario determinar el alcance de la competencia prorrogada por las partes del contrato de trabajo al amparo del art. 23 RB I bis. En principio esta cuestión ha sido expresamente resuelta por el TJUE que, en su sentencia de 19 julio 2012, asunto C –154/11, *Mahamdia*, ha declarado expresamente que los límites materiales impuestos a las cláusulas de elección de tribunal contenidas en un contrato de trabajo son también de aplicación cuando se prorroga la competencia de los tribunales de un tercer Estado.

Aparentemente esta decisión favorece al trabajador demandante, que no está obligado por ningún acuerdo de elección de tribunal contenido en el contrato de trabajo si con ello se impide el juego de los foros de protección del RB I bis. Sin embargo no debe perderse de vista el hecho de que, interpretado *a contrario*, lo que este pronunciamiento significa es que cuando el acuerdo de elección de foro celebrado con anterioridad al nacimiento del litigio incrementa las posibilidades procesales del trabajador demandante, dicho acuerdo será válido con indepen-

⁶⁷ En este sentido *vid.* F. J. Garcimartín Alférez y S. Sánchez, “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *REDE*, n° 48, 2013, p. 16. En el mismo sentido *vid.* F. Moreau, “La compétence juridictionnelle en matière de contrat de travail international après le règlement (UE) n° 1215/2012”, *Droit Social*, n° 4, 2016, p. 367. En contra, considerando necesaria una declaración explícita del RB I bis sobre la aplicación alternativa de las normas de Derecho interno y las normas europeas, *vid.* B. Campuzano Díaz, “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma”, *REEI*, n° 28, 2014, p. 16.

⁶⁸ Sobre este particular *vid.* L. G. Raddicati di Brozolo, “Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des règles d’application semi –nécessaire?”, *Rev. crit. dr. int. pr.* n° 92 (1), 2003, p. 9.

dencia de que el tribunal elegido pertenezca a un tercer Estado⁶⁹. Esta interpretación puede poner en causa la *ratio* del art. 23 RB I bis, pues la elección de los tribunales de un Estado no miembro compromete la aplicación de las normas imperativas de Derecho europeo que protegen al trabajador⁷⁰.

Desde este punto de vista, en aras de garantizar al menos el respeto del “núcleo duro” del Derecho laboral de la UE, deberíamos entender que la elección de un tribunal perteneciente a un Estado miembro es un requisito implícito en el régimen del art. 23 RB I bis⁷¹. En otro caso, para evitar que las cláusulas de elección de tribunal neutralicen el efecto de las normas internacionalmente imperativas que protegen al trabajador en la UE, los límites a esta forma de ejercicio de la autonomía de la voluntad podrían adquirir la forma de excepción de orden público frente al reconocimiento y ejecución de la decisión pronunciada por el juez elegido por las partes vulnerando dichas disposiciones⁷².

26. Por otro lado, la operatividad del art. 23 RB I bis depende de que su aplicación se lleve a cabo siguiendo el criterio general del domicilio del demandado (*ex art. 6*), con independencia del domicilio del empresario demandado (*ex art. 21.2º*) o sin consideración del domicilio de las partes (*ex art. 25*).

Los litigios en los que el trabajador es el demandado y está domiciliado en un Estado miembro no plantean ningún problema porque los tribunales de dicho Estado son los únicos competentes (art. 22 RB I bis) y, por lo tanto, la cláusula atributiva de competencia solo puede producir sus efectos si es posterior al nacimiento del litigio.

Sin embargo, cuando el trabajador demandado tiene su domicilio fuera de la UE su protección frente a las cláusulas atributivas de competencia depende de la delimitación del ámbito de aplicación espacial del art. 23 RB I bis. En efecto, si condicionamos la aplicación de este precepto al criterio del domicilio del de-

⁶⁹ Vid. P. Juárez Pérez, “De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 julio 2012, *Mahamdia c. República de Argelia*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 1, 2013, p. 268.

⁷⁰ En este sentido vid. P. Deumier, M. Laazouzi y E. Treppoz, “Le règlement Bruxelles I bis et la géométrie dans l’espace”, *Revue des contrats*, 2013, pp. 1048 –1049. Sobre las consecuencias de la jurisprudencia sentada por el TJUE en este asunto, más allá de la extensión del ámbito de aplicación del art. 21 RB I bis a aquellos supuestos en los que el tribunal designado por las partes pertenece a un tercer Estado, vid. M. Guzmán Zapater, “Los contratos de personal laboral por embajadas ante el Tribunal de Justicia de la UE”, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 520–522.

⁷¹ Vid. P. Juárez Pérez, “De inmunidades, sumisiones...”, *loc. cit.*, p. 269.

⁷² Vid. C. Vaquero López, “Autonomía de la voluntad y normas imperativas”, S. Sánchez Lorenzo (Ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, t. II, 3ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 106.

mandado en la UE, la validez de una cláusula de elección de tribunal en los litigios en los que el trabajador demandado tenga su domicilio en un tercer Estado se someterá a la solución general del art. 25 RB I bis, siempre que atribuya la competencia a los tribunales de un Estado miembro UE, sin que sea de aplicación ningún límite material⁷³. En otro caso, si se prorroga la competencia de los tribunales de un tercer Estado, el efecto derogatorio de la cláusula de elección de fuero deberá apreciarse a la luz de las soluciones de Derecho interno y la protección del trabajador solo podría alcanzarse en el marco de aquellos ordenamientos que, como el español, no reconocen ninguna virtualidad a la autonomía de la voluntad en materia laboral⁷⁴.

Por otra parte, si condicionamos la aplicación del art. 23 RB I bis al criterio del domicilio del demandado en la UE, el trabajador demandante únicamente podrá invocar los límites materiales de este precepto frente al empresario domiciliado en la UE.

Para evitar este distinto nivel de protección de los trabajadores dentro de la UE proponemos superar la interpretación literal de los preceptos en causa y, sobre la base del principio tuitivo que proclama el considerando 14 del RB I bis, aplicar el art. 23 RB I bis con independencia del domicilio del demandado. De este modo, todas las cláusulas atributivas de competencia contenidas en un contrato de trabajo se beneficiarían del sistema protector del RB I bis⁷⁵.

27. Una interpretación en este sentido permite también al trabajador defenderse de eventuales acciones dilatorias del empresario domiciliado en un tercer Estado que invoca una cláusula de elección de tribunal para impugnar la competencia de los tribunales de un Estado miembro ante los que el trabajador, con base en el art. 21 RB I bis, interpone la demanda.

Efectivamente, el art. 31.4º RB I bis corrige la regla general de litispendencia, por la que se obliga al tribunal ante el que se presenta la primera demanda a suspender el conocimiento del asunto hasta que el tribunal elegido por las partes no se declare incompetente, cuando el demandante es un trabajador y el acuerdo atributivo de competencia no respeta las condiciones materiales del art. 23 RB I bis⁷⁶. Si aplicamos este precepto con independencia del domicilio del demandado, el tribunal ante el que interviene el trabajador como demandante no tendrá que suspender el conocimiento del litigio y podrá pronunciarse sobre la validez

⁷³ Vid. N. Nord, "Refonte du règlement...", *loc. cit.*, 25.

⁷⁴ Sostienen la nulidad de las cláusulas de atribución de competencia en el orden social sobre la base del carácter irrenunciable de los derechos laborales, G. Esteban de la Rosa y C. Molina Navarrete, "Reglas de competencia judicial internacional en el orden social: recientes problemas aplicativos", *La Ley* nº 2, 2001, p. 1610.

⁷⁵ En este sentido *vid.* F. Moreau, "La compétence juridictionnelle...", *loc. cit.*, pp. 364–365.

⁷⁶ Vid. N. Nord, "Refonte du règlement...", *loc. cit.*, p. 27.

de la cláusula atributiva de competencia de forma que únicamente si ésta respeta las condiciones del art. 23 RB I bis deberá dejar de conocer⁷⁷.

28. Finalmente el RB I bis protege también al trabajador de los efectos de una comparecencia involuntaria ante los tribunales del Estado miembro ante el que el empresario interpone su demanda. Así, el apartado 2 del art. 26 RB I bis obliga al juez, antes de asumir su competencia, a asegurarse de que el trabajador demandado ha sido informado de su derecho a impugnar la competencia del órgano ante el que se ha interpuesto la demanda y de las consecuencias de comparecer o no.

Sin embargo, pese a la bondad de este precepto, su formulación está lejos de ser perfecta, pues nada indica sobre a quién incumbe ese deber de información, cuál ha de ser la forma en la que debe prestarse, cómo se articulará procesalmente, cuáles son las consecuencias de la comparecencia del trabajador que no ha sido debidamente informado o cuál es la sanción de una eventual falta de información al respecto⁷⁸. Estas omisiones ponen en causa el alcance real y la efectividad de esta medida de protección del trabajador, aunque quizás su control podría llevarse a cabo en otro momento, al tiempo de instar el reconocimiento de la resolución judicial⁷⁹.

En todo caso, la finalidad tuitiva de la Sección 5 del Capítulo II del RB I bis debe llevarnos a concluir que la sumisión tácita prevalecerá sobre los acuerdos de elección de tribunal también cuando las partes han prorrogado la competencia de los tribunales de un tercer Estado⁸⁰.

C) La potencialidad de los foros de competencia subsidiarios.

29. Más allá de las soluciones analizadas, en un intento de conseguir la mejor protección del trabajador que sufre las consecuencias de la deslocalización em-

⁷⁷ Desde otro punto de vista, pero con la misma finalidad tuitiva, J. -P. Beraudo explica este precepto por el intento de evitar a la parte débil los costes de un proceso seguido en el extranjero para determinar la validez de la cláusula atributiva de competencia. Para el autor, esta solución especial constituye un “doble favor” al trabajador, que no se compadece con los principios de confianza comunitaria y de equivalencia. Vid. J. -P. Beraudo, “Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *JDI*, 2013, p. 752.

⁷⁸ Vid. N. Marchal Escalona, “*Quid* de la sumisión tácita en el espacio judicial europeo”, *La Ley*, nº 1783, 2013, p. 24. Lllaman también la atención sobre los problemas de aplicación práctica de esta disposición, H. Gaudemet-Tallon y C. Kessedjian, “La refonte du règlement Bruxelles I”, *RTDE*, vol. 102, nº 1, 2013, p. 446.

⁷⁹ Vid. *infra* p. 33.

⁸⁰ Vid. M. Requejo Isidro, “Elección de foro a favor de un tercer Estado en el sistema de Bruselas. STJUE de 17 marzo 2016, Asunto C -175/15: *Taser International Inc. c. SC Gate 4 Business SRL y Cristian Mircea Anastasiu*”, *La Ley Unión Europea*, nº 39, 2016, pp. 1 -20.

presarial, el RB I bis debería haberse dotado de un sistema de foros de competencia judicial internacional subsidiarios que permitiese a los tribunales de los Estados miembros conocer de los litigios que nos ocupan cuando los foros especiales de los arts. 21 a 23 RB I bis no puedan ser tomados en consideración. En concreto, deberían haberse previsto sendos foros de “desplazamiento” y de “necesidad” que corrigieran las deficiencias del sistema.

30. Por un lado, la atribución de competencia a los tribunales del Estado miembro a donde se hubiera desplazado al trabajador completaría la solución del art. 6 de la Directiva 96/71/CE cuyo alcance se limita, desde un punto de vista territorial, a los desplazamientos de carácter intracomunitario y, desde un punto de vista material, a las disposiciones del art. 3 de la Directiva.

Un foro subsidiario como el que proponemos permitiría al trabajador desplazado desde un tercer país a un Estado miembro UE acudir a los tribunales europeos donde ejerce su actividad laboral. Sin embargo, la falta de este foro de competencia priva al trabajador de una protección que redundaría en favor del empresario establecido en un tercer Estado, con lo que además se le está otorgando un trato más favorable expresamente prohibido por el art. 1.4º de la Directiva de referencia⁸¹. Desde otro punto de vista, el “foro del desplazamiento” permitiría corregir las consecuencias derivadas de la limitación material a la que se somete la solución del art. 6 de la Directiva 96/71/CE, evitando también una dispersión de tribunales que perjudica igualmente al trabajador⁸².

31. Por otro lado, el sistema del RB I bis se vería mejorado con la inclusión de foros de necesidad como los que ya sugería la Comisión en su Propuesta de revi-

⁸¹ La cuestión resulta tanto más sorprendente si se tiene en cuenta que el art. 18.1 de la Directiva 2014/66/UE, de 15 mayo 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales (DO L 157 de 27.5.2014) establece que “(s)ea cual fuere la legislación aplicable a la relación laboral (...), las personas desplazadas en un marco intraempresarial admitidas conforme a la presente Directiva disfrutarán como mínimo de un trato igual al de las personas cubiertas por la Directiva 96/71/CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo y empleo de acuerdo con el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE en el Estado miembro en el que se lleve a cabo el trabajo. Sin embargo, la Directiva 2014/66/UE no contempla la posibilidad de atribuir competencia al juez del Estado adonde se ha desplazado el trabajador, que aplicaría estas disposiciones en tanto que normas imperativas del foro. El problema ya había sido apuntado por N. Marchal Escalona al afirmar que la exclusión de la aplicación de la Directiva 96/71/CE a empresas extracomunitarias podría producir restricciones a la competencia, favoreciendo la posición comercial de los prestadores de servicios con sede fuera de la UE; la autora consideraba que habría sido más coherente “mantener que el referente comunitario, que lleva asociada la protección que proporciona la Directiva, quedase definido en relación con la localización del desplazamiento dentro de la UE”; *vid.* N. Marchal Escalona, “Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *REDI*, vol. LIV, nº 2, 2002, p. 816.

⁸² *Vid.* F. Moreau, “La compétence juridictionnelle...”, *loc. cit.*, p. 370.

sión del RBI presentada en 2010⁸³. De una parte se propone que, cuando ningún tribunal de ningún Estado miembro sea competente, puedan conocer los tribunales del Estado miembro en el que estén situados los bienes muebles del demandado, siempre que su valor no sea desproporcionado en relación con la cuantía de la demanda y que el litigio guarde una vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer del asunto (art. 25 de la Propuesta). De otra parte se plantea la posibilidad de atribuir competencia a los tribunales de un Estado miembro cuando no exista ningún otro foro que garantice el derecho a un juicio justo o si la resolución dictada en un tercer Estado no puede reconocerse y ejecutarse en el Estado miembro del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, siempre que el conflicto tenga una vinculación suficiente con el Estado miembro concernido (art. 26 de la Propuesta).

En ambos casos se garantiza a los demandantes el derecho a un juicio imparcial, un aspecto que reviste particular importancia tanto para las empresas de la UE que invierten en países con ordenamientos jurídicos “poco maduros”, como para los trabajadores que son desplazados a países con estándares laborales más bajos que los de la UE.

32. En defecto de estos foros subsidiarios y para evitar que el trabajador desplazado se vea obligado a litigar fuera de la UE, el recurso a los sistemas internos de competencia judicial internacional podría subsanar su eventual desprotección.

Así sucede en el caso del Derecho español al amparo de lo dispuesto en el art. 25 LOPJ. Incluso podría plantearse la posibilidad de aplicar, también en el ámbito social, el foro de necesidad que introduce el art. 22 octies *in fine* LOPJ, que obliga a nuestros tribunales a conocer de un asunto “cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia”. En principio, la estructura de la Ley, que reserva la determinación de la competencia judicial internacional en el orden social al art. 25 LOPJ, hace difícil el recurso a dicho foro⁸⁴.

⁸³ COM (2010) 748, pp. 9 y 36–37.

⁸⁴ Pese a la amplitud de la reforma operada por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 22.7.2015), no se ha modificado la norma de competencia judicial internacional en el orden social. Sin embargo en el art. 71. a) del Anteproyecto se modificaba la solución de 1985 y se permitía al trabajador interponer su demanda ante los tribunales españoles “cuando el empresario esté domiciliado en España, cuando los servicios se hayan prestado en España o cuando en España se encuentre el establecimiento que lo ha empleado en los casos en que la prestación de servicios se realice en distintos países”; por su parte, “(l)os empresarios solo podrán demandar ante los tribunales españoles a los trabajadores que tengan su domicilio en España”. La solución propuesta estaba inspirada en el sistema de protección del RB I bis y, como la Ley finalmente aprobada, seguía sin tener en cuenta la falta de virtualidad jurídica del precepto cuando el trabajador demandado tuviera su domicilio en nuestro país o cuando el empresario fuera el demandado, dada la primacía del

Sin embargo, podríamos justificar la aplicación cumulativa de las normas de competencia judicial internacional en materia civil si, de este modo, se optimiza la posibilidad de que el asalariado actúe ante los tribunales españoles, que aplicarán las normas de Derecho europeo como disposiciones imperativas del foro⁸⁵.

3. La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo

33. El segundo ámbito desde el que abordaremos la protección del trabajador frente a la deslocalización de la producción por parte del empresario es el de las disposiciones por las que se determina el Derecho aplicable al contrato de trabajo. Sin duda, la solución más eficaz para regular las relaciones laborales que se crean como consecuencia de esta forma de ejercicio de la libertad empresarial es la de elaborar normas uniformes de Derecho material⁸⁶. Sin embargo, la creación de un Derecho del trabajo transnacional, común a todos los operadores jurídicos del mercado global, está todavía muy lejos de ser una realidad, más allá de la “armonización” alcanzada en ámbitos de integración regional como la UE⁸⁷.

Frente a esta solución, de Derecho material, la norma de conflicto de leyes sigue desempeñando un papel fundamental para la regulación de las situaciones transfronterizas que estamos analizando, más aún si tenemos en cuenta que su función meramente localizadora puede corregirse por la consideración de los

sistema europeo, manteniendo vigente un defecto que ya se acusaba por la primacía del Convenio de Bruselas. Vid. G. Esteban de la Rosa y C. Molina Navarrete, “Reglas de competencia ...”, *loc. cit.*, p. 1605. Debe lamentarse también que en ningún momento nuestro legislador haya considerado la necesidad de regular las condiciones en las que podría admitirse una cláusula de elección de foro, a diferencia de lo que ocurre para los contratos celebrados con consumidores (art. 22 quinquies *in fine* LOPJ). Llama la atención sobre esta cuestión M. Herranz Ballesteros, “Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial: normas de competencia judicial internacional en el orden civil y social”, *REDI*, vol. LXVI, nº 2, 2014, p. 345.

⁸⁵ Una solución en este sentido permite, además, una multiplicación de los foros de competencia que se condice con el sistema del RB I bis. Vid. M. –É. Ancel, P. Deumier y M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, 2017, París, Dalloz, p. 616.

⁸⁶ Vid. M. A. Purcalla Bonilla: “Deslocalización de empresas...”, *loc. cit.*, pp. 104–105.

⁸⁷ Ante las dificultades para implantar a nivel mundial una normativa internacional única se ha propuesto la fijación de derechos laborales mínimos, a modo de orden público internacional (estándares OIT), así como la implementación de buenas prácticas y códigos de conducta. Dentro de la UE se ha sugerido trabajar en la elaboración de una legislación derivada que adopte, como objetivo compatible con el Mercado Interior, la regulación del *dumping* social mediante la fijación de un salario mínimo europeo, lo cual requiere una dinámica reivindicativa a escala transnacional; vid. A. Dufresne, *Le salaire, un enjeu pour l'erosyndicalisme. Histoire de la coordination des négociations*, Presses universitaires de Nancy, París, 2011. Con el mismo objetivo se ha sugerido la elaboración de acuerdos marco dirigidos a transponer al ordenamiento europeo las disposiciones internacionales elaboradas en el seno de la OIT; vid. J. M. Ramírez Martínez y M. Agís Dasilva, “Libre prestación de servicios, jurisprudencia comunitaria y límites a la acción sindical”, *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín*, Universidad de Valencia, 2009, p. 788.

valores y principios materiales en presencia a través de disposiciones materialmente orientadas a tutelar esos intereses⁸⁸.

En este contexto se enmarca el art. 8 RR I. Un análisis de la estructura y del funcionamiento de este precepto, así como de la interpretación que del mismo lleva a cabo el TJUE, nos permitirá determinar su virtualidad para proteger a los trabajadores “deslocalizados”.

A) La colisión entre “proximidad” y “orientación material”

34. El art. 8 RR I contiene una norma de conflicto de leyes bilateral de alcance universal (*ex art. 2 RR I*), que desplaza a las soluciones de Derecho interno⁸⁹, en cuya estructura, jerárquica, se combinan una conexión materialmente orientada a favorecer la protección del trabajador con otras destinadas a localizar el ordenamiento más próximo a la relación contractual. Por lo tanto, en puridad, no podemos hablar de una verdadera materialización de la norma de conflicto europea por la que se determina la ley aplicable al contrato de trabajo. Aún más, los problemas que plantea la aplicación del punto de conexión principal y la posibilidad de corregir las conexiones subsidiarias mediante una cláusula de escape, basada en estrictas razones de proximidad, nos hacen dudar de la virtualidad del art. 8 RR I como mecanismo de protección de los trabajadores afectados por la internacionalización de su actividad laboral.

35. Efectivamente, por un lado, la función tuitiva del art. 8 RR I puede verse comprometida en la práctica por la difícil aplicación del punto de conexión principal de su apartado 1, que limita el ejercicio de la autonomía conflictual de las partes a aquellos supuestos en los que la ley elegida favorezca al trabajador. La

⁸⁸Efectivamente, la neutralidad *savignyana* de las normas de DIPr. [*vid.* V. Vander Den Eeckhout, “Internationaal Privaatrecht in tijden van globalisering. ‘Neutraal’ Internationaal Privaatrecht? (‘Private International Law in an Era of Globalisation. ‘Neutral’ Private International Law?’)”, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2919080>] se ha corregido mediante una orientación material que permite resolver el doble desafío que plantea la globalización entre la liberalización y la protección de las partes débiles (*vid.* V. Van Loon, “The Global Horizon of Private International Law”, *RCADI*, vol. 380, 2016, pp. 41–71). Precisamente, considerando el incremento de las presiones competitivas entre las economías nacionales y su incidencia en las relaciones laborales, hemos defendido en otro momento una materialización de las normas de DIPr. aplicables al contrato internacional de trabajo; *vid.* C. Vaquero López, “Globalización y materialización del Derecho internacional privado en el ámbito de las relaciones laborales”, *Globalización y comercio...*, *op. cit.*, pp. 379–386.

⁸⁹ En el caso del Derecho español este desplazamiento lleva a la inaplicación de los arts. 10.6° Cc y 1.4° ET, pese a la insistencia de nuestro legislador en mantener vigentes estas disposiciones. Un empeño que se pone especialmente de manifiesto en el nuevo Estatuto aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE 24.10.2015) que mantiene la redacción originaria del art. 1.4. Ampliamente, sobre la controvertida vigencia de esta disposición, *vid.* M. Llobera Vila, “El art. 1.4 ET a la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia de ley aplicable al contrato de trabajo internacional”, *Revista de Derecho Social*, nº 73, 2016, pp. 127–148.

fórmula utilizada consiste en obligar a la aplicación de las normas imperativas (internas) vigentes en el Estado cuya ley regularía el contrato en defecto de elección si éstas son más favorables al trabajador⁹⁰. La aplicación práctica de esta disposición exige una labor de comparación entre ordenamientos jurídicos que dificulta la solución del caso concreto, incrementado los costes de información y por lo tanto perjudicando la eficacia de la solución conflictual⁹¹.

Estos costes se incrementan aún más, aumentando la inoperancia del art. 8.1 RR I, en aquellos sistemas, como el español, en los que la prueba del Derecho extranjero corresponde a las partes⁹². Por esta razón defendemos una aplicación del Derecho extranjero de oficio por el juez que conoce del asunto, particularmente en aquellos supuestos, como el que nos ocupa, en los que el mandato de aplicación del Derecho foráneo proviene de una norma europea con una clara finalidad material⁹³. Desde otro punto de vista, una aplicación de oficio del Derecho extranjero se condice con la obligación impuesta a los Estados miembros

⁹⁰ Por lo tanto, la ley aplicable al contrato de trabajo en defecto de elección determina, indirectamente, el marco de protección mínimo del trabajador, que no puede ser derogado por las normas del Estado cuya ley haya sido elegida por las partes; *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 615. Desde este punto de vista, el art. 8.1º RR I únicamente faculta a las partes a incorporar a su contrato disposiciones protectoras más favorables al trabajador que las previstas en la ley objetivamente aplicable (autonomía material), pero no a elegir la *lex contractus* (autonomía conflictual); *vid.* N. Bouza Vidal, “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria –Gasteiz*, 2004, http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf.

⁹¹ Resulta difícil identificar qué disposiciones imperativas deben ser objeto de comparación, teniendo en cuenta que estamos en un ámbito “esencialmente imperativo”; es también complicado determinar cómo debe procederse a esta comparación, si de una forma global, por artículo o por materia; es incluso controvertido saber con qué finalidad deben compararse las disposiciones de los ordenamientos en causa, pues no es exactamente lo mismo alcanzar una solución “más favorable” al trabajador, que una solución “más protectora” del mismo. Sobre esta triple dificultad, *vid.* M. –É. Ancel, P. Deumier y M. Laazouzi, *Droit des contrats...*, *op. cit.*, p. 634. Ampliamente, *vid.* F. Jaut –Seseke, “L’office du juge dans la application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail”, *Rev. crit. dr. int. pr.* n° 94, 2005, pp. 279 –285.

⁹² En general, las diferencias entre las normas procesales de los Estados miembros acerca del tratamiento del Derecho extranjero tienen como consecuencia una aplicación desigual e incoherente del Derecho europeo, que compromete la legitimidad y la aceptación de este Derecho por los justiciables. En este sentido, *vid.* J. Basedow, “Coherencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *AEDIPr.*, t. XVI, 2016, pp. 55 y 65.

⁹³ En el mismo sentido, *vid.* G. Palao Moreno, “La falta de alegación y prueba del Derecho extranjero en el orden social”, *Revista del Poder Judicial*, n° 84, 2006, pp. 189 –212, esp. p. 204. Llama también la atención sobre este problema, M. Gardeñes Santiago, “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”, *AEDIPr.*, t. VIII, 2008, pp. 406 –407. Incluso, en aras de desarrollar el espacio de libertad, seguridad y justicia en cuyo ámbito se adoptan las normas europeas por las que se determina la ley aplicable al contrato, se ha reclamado una solución uniforme en materia de alegación y prueba del Derecho extranjero; en este sentido *vid.* P. Paradela Areán, “Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) n° 198/2015 de 17 abril 2015”, *REDI*, vol. 67, 2015, p. 218.

por el art. 5 la Directiva 2014/67 de garantizar que las condiciones de empleo a las que se refiere el art. 3 de la Directiva 96/71/CE se den a conocer gratuita y públicamente, de manera clara, transparente, inteligible y fácilmente accesible⁹⁴.

36. Por otro lado, la posibilidad de recurrir a una cláusula de escape, que se formula en términos menos estrictos que la cláusula general del art. 4.4 RR I⁹⁵, acentúa el carácter meramente localizador de las conexiones subsidiarias del art. 8 RR I, dando prevalencia a un principio de proximidad que se aleja de las consideraciones materiales presentes en el punto de conexión principal de la norma.

Se ha lamentado que esta cláusula no incluya, junto a consideraciones de mayor proximidad del contrato con un determinado territorio, una consideración de tipo material o de mejor protección para el trabajador⁹⁶. Es cierto que, en principio, no puede descartarse que el juez se guíe por consideraciones de tipo material, intentando alcanzar un nivel de protección más adecuado de la parte débil⁹⁷. De este modo, la cláusula de excepción podría constituir un instrumento adecuado para regular las relaciones laborales que se crean en el contexto de deslocalización que estamos estudiando, en la medida en que permitiría descartar los resultados insatisfactorios a que conducen las conexiones subsidiarias del art. 8 RR I cuando llevan a la aplicación de un Derecho estatal con menores estándares de protección social⁹⁸.

Es decir, la cláusula de excepción podría convertirse en un mecanismo óptimo para luchar contra el *dumping* social, con una función equivalente a la que cumple en el ordenamiento jurídico español la solución unilateral del art. 1.4 ET, que permite extender la aplicación de nuestro Derecho del trabajo más allá de territorio español, con una finalidad claramente orientada a salvaguardar un interés especialmente protegido por nuestro ordenamiento, la protección de los trabajadores.

37. Sin embargo, no parece que ésta sea la intención del TJUE que, en su sentencia de 12 septiembre 2013, asunto C-64/12, *Schlecker*, propone una interpretación absolutamente flexible de la cláusula de excepción que, lejos de orientarse

⁹⁴ Vid. M. Llobera Vila, "El art. 1.4 ET...", *loc. cit.*, p. 143.

⁹⁵ La redacción del art. 8.4 RR I, que omite el adverbio "manifiestamente", priva a esta disposición del carácter excepcional que tiene la cláusula contenida en el art. 4.3 RR I. Sobre este último precepto, vid. W. F. Martínez Luna, "El art. 4.3 del Reglamento Roma I. Una verdadera cláusula de excepción", *REEI*, nº 24, 2012, pp. 24-25.

⁹⁶ Vid. M. Gardeñes Santiago, "La regulación conflictual...", *loc. cit.*, pp. 408, 416 y 417.

⁹⁷ De hecho, los jueces franceses han aplicado la cláusula del art. 4.3 RR I siguiendo estas orientaciones materiales; sobre esta cuestión vid. F. Jault-Seseke, "L'office du juge...", *loc. cit.*, pp. 268-271.

⁹⁸ Vid. M. E. Zabalo Escudero, "Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo", *Pacis Artes...*, *op. cit.*, p. 1829.

a la protección del trabajador, se alinea con las políticas económicas más liberales⁹⁹.

El asunto que se plantea ante el Alto Tribunal tiene su origen en un litigio entre una ciudadana alemana y una empresa de la misma nacionalidad para la que había trabajado durante treinta años, primero en Alemania y durante los últimos doce años, al amparo de un nuevo contrato, en los Países Bajos. La demandante pretende la anulación del segundo contrato y que se le conceda una indemnización tras la decisión del empresario de modificar su lugar de trabajo, sosteniendo que la ley aplicable era la neerlandesa en tanto que ley de país en el que llevaba a cabo su prestación laboral de forma habitual. Por su parte, la empresa demandada pretende la aplicación de la ley alemana, menos favorable para la trabajadora. El órgano jurisdiccional neerlandés que conoce del asunto alberga dudas sobre el alcance de la cláusula de excepción del entonces vigente art. 6 CR y plantea la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE.

En su decisión el Tribunal de Luxemburgo considera que, pese al objetivo de protección del trabajador inherente a la solución especial del art. 6 CR (actual art. 8 RR I), la cláusula de excepción es independiente de consideraciones materiales, pues se funda en razones de proximidad, de manera que en su aplicación no resulta determinante que conduzca a la aplicación de la ley más favorable al trabajador (apartado 34). En consecuencia, la consideración de la cláusula de excepción en el litigio principal lleva a la aplicación de la ley alemana, más favorable a los intereses de la empresa, en contra de la pretensión de la trabajadora demandante de que se aplique la ley holandesa, que le otorga una mayor protección frente a la modificación unilateral del lugar del trabajo por parte del empresario.

Por otra parte, según señala el TJUE, cuando un contrato de trabajo esté vinculado más estrechamente con un Estado distinto de aquel donde se realiza habitualmente la prestación laboral, tal y como sucede en el litigio principal, debe descartarse la aplicación de la ley de este Estado sin que sea necesario que exista una vínculo “manifiestamente” más estrecho con aquel país (ap. 39).

⁹⁹ Comparte la interpretación del TJUE, P. Paradela Areán, “Ley aplicable al contrato individual de trabajo y determinación de los vínculos más estrechos”, *La Ley*, nº 1758, 2014, pp. 1–7. También a favor de la interpretación del Alto Tribunal, *vid.* O. Fotinopoulou Basurko, “Cerrando el círculo: el caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado”, *Temas Laborales*, nº 1, 2014, pp. 79–108. La autora muestra su total conformidad con la decisión del TJUE no solo por vincular su funcionamiento a un estricto principio de proximidad, sino también por negar una relación jerárquica entre las conexiones objetivas del art. 6 CR (art. 8 RR I) y la cláusula de excepción. En el mismo sentido *vid.* M. D. Ortiz Vidal, “La ley aplicable al contrato internacional de trabajo y el principio de proximidad y de seguridad jurídica internacional: cooperadores necesarios”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 385, 2015, p. 67.

38. De este modo el TJUE admite un recurso “incondicional” a una regla absolutamente flexible que permite adaptar la solución del juez al caso concreto, pero que resulta totalmente incapaz de asegurar ni la previsibilidad de la *lex contractus* ni la bondad de su contenido material, en clara contradicción con la finalidad tuitiva del art. 8.1º RR I¹⁰⁰.

En definitiva, la jurisprudencia *Schlecker* conforma un centro de gravedad del contrato de trabajo a partir de determinados vínculos de conexión externos al mismo cuya única virtud puede ser la de identificar tales vínculos¹⁰¹. Si esta jurisprudencia se consolida podría llevar a la aplicación generalizada de la ley del país de origen, donde se ubica la parte que realiza la prestación no característica del contrato (el empresario), comprometiendo también la protección de los trabajadores, especialmente de los menos cualificados, que generalmente no negocian los términos de sus contratos y, en consecuencia, dependen del alcance que se otorgue a los puntos de conexión subsidiarios por los que se determina la ley aplicable a su contrato.

Interpretada de este modo, la cláusula de excepción del art. 8.4º RR I responde a la “lógica de la integración” y supone un retorno al principio del Estado de origen que solo se justifica si existe una armonización mínima del Derecho material, un presupuesto que, como hemos visto, ni siquiera podemos verificar en el marco de los desplazamientos temporales de trabajadores que regula la Directiva 96/71/CE¹⁰².

Ahora bien, la interpretación del TJUE en el asunto *Schlecker* permite extender la aplicación de la ley del Estado miembro UE donde esté establecido el empresario a los contratos de trabajo que se realicen fuera del territorio de la UE. En este ámbito (extracomunitario) la aplicación de la ley del Estado de origen no solo no contraviene la lógica del mercado, sino que podría ayudar a corregir, al menos en parte, las asimetrías entre el trabajador y el empresario¹⁰³, favoreciendo la aplicación de un Derecho, europeo, que garantiza un nivel mínimo de protección laboral.

¹⁰⁰ Vid. E. De Götzen, “Contratto di lavoro, criteri di collegamento e legge applicabile: luci e ombre del Regolamento (CE) n. 593/2008”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. 50, n° 3, 2014, p. 544.

¹⁰¹ Vid. entrada del día 18 septiembre 2013 en el blog de P. A. de Miguel Asensio. <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2013/09/principio-de-proximidad-clausula-de.html>.

¹⁰² La lógica del TJUE parece construirse sobre la base de un principio de proximidad –flexibilidad que no se compadece con la *ratio* tuitiva que debería inspirar la aplicación de las normas promulgadas para tutelar al trabajador. Se trata de uno de los “agujeros negros” del DIPr. criticado por H. Muir Watt, “Concurrence ou confluence? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale”, *Rev. int. dr. écon.*, 2013, p. 66.

¹⁰³ Sobre la doble lógica de “internacionalidad” y de “integración”, de “Estado de origen” y de “Estado de acogida”, vid. M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, “Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, *InDret*, n° 251, 2004.

B) El control de proporcionalidad de las normas imperativas

39. La protección directa de los derechos sociales de los trabajadores corresponde a las normas materiales imperativas, de aplicación inmediata y necesaria. En el sistema establecido por el RR I son dos los tipos de normas imperativas que inciden sobre el contrato de trabajo: las que limitan el juego de la autonomía de la voluntad en la forma establecida en su art. 8.1º y las aplicables cualquiera que sea la ley reguladora del contrato según lo establecido en su art. 9¹⁰⁴.

40. En principio, las normas imperativas que limitan el alcance de la autonomía conflictual según el art. 8.1º RR I son normas simplemente imperativas, que regulan intereses privados (normas de intervención) y no son susceptibles de derogarse por contrato. Por su parte, las leyes de policía a las que se refiere el art. 9 RR I son normas internacionalmente imperativas, aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato y cuyo objeto es el de salvaguardar intereses estatales o públicos (normas ordopolíticas).

Sin embargo, en el ámbito de las relaciones laborales las normas imperativas poseen una doble naturaleza, de protección del trabajador y de ordenación del mercado, que hace más difícil delimitar su alcance. Por esta razón se ha sugerido distinguir entre aquellos casos en los que no se pueden disociar los elementos de carácter intervencionista (de ordenación política) que salvaguarda la norma y la relación contractual, y aquellos otros en los que sí es posible llevar a cabo esta disociación¹⁰⁵. En el primer caso, la fuerte imbricación de las leyes de policía en la dinámica contractual permitiría aplicarlas sobre la base del art. 8.1º RR I en tanto que normas pertenecientes al Derecho regulador del contrato (es el caso de las normas sobre salario mínimo). En el segundo caso, cuando es posible disociar los elementos de carácter intervencionista que subyacen a la disposición imperativa de los relativos a la relación contractual, la aplicación de dicha disposición debería hacerse sobre la base del art. 9 RR I (es el supuesto de las normas de seguridad en los centros de trabajo).

¹⁰⁴ Se incluyen en el ámbito de aplicación material de este precepto las disposiciones a las que se refiere el art. 3 de la Directiva 96/71/CE vigentes en el país donde se lleva a cabo la prestación laboral temporal. Sobre su carácter internacionalmente imperativo y las condiciones de aplicación de este tipo de disposiciones de Derecho derivado que complementan el régimen del RR I, aunque referido a las “cláusulas de policía” contenidas en las Directivas sobre consumidores, *vid.* B. Mathieu, *Directivas européennes et conflits de lois*, París, LGDJ, 2015, pp. 111–120.

¹⁰⁵ *Vid.* M. Gardeñes Santiago, “La regulación conflictual...”, *loc. cit.*, p. 401, nota 54. Ampliamente, sobre la difícil función de identificación de las leyes de policía en el ámbito laboral, *id.* “Normas materiales imperativas o leyes de policía en materia de trabajo: sus problemas de aplicación en el espacio intracomunitario de relaciones laborales”, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 384–393.

La cuestión no es baladí, pues una incorrecta calificación de la norma como “simplemente imperativa” o como “internacionalmente imperativa” puede, por ejemplo, reducir el “colchón protector” del trabajador que se construye sobre la base del art. 8.1º RR I –el cual obliga a la consideración de las normas imperativas de un tercer Estado para determinar el umbral de protección del asalariado–, y limitar su tutela únicamente por la aplicación las leyes imperativas del foro *ex art. 9.2 RR I*¹⁰⁶.

41. La delimitación del alcance de las disposiciones internacionalmente imperativas ha sido recientemente abordada por el TJUE en un sentencia que nos resulta, cuando menos, inquietante.

En su decisión de 18 octubre 2016, asunto C –135/15, *Nikiforidis*, el TJUE se pronuncia sobre el alcance del art. 9.3º RR I en el marco de un litigio donde se plantea la posibilidad de que un tribunal alemán dé efecto a las medidas griegas adoptadas para la reducción del déficit a través de la rebaja del salario de los empleados del sector público, en particular, respecto de un profesor –el Sr. Nikiforidis – de una escuela de primaria situada en Alemania y gestionada por Grecia. En el caso de autos, el contrato de trabajo estaba sometido al Derecho alemán y las condiciones salariales se calculaban con arreglo a un convenio colectivo alemán; sin embargo, el salario del Sr. Nikiforidis fue reducido por aplicación de sendas leyes griegas que tenían por finalidad aplicar los acuerdos alcanzados entre la República helenica con la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional, así como la Decisión 2010/320 adoptada por el Consejo para reforzar y profundizar la supervisión presupuestaria helénica y formular una advertencia a Grecia para que adoptara medidas de reducción del déficit. El tribunal alemán que conoce del litigio principal plantea, sobre la base del art. 34 EGBGB, la posibilidad de tomar en consideración las leyes de policía griegas y se pregunta sobre el alcance del art. 9.3º RR I.

El TJUE considera que el art. 9 RR I debe interpretarse en el sentido de que “excluye que el juez del foro pueda aplicar, como normas jurídicas, leyes de policía que no sean las del Estado del foro o las del Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas”. Sobre esta base el Alto Tribunal concluye que, puesto que el contrato de trabajo del

¹⁰⁶ Incurre en este error el TSJ Oviedo, Sala de lo Social, en su Sentencia nº 230/213, de 1 febrero 2013. En su decisión el tribunal ovetense confunde las normas imperativas de Derecho interno del art. 8.1 RR I con las normas internacionalmente imperativas del art. 9 RR I, entre las que se incluyen las normas mínimas armonizadas por el art. 3 de la Directiva 96/71/CE. Este error lleva al tribunal asturiano a desconsiderar los derechos que de forma irrenunciable le concede el ordenamiento (español) del lugar donde lleva a cabo su actividad laboral y a aplicar las normas mínimas de la Directiva de armonización en tanto que normas imperativas del foro. Comenta esta decisión, L. Carballo Piñeiro, *REDI* vol. LXV – 2, 2013, pp. 326 –330, esp. p. 329.

Sr. Nikiforidis se ha venido ejecutando en Alemania, el tribunal alemán que conoce del asunto no puede aplicar, ni directa ni indirectamente, las leyes de policía griegas (ap. 50). Sin embargo los jueces de Luxemburgo no se oponen “a la toma en consideración, como circunstancia de hecho, de las leyes de policía de un Estado que no sea el Estado del foro o el Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, en la medida en que una norma material del Derecho aplicable al contrato en virtud de las disposiciones de ese mismo Reglamento lo prevea”.

42. La decisión del Alto Tribunal sorprende, por una parte, porque desconsidera el tenor literal del art. 9 RR I, que únicamente obliga a “aplicar” las normas imperativas del foro y solo permite “dar efecto” a las leyes de policía del país de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato¹⁰⁷. Por otra parte, el pronunciamiento del Tribunal llama la atención porque se retoma la solución del antiguo art. 7.1 CR, que permitía dar efecto a las disposiciones de un tercer Estado con el que la situación tuviera una conexión estrecha, limitando el significado práctico de las modificaciones introducidas por el art. 9.3º RR I.

Pero lo más llamativo de la decisión del TJUE en el asunto *Nikiforidis* es que permite tomar en consideración una norma imperativa del Estado de origen de carácter estrictamente económico que afecta directamente a la dinámica del contrato de trabajo.

Efectivamente, aunque la norma griega de control del déficit tiene un carácter ordopolítico, lo que justificaría *a priori* su calificación como norma internacionalmente imperativa en el sentido del art. 9 RR I, llama la atención que el TJUE no tenga en cuenta su carácter indisociable del contrato de trabajo, lo cual implicaría otra calificación, como norma simplemente imperativa.

Desde otro punto de vista, la decisión del TJUE resulta inquietante en la medida en que al permitir tomar en consideración una norma imperativa del Estado de origen para rebajar el salario del trabajador en el Estado de acogida, se está limitando su derecho a la libertad de circulación por una razón de carácter estrictamente económico.

La coherencia del DIPr. europeo con las libertades de circulación económica ha llevado al TJUE a condicionar la compatibilidad de las leyes de policía con el funcionamiento del Mercado Interior a la superación del triple test de legitimidad, necesidad y proporcionalidad¹⁰⁸. Pero en el asunto *Nikiforidis* el TJUE pa-

¹⁰⁷ Nos ayuda a distinguir entre “aplicar”, “dar efecto” y “tomar en consideración” el comentario de la sentencia que lleva a cabo L. F. Carrillo Pozo, “Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 octubre 2016)”, *Revista Bitácora Millenium* nº 5, 2016.

¹⁰⁸ Vid. M. Gardeñes Santiago, “Normas materiales imperativas...”, *loc. cit.* pp. 395–398; *id.*, “Aplicabilidad de las leyes de policía laboral y libre prestación de servicios en la Unión Europea” *La Ley*, nº

rece olvidar que este control se construye sobre un concepto de “interés general” que debe referirse, exclusivamente, a hipótesis no económicas¹⁰⁹. De este modo, una decisión coherente del TJUE con el principio de reconocimiento mutuo debería haberle llevado a descartar la posibilidad de tomar en consideración la norma del Estado de origen por considerar que, en sí misma, constituye una restricción a una libertad de circulación económica, la libre circulación de trabajadores, incompatible por su propia naturaleza con el ordenamiento jurídico de la UE.

Por lo tanto, una vez más el TJUE parece tendenciosamente inclinado a restringir los derechos de los trabajadores.

4. Mecanismos de protección frente al reconocimiento de decisiones extranjeras perjudiciales para el trabajador.

43. Finalmente analizaremos cómo la protección del trabajador que sufre las consecuencias de la deslocalización empresarial puede alcanzarse también a través de las normas de DIPr. europeo que regulan el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales adoptadas en los litigios que enfrentan al trabajador con el empresario.

En este apartado centraremos la atención en dos de los motivos de denegación del reconocimiento que recoge el art. 45 RB I bis en la medida en que pueden coadyuvar, de forma particular, a tutelar a la parte más débil de la relación laboral¹¹⁰.

A) El control de la competencia del tribunal de origen.

44. El DIPr. europeo protege también al trabajador afectado por una deslocalización empresarial frente a las pretensiones de reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de las resoluciones dictadas por un tribunal de otro Estado miembro, donde ejerce su actividad o donde el empresario tiene su sede social.

1, 2001, p. 1800. También sobre la incidencia del principio de reconocimiento mutuo en la aplicación de las normas de policía dentro del territorio de la UE, *vid.* N. Bouza Vidal, “La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho europeo”, *InDret*, nº 2, 2017, pp. 82–88.

¹⁰⁹ STJCE 24 marzo 2011, asunto C –400/08, *Comisión c. España* En el mismo sentido, considerando que los objetivos de carácter meramente económico no pueden constituir una razón imperiosa de interés general, *vid.* B. Mathieu, *Directives européennes...*, *op. cit.*, p. 197.

¹¹⁰ No entramos en el análisis de aquellas cuestiones que, con carácter general, comprometen el equilibrio entre las partes en el momento de solicitar la ejecución de la sentencia al amparo del RB I bis. Estudia ampliamente este problema, M. Requejo Isidro, “La ejecución sin exequátur. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I Bis, Capítulo III”, *REDI*, vol. 67, nº 2, 2015, pp. 49–82, esp. pp. 64–66.

En concreto, el art. 45.1º.e) RB I bis permite denegar el reconocimiento de las resoluciones que vulneran las normas de competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo cuando el trabajador ha intervenido como demandado.

Este control de la competencia de origen ha sido bien acogido por la doctrina en tanto que mecanismo de garantía del cumplimiento de los foros de protección que se contienen en los arts. 21 a 23 RB I bis¹¹¹, pero en la práctica su función claramente tuitiva puede verse desvirtuada como consecuencia de la falta de armonización del propio concepto de contrato de trabajo.

Efectivamente, aunque a los efectos de este control, el tribunal del Estado requerido para el reconocimiento está vinculado por los antecedentes de hecho en los que el órgano jurisdiccional del Estado de origen ha fundado su competencia (art. 45.2º RB I bis), nada obliga a respetar la calificación de la materia litigiosa llevada a cabo por este tribunal. Por lo tanto, la ausencia de una calificación autónoma del contrato de trabajo y la diversidad que caracteriza las relaciones laborales en el mundo actual pueden convertirse en una “arma eficaz” para impedir el reconocimiento de las decisiones dictadas en este ámbito¹¹². Esto es lo que puede suceder cuando la calificación de la relación que se establece entre las partes del contrato es diferente según el tribunal del Estado de origen y de acuerdo con la valoración del tribunal del Estado donde se pretende el reconocimiento.

45. Por otra parte, la delimitación espacial de las normas del RB I bis en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones puede también afectar a la protección del trabajador, en particular, cuando el tribunal de origen ha decidido sobre la base de un foro de competencia exorbitante.

A estos efectos hemos de tener en cuenta que el ámbito de aplicación espacial del régimen europeo de reconocimiento de decisiones se determina, no por el domicilio del demandado, sino por el origen de la sentencia. En consecuencia, las normas comunes sobre reconocimiento y ejecución de los arts. 36 a 57 RB I bis son también de aplicación a las decisiones dictadas por un Estado miembro que ha basado su competencia en una norma de DIPr. interno, tal y como sucede cuando el trabajador demandado tiene su domicilio fuera de la UE.

Para un sector de nuestra doctrina el principio general de no –control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen no se justifica cuando

¹¹¹ P. Deumier, M. Laazouzi y É. Treppoz han aplaudido la “feliz” desaparición de la diferencia de trato entre los contratos de trabajo y los contratos de seguro y de consumidores que se establecía en el régimen de reconocimiento del antiguo RBI. *Vid.* P. Deumier, M. Laazouzi y É. Treppoz, “Le règlement Bruxelles I bis...”, *loc. cit.*, p. 1065.

¹¹² *Vid.* J.-P. Beraudo, “Regards sur le nouveau...”, *op. cit.*, p. 760.

este tribunal ha basado su competencia en criterios de atribución nacionales (no armonizados) de carácter exorbitante, como algunos de los contenidos en el art. 25 LOPJ. En estos casos, según este sector de la doctrina, existe una barrera constitucional, construida sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, que justificaría un control de la competencia que suponga “una carga abusiva e irrazonable sobre el demandado”¹¹³.

Sin embargo, la fuerte *ratio* tuitiva de las normas de competencia judicial internacional del RB I bis en materia de contrato de trabajo justifica, en nuestra opinión, el reconocimiento automático en un Estado miembro de una decisión dictada por un tribunal de otro Estado miembro incluso al amparo de un foro exorbitante¹¹⁴.

B) El significado del orden público como motivo de denegación del reconocimiento

46. Con carácter general el control del orden público en el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras se ha planteado como un control de las garantías referidas al desarrollo del proceso¹¹⁵.

En el marco de este orden público procesal podría justificarse la denegación del reconocimiento de las decisiones dictadas por el tribunal ante el que el trabajador comparece como demandado cuando no ha sido debidamente informado de

¹¹³ En este sentido, aunque referido al sistema del RBI, *vid.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, p. 613.

¹¹⁴ *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 271–272. A la misma conclusión podemos llegar en nuestro sistema de DIPr. sobre la base del art. 46.1.c) LCJIC que impide el reconocimiento de una decisión extranjera cuando la competencia del tribunal de origen no obedezca a una “conexión razonable” entre el litigio y dicho tribunal. Es verdad que el precepto pretende que se deniegue el reconocimiento en nuestro país de aquellas decisiones dictadas en el extranjero sobre la base de un foro de competencia manifiestamente desproporcionado o exorbitante, pero no es menos cierto que para determinar la razonabilidad de la conexión entre el tribunal de origen y el litigio, el art. 46.1º.c) LCJIC únicamente exige que dicho tribunal de origen haya conocido sobre la base de un foro de competencia similar a los previstos en la legislación española; *vid.* A. Rodríguez Benot, “La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *CDT*, vol. 8, nº 1, 2016, p. 254. En este mismo sentido señala J. L. Iglesias Buhigues que si el tribunal extranjero basó su competencia en uno de los foros que también están previstos, para el mismo caso, en el Derecho procesal civil español, no cabría tacharlo de exorbitante; *vid.* J. L. Iglesias Buhigues, “Comentario al art. 46”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 538.

¹¹⁵ *Vid.* O. Feraci, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milán, Giuffrè, 2012, pp. 140–177. En el mismo sentido *vid.* D. Bureau y H. Muir Watt, *Droit international privé...*, *op. cit.*, pp. 313–314. Subraya también este enfoque predominantemente procesal del orden público en este ámbito, F. Gascón Inchausti, “El orden público como motivo de denegación de la ejecución al amparo del Reglamento Bruselas I bis”, C. Otero García–Castrillón (Dir.), *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2017 p. 133.

las consecuencias de su comparecencia, desatendiendo el mandato del art. 26.2º RB I bis. La ausencia de una sanción al incumplimiento de esta obligación podría compensarse con una interpretación amplia del concepto de orden público procesal que se inscribiría en la lógica de protección del trabajador que informa dicha disposición¹¹⁶.

47. Por otra parte, junto a esta dimensión procesal, el control del orden público tiene también una dimensión material que permite apreciar la compatibilidad de la decisión extranjera con los principios de orden público sustancial del Estado requerido¹¹⁷.

Ciertamente, al prohibir la revisión de la resolución extranjera en cuanto al fondo, el art. 52 RB I bis impide al tribunal del Estado requerido denegar el reconocimiento de esta resolución debido únicamente a la existencia de una divergencia entre la norma jurídica aplicada por el tribunal del Estado de origen y la que habría aplicado el tribunal del Estado requerido si hubiera conocido del litigio.

El tribunal del Estado requerido para el reconocimiento tampoco puede controlar la exactitud de las apreciaciones de hecho o de Derecho que realizó el tribunal del Estado de origen. Sin embargo nada le impide denegar el reconocimiento de una decisión extranjera cuando éste choque “de manera inaceptable” con su propio ordenamiento jurídico. Así sucede cuando el reconocimiento de la sentencia extranjera constituye una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido, en particular, cuando la decisión extranjera menoscaba un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento¹¹⁸.

A estos efectos, si partimos de la (necesaria) constitucionalización de los derechos sociales y consideramos que al menos las disposiciones que forman parte del “núcleo duro” (mínimo común denominador) del Derecho europeo en materia laboral integran el concepto de orden público en el sentido del art. 45 RB I bis, podríamos sostener la denegación del reconocimiento de aquellas decisiones dictadas vulnerando tales derechos mínimos¹¹⁹, si bien en ningún caso será posible controlar las consecuencias económicas de la decisión extranjera¹²⁰.

¹¹⁶ Vid. N. Nord, “Refonte du règlement...”, *loc. cit.*, pp. 1487–1489.

¹¹⁷ Sobre esta cuestión vid. M. A. Rodríguez Vázquez, “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I”, *CDT*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 338–339, y H. Gaudemet-Tallon y C. Kessedjian, “La refonte du règlement...”, *loc. cit.*, p. 450.

¹¹⁸ STJUE 11 mayo 2000, asunto C–38/98, *Régie Renault*.

¹¹⁹ L. Ferrajoli ha advertido que “si queremos que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad privada, como a la de los poderes públicos, formulándolos

IV. Conclusión

48. Comenzábamos estas páginas mencionando la celebración del aniversario de los Tratados de Roma como una oportunidad para reactivar la dimensión social de la UE y para alcanzar un equilibrio entre crecimiento sostenible y protección de los derechos de los trabajadores que favorezca tanto la liberalización de los intercambios como la consolidación de los derechos sociales.

Al concluir este trabajo queremos referirnos a “otra oportunidad”, la que nos brindan la deslocalización de las empresas y los flujos globales de mano de obra para trasladar los estándares sociales más elevados a aquellos países que tienen una menor o nula “cultura laboral”¹²¹.

En esta tarea el DIPr europeo ocupa un papel determinante como rama del Derecho privado que permite trasladar al ámbito internacional los principios que configuran la justicia social. Pero este sector de nuestro ordenamiento jurídico está también comprometido con las políticas y el marco jurídico establecido dentro de la UE en apoyo a la integración económica, lo cual puede afectar a la eficacia de las disposiciones (imperativas) adoptadas en el seno de la UE para tutelar a los trabajadores. De hecho, en el empeño por garantizar la coherencia entre el marco legal que promueve la integración europea y las normas de DIPr europeo¹²², el TJUE ha venido sometiendo a un estricto control de proporcionalidad dichas disposiciones, a través de una jurisprudencia tendenciosamente inclinada hacia el ejercicio de la libertad de empresa.

En este contexto las normas de DIPr europeo vigentes pueden servir como una forma de “resistencia” frente a la desregulación de los mercados, extendiendo la protección de los trabajadores en el ámbito internacional¹²³, particularmente en aquellos casos en los que su actividad laboral se desplaza hacia países con menores estándares laborales, y conjurando una (indeseable) armonización a la baja de las condiciones de trabajo.

como derechos en forma rígida y universal”; vid. L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005, p. 362.

¹²⁰ STJUE de 23 octubre 2014, asunto C-302/13, *flyLAL –Lithuanian Airlines*, ap. 55.

¹²¹ Vid. D. Rodrik, *La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona, Antoni Bosch, 2011, p. 286.

¹²² Vid. Basedow, J., “Coherencia del Derecho...”, *loc. cit.*, pp. 71–75.

¹²³ Vid. M. –A. Moreau, “Continuité des règles de DIP en matière de contrat de travail international et communautarisation”, *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean –Michel Jacquet*, París, LexisNexis, 2013, p. 403.

Bibliografía

- Adam Muñoz, M. D.: “Algunas consideraciones en torno al contrato individual de trabajo en el Derecho internacional privado”, M. Sabido Rodríguez (Coord.), *Algunos retos que plantea la realidad social, económica y jurídica actual en los ámbitos societario y laboral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 247–284.
- Adrián Arnáiz, A.: “Las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas “Viking” y “Laval” (2007) y “Rüffert” y “Comisión c. Luxemburgo” (2008) y la prevención del *dumping* social en la Unión Europea”, *Revista de Información Laboral*, nº 7, 2008, pp. 2–13.
- Alcoceba Gallego, M. A.: “La nueva naturaleza de la (des) Unión Europea: flexibilidad y crisis de integración”, *REDE*, nº 58, 2016, pp. 47–80.
- Aguilar Benítez de Lugo, M.: “Los problemas de aplicación de la norma de conflicto: una concepción internacionalista y funcional”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*. T. II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1117–1137.
- Álvarez Alonso, D.: “Libertad de establecimiento y gestión de trabajos portuarios de estiba y desestiba”, J. García Murcia y A. García Torres (Coords.), *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Oporto, Juruá, 2016, pp. 133–164.
- Ancel, M. –É., Deumier, P. y Laazouzi, M.: *Droit des contrats internationaux*, París, Dalloz, 2017.
- Arenas García, R.: “El Derecho internacional privado (DIPr.) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta los orígenes”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria – Gasteiz*, nº 1, 2007, pp. 19–94.
- Arpaia, A. y Scarpa, R.: “Pour une stratégie globale de l’Union européenne contre le *dumping* social des États antilibéraux et pour la sécurité globale”, *Bulletin européen*, nº 748, 2012, pp. 14–17.
- Baquero Cruz, J.: *Entre competencia y libre circulación: el Derecho constitucional económico de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002.
- Basedow, J.: “Coherencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *AEDIPr.*, t. XVI, 2016, pp. 53–77.
- Belintxon Martín, U.: “Dumping social, desarmonización socio –laboral y Derecho internacional privado: la des –Unión Europea”, *AEDIPr.*, t. XVI, 2016, pp. 611–642.
- Beraudo, J. –P.: “Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *JDI*, 2013, pp. 741–763.
- Bonet I Pérez, J.: “Gobernanza económica y desarrollo social: una aproximación desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)”, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia –San Sebastián*, vol. XV, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 25–89.
- Bonomi, A.: “Globalización y Derecho internacional privado”, *Globalización y comercio internacional. Actas de las XX Jornadas de la AEPDIRI*, t. XX, 2003, pp. 223–237.
- Bouza Vidal, N.: “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria –Gasteiz*, 2004, http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf.
- Bouza Vidal, N.: “La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho europeo”, *InDret*, nº 2, 2017, pp. 70–101.

- Bureau, D. y Muir Watt, H.: *Droit international privé. Partie générale. T. I*, 3ª Ed. puesta al día, París, Presses Universitaires de France, 2014.
- Campuzano Díaz, B.: “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma”, *REEI*, nº 28, 2014, pp. 1 – 35.
- Carballo Piñeiro, L.: “Comentario a la STSJ Madrid, Sala de lo Social (Sección 5ª), nº 519/2013, de 10 de junio”, *REDI*, vol. LXVI–I, 2014, pp. 278 –281.
- Carballo Piñeiro, L.: “Comentario a la STSJ Oviedo, Sala de lo Social, nº 230/213, de 1 febrero 2013”, *REDI* vol. LXV –2, 2013, pp. 326 –330.
- Carrillo Pozo, L. F.: “Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 octubre 2016)”, *Revista Bitácora Millenium* nº 5, 2016.
- Casado Abarquero, M.: *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.
- De Götzén, E. De: “Contratto di lavoro, criteri di collegamento e legge applicabile: luci e ombre del Regolamento (CE) n. 593/2008”, *Riv. dir. int. pr. e proc.* vol. 50, nº 3, 2014, pp. 529 –560.
- Deumier, P., Laazouzi, M. y Treppoz, E.: “Le règlement Bruxelles I bis et la géométrie dans l’espace”, *Revue des contrats*, 2013, pp. 1037–1057.
- Dufresne, A.: *Le salaire, un enjeu pour l’erosyndicalisme. Histoire de la coordination des négociations*, Presses universitaires de Nancy, París, 2011.
- Espiniella Menéndez, A.: “Trabajadores extranjeros en situación irregular e instituciones de garantía salarial”, J. García Murcia y A. García Torres (Coords.), *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Oporto, Juruá, 2016, pp. 285 –300.
- Esteban de la Rosa, G. y Molina Navarrete, C.: “Reglas de competencia judicial internacional en el orden social: recientes problemas aplicativos”, *La Ley* nº 2, 2001, pp. 1599 –1614.
- Esteve Segarra, A.: “Un balance de la jurisprudencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social”, *Revista de Información Laboral*, nº 6, 2015, pp. 27 –41.
- Fabrellas, A. G. I.: “Libre prestación de servicios y desplazamiento temporal de trabajadores”, *Relaciones Laborales*, nº 19, 2011, pp. 1287 –1309.
- Feraci, O.: *L’ordine pubblico nel diritto dell’Unione Europea*, Milán, Giuffrè, 2012.
- Fernández Rozas, J. C.: “El 60 aniversario de los tratados de Roma: algo más que una simple celebración”, *La Ley: Unión Europea*, nº 46, 2017.
- Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*. 9ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- Ferrajoli, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005.
- Fotinopoulou Basurko, O.: “Cerrando el círculo: el caso Schlecker y la interpretación de la regla conflictual de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo plurilocalizado”, *Temas Laborales*, nº 1, 2014, pp. 79 –108.
- García Gutiérrez, L.: “El “doble escalón” del Derecho internacional privado: sobre la toma en consideración de otro ordenamiento jurídico en la interpretación del Derecho material aplicable”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*. T. II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1547 –1561.

- García Murcia, J.: “Deslocalización y tutela de los derechos sociales: la perspectiva europea”, *La Ley* nº 1, 2007, p. 1159–1182.
- Garcimartín Alférez, F. J. y Sánchez, S.: “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *REDE*, nº 48, 2013, pp. 9–35.
- Gardeñes Santiago, M.: “Aplicabilidad de las leyes de policía laboral y libre prestación de servicios en la Unión Europea” *La Ley* nº 1, 2001, p. 1797–1801.
- Gardeñes Santiago, M.: “Normas materiales imperativas o leyes de policía en materia de trabajo: sus problemas de aplicación en el espacio intracomunitario de relaciones laborales”, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 384–393.
- Gardeñes Santiago, M.: “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 387–424.
- Gardeñes Santiago, M.: “Le détachement transnational de travailleurs dans le cadre des prestations de services: un sujet spécialement difficile pour le marché intérieur”, *Mélanges en l’honneur du Professeur Joël Molinier*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 255–278.
- Gascón Inchausti, F.: “El orden público como motivo de denegación de la ejecución al amparo del Reglamento Bruselas Ibis”, C. Otero García–Castrillón, *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 117–141.
- Gaudemet–Tallon, H. y Kessedjian, C.: “La refonte du règlement Bruxelles I”, *RTDE*, vol. 102, nº 1, 2013, pp. 435–454.
- Goldstein, G.: “Le *forum non conveniens* en droit civil. Analyse comparative à la lueur du droit international privé du Québec et du Japon”, *Rev. crit. dr. int. pr.* vol. 105, nº 1, 2016, pp. 51–83.
- González Beilfuss, C.: “*Forum non conveniens* a la europea: el mecanismo de transmisión del asunto al juez mejor situado”, A. Borrás y G. Garriga (Eds.), *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, pp. 127–140.
- Guichaoua, H.: “Le dévoiement de la mobilité internationale intragroupe du salarié: une forme recherchée de travail illégal et de dumping social sur le territoire français”, *Le Droit Ouvrier*, nº 802, 2015, pp. 268–274.
- Guichaoua, H.: “Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères: les arrêts *Easy Jet* et *Vueling*”, *Le Droit Ouvrier*, nº 791, 2014, pp. 385–390.
- Guzmán Zapater, M.: “Los contratos de personal laboral por embajadas ante el Tribunal de Justicia de la UE”, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 503–524.
- Herranz Ballesteros, M.: “Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial: normas de competencia judicial internacional en el orden civil y social”, *REDI*, vol. LXVI, nº 2, 2014, pp. 338–345.
- Iglesias Buhigues, J. L.: “Comentario al art. 46”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 467–543.
- Jaut–Seseke, F.: “L’office du juge dans la application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, nº 94, 2005, pp. 253–286.
- Juárez Pérez, P.: “De inmunidades, sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 julio 2012, *Mahamdia c. República de Argelia*”, *CDT*, vol. 5, nº 1, 2013, pp. 254–272.

- Llobera Vila, M.: “Las medidas estatales de prevención del dumping social en la jurisprudencia del TJUE: la senda abierta hacia la sentencia Bundesdruckerei”, *Lex Social*, vol. 5, nº 1, 2015, pp. 89 – 105.
- Llobera Vila, M.: “El art. 1.4 ET a la luz de la jurisprudencia comunitaria en materia de ley aplicable al contrato de trabajo internacional”, *Revista de Derecho Social*, nº 73, 2016, pp. 127 –148.
- Loussouarn, Y., Bourrel, P. y De Vareilles –Sommières, P.: *Droit international privé*, 10ª Ed., París, Dalloz, 2013.
- Lyon –Caen, G. y Lyon –Caen, A.: *Droit social international et européen*, 8ª Ed., París, Dalloz, 1993.
- Marchal Escalona, N.: “Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de los desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *REDI*, vol. LIV, nº 2, 2002, pp. 811 –823.
- Marchal Escalona, N.: “Quid de la sumisión tácita en el espacio judicial europeo”, *La Ley*, nº 1783, 2013, pp. 20 –32.
- Martínez Luna, W. F.: “El art. 4.3 del Reglamento Roma I. Una verdadera cláusula de excepción”, *REEI*, nº 24, 2012, pp. 1 –31.
- Mathieu, B.: *Directivas européennes et conflits de lois*, París, LGDJ, 2015.
- Menéndez Sebastián, P.: *Competencia judicial y ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Valladolid, Lex Nova, 2006.
- Miguel Asensio, P. A. de: “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr*. T. 1, 2001, pp. 37 –87.
- Moreau, M. –A. y Trudeau, G.: “Les normes du droit du travail confrontées à l’évolution de l’économie: de nouveaux enjeux pour l’espace regional”, *JDI*, nº 4, 2000, pp. 915 –948.
- Moreau, F.: “La compétence juridictionnelle en matière de contrat de travail international après le règlement (UE) nº 1215/2012”, *Droit Social*, nº 4, 2016, pp. 359 –371.
- Moreau, M. –A.: “Continuité des règles de DIP en matière de contrat de travail international et communautarisation”, *Mélanges en l’honneur du Professeur Jean –Michel Jacquet*, París, LexisNexis, 2013, pp. 401 –415.
- Moreno Blesa, L.: “Las novedades introducidas en el espacio judicial europeo con la reforma del Reglamento Bruselas I”, *Actualidad Civil*, nº 1, 2015.
- Muir Watt, H.: “Concurrence ou confluence? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale”, *Revue Internationale de Droit Économique*, 2013, pp. 59 –78.
- Muñoz, J. M.: “Libertad de empresa, competencia mercantil y normas sociales del mercado interior comunitario”, *Temas Laborales*, nº 130, 2015, pp. 47 –82.
- Nord, N.: “Refonte du règlement “Bruxelles I” et protection du travailleur”, *La Semaine Juridique. Édition Sociale*, nº 52, 2014, pp. 22 –28.
- Ortíz Vidal, M. D.: “La ley aplicable al contrato internacional de trabajo y el principio de proximidad y de seguridad jurídica internacional: cooperadores necesarios”, *Revista de trabajo y Seguridad Social*, nº 385, 2015, pp. 49 –68.
- Ortíz Vidal, M. D.: “La competencia judicial en el contrato de trabajo internacional: el Reglamento Bruselas I bis”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2015, pp. 73 –87.
- Otero García–Castrillón, C.: “En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el Derecho español”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 425 –434.

- Palao Moreno, G.: “Las normas del Derecho internacional privado de origen comunitario en materia de contrato individual de trabajo ante los retos de la integración europea y de la globalización”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 309–334.
- Palao Moreno, G.: “La falta de alegación y prueba del Derecho extranjero en el orden social”, *Revista del Poder Judicial*, nº 84, 2006, pp. 189–212.
- Paradela Areán, P.: “Ley aplicable al contrato individual de trabajo y determinación de los vínculos más estrechos”, *La Ley*, nº 1758, 2014, pp. 1–7.
- Paradela Areán, P.: “Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 198/2015 de 17 abril 2015”, *REDI*, vol. 67, 2015, pp. 215–218.
- Pocar, P.: “Révision de Bruxelles I et l’ordre juridique international: quelle approche uniforme?”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, nº 3, 2011, pp. 591–600.
- Porta, J.: “Le salaire minimal, un instrument national pour lutter contre le dumping social?”, *Le Droit Ouvrier*, nº 802, 2015, pp. 316–321.
- Purcalla Bonilla, M. A.: “Deslocalización de empresas: problemática y alternativas”, *Revista de Derecho Social*, nº 39, 2007, pp. 101–114.
- Quiñones Escámez, A.: “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto *Arblade* al *Portugaia*)”, *RDCE*, nº 12, 2002, pp. 435–453.
- Robin–Olivier, S.: “Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe”, *Droit Social*, nº 3, 2016, pp. 219–227.
- Ramírez Martínez, J. M. y Agís Dasilva, M.: “Libre prestación de servicios, jurisprudencia comunitaria y límites a la acción sindical”, *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín*, Universidad de Valencia, 2009, pp. 779–788.
- Raddicati di Brozolo, L. G.: “Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des règles d’application semi – nécessaire?”, *Rev. crit. dr. int. pr.* nº 92 (1), 2003, pp. 1–36.
- Requejo Isidro, M.: “La ejecución sin exequátur. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I Bis, Capítulo III”, *REDI*, vol. 67, nº 2, 2015, pp. 49–82.
- Requejo Isidro, M.: “Elección de foro a favor de un tercer Estado en el sistema de Bruselas. STJUE de 17 marzo 2016, Asunto C–175/15: *Taser International Inc. c. SC Gate 4 Business SRL y Cristian Mircea Anastasiu*”, *La Ley Unión Europea*, nº 39, 2016, pp. 1–19.
- Robin–Olivier, S.: “Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe”, *Droit Social*, nº 3, 2016, pp. 219–227.
- Rodríguez Benot, A.: “La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil” *CDT*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 234–259.
- Rodríguez Piñeiro y Bravo–Ferrer, M.: “La libertad de establecimiento ex art. 49 TFUE y el régimen español de trabajo portuario”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 1, 2015, pp. 19–33.
- Rodríguez–Piñero Royo, M.: “El Derecho del trabajo en la era de la globalización”, *Gaceta Sindical: Reflexión y debate*, nº 2, 2002, pp. 161–178.
- Rodríguez Vázquez, M. A.: “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I”, *CDT*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 330–348.
- Rodrik, D.: *La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona, Antoni Bosch, 2011.
- Rojo Torrecilla, E.: “El nuevo trabajo: el conflicto entre la flexibilidad y la seguridad y la búsqueda del necesario equilibrio”, *Sociedad y Utopía, Revista de Ciencias Sociales*, nº 22, 2003, pp. 117–134.
- Sampedro, J. L.: *Economía humanista*, Barcelona, Debate, 2009.

- Serrano García, M. J.: *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales. La conversión del Convenio de Bruselas y del Convenio de Roma en Reglamentos comunitarios*, Madrid, Ed. Cometa, Colección de Derecho Laboral, 2011.
- Sierra Benítez, E. M.: “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del trabajo debemos construir para el siglo XXI?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, nº 4, 2015, pp. 93–118.
- Tapia Frade, A. D.: “La transmisión del capital humano en las fusiones transfronterizas intracomunitarias de sociedades anónimas”, *Revista de fiscalidad internacional y negocios internacionales*, nº 2, 2016, pp. 93–129.
- Van Loon: “The Global Horizon of Private International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 380, 2016, pp. 41–71.
- Van Der Eem, B.: *Le droit international privé dans le nexus de l'intégration européenne. Étude de fédéralisme comparé*, Atelier National de Reproduction des Thèses, Villeneuve d'Ascq Cedex, 2012.
- Vander Den Eeckhout, V.: “Internationaal Privaatrecht in tijden van globalisering. ‘Neutraal’ Internationaal Privaatrecht!?” (“Private International Law in an Era of Globalisation. ‘Neutral’ Private International Law?”), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2919080>]
- Vaquero López, C.: “Globalización y materialización del Derecho internacional del Derecho internacional privado en el ámbito de las relaciones laborales”, *Globalización y comercio internacional. Actas de las XX Jornadas de la AEPDIRI*, t. XX, 2003, pp. 379–386.
- Vaquero López, C.: “Autonomía de la voluntad y normas imperativas”, S. Sánchez Lorenzo (Ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. T. II, 3ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 89–132.
- Viciano Pastor, J. y Guamán Hernández, A.: “Libertades económicas en el mercado común y normas laborales”, en J. M. Goerlich Peset (Coord.): *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Madrid, CES, 2011, pp. 19–182.
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J.: “Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, *InDret*, nº 251, 2004.
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J.: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007.
- Zabalo Escudero, E.: “La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de contrato de trabajo”, *REDI*, vol. XXXVIII, nº 2, 1986, pp. 613–630.
- Zabalo Escudero, E.: “Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*. T. II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1815–1835.

Recibido: 15 junio 2017
Aceptado: 29 junio 2017

LA DEROGATIO FORI DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Pilar JIMÉNEZ BLANCO *

SUMARIO: I. Introducción. II. La *derogatio fori* de la LOPJ y los Reglamentos europeos: 1. La compatibilidad de la *derogatio fori* con Bruselas I bis. 2. *Derogatio fori* y Reglamentos cerrados. III. Admisibilidad y validez del acuerdo de sumisión a tribunales extranjeros. 1. Tribunal competente para enjuiciar la validez de la sumisión. 2. Admisibilidad de la sumisión: A) Admisibilidad conforme a los Reglamentos; B) Admisibilidad conforme al Derecho nacional. 3. Criterios de validez del acuerdo y ley aplicable. 4. El impacto de las normas imperativas sobre el acuerdo de sumisión. IV. Tratamiento procesal de la sumisión a tribunales extranjeros: 1. El efecto suspensivo y derogatorio de la sumisión a los tribunales extranjeros. 2. De oficio o a instancia de parte. V. Conclusiones: deficiencias del sistema y estrategias procesales.

RESUMEN: La reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha introducido por primera vez una regulación sobre la *derogatio fori*. Esta *derogatio fori* también se aplica en el marco de los Reglamentos europeos sobre competencia judicial internacional, considerando siempre el efecto útil de sus normas. El trabajo analiza los problemas concretos que se plantean para determinar la validez del acuerdo de sumisión, el régimen de la suspensión del proceso abierto en España y el control, de oficio o a instancia de parte, de esa sumisión. Finalmente, se proponen diferentes estrategias procesales para las partes.

PALABRAS CLAVE: LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL – REGLAMENTOS EUROPEOS – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – ACUERDOS DE SUMISIÓN – DEROGATIO FORI.

ABSTRACT: *Derogatio Fori After the Reform of Spanish Organic Law of the Judiciary Power*

The recent reform of the Organic Law of the Judiciary Power has for the first time introduced a regulation on *derogatio fori*. This *derogatio fori* also applies in the framework of the European regulations on international jurisdiction, always considering the useful effect of its rules. The paper analyzes the specific problems that arise to determine the validity of the submission agreement, the regime of the suspension of the process open in Spain and the control, of its own motion or at the request of the parties, of that submission. Finally, different procedural strategies are proposed for the parties.

* Profesora titular, Catedrática acreditada, de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo. Esta contribución se adscribe al Proyecto de Investigación I+D+I del MINECO “Hacia un modelo migratorio europeo: la movilidad de personas conforme a su estatuto en la UE”, Ref. DER 2013–44950–R.

KEYWORDS: ORGANIC LAW OF JUDICIAL POWER – EUROPEAN REGULATIONS – INTERNATIONAL JURISDICTION – CHOICE-OF-COURT AGREEMENTS – DEROGATIO FORI.

I. Introducción

1. Ha tenido que ser la LO 7/2015 la que, por vez primera, regule expresamente la *derogatio fori* en nuestro Derecho autónomo de competencia judicial internacional, lo que ha transformado, aunque no cerrado, el debate doctrinal y jurisprudencial sobre este problema¹. Son bien conocidos los argumentos que se barajaban en torno a una y otra posición y que iban desde el análisis estrictamente normativo (de forzoso unilateralismo de la LOPJ y, por tanto, de alternatividad del sistema) hasta una visión funcional (basada en la protección de la autonomía de la voluntad de las partes, los intereses del comercio internacional y la analogía con la sumisión a órganos arbitrales). Por su parte, nuestra práctica jurisprudencial, aunque con posicionamientos vacilantes, venía admitiendo la eficacia derogatoria de los acuerdos de sumisión a terceros Estados². Dejando al margen cualquier valoración general crítica sobre la reforma, la versión vigente de la LOPJ resuelve, al menos parcialmente, este problema admitiendo los efectos de las cláusulas de sumisión a favor de tribunales “extranjeros”, debiendo entenderse por tales, claro está, los tribunales de Estados que no sean parte ni de un Reglamento europeo ni de un Convenio internacional. Particularmente relevante será la aplicación de la LOPJ en relación con las habituales cláusulas de sumisión a los tribunales británicos, después del Brexit³. No obstante, el alcance de la nueva disposición sigue siendo incierta en su articulación y alcance: primero, en su relación con los Reglamentos europeos; segundo, en lo relativo a los límites de la *derogatio*, particularmente en relación con el problema de la indisponibilidad del objeto del litigio y la incidencia de normas imperativas; tercero, en lo referente a su funcionamiento dentro del

¹ Un resumen de este interesante debate doctrinal puede encontrarse en R. Arenas García, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 233 ss.; M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alferez, *Derecho Procesal Civil Internacional: Litigación Internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi/Thomson, 2007, pp. 303–304.

² Vid. los diferentes posicionamientos de nuestros tribunales en torno a la *derogatio fori* en J.M. Espinar Vicente y J.I. Paredes Pérez, “Análisis y valoración crítica de la regulación de la sumisión a la jurisdicción española antes y después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 7/2015)”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 199–247, esp. pp. 212 ss.

³ Se plantea aquí un problema específico por cuanto el Convenio de Lugano de 2007, que podría servir de nuevo escenario competencial, no está suscrito por el Reino Unido, sino por la UE, lo que dejaría también fuera del ámbito convencional al Estado británico, que funcionaría, a estos efectos, como un tercer Estado (cf. R. Arenas García, “Brexit y Derecho Internacional Privado”, *Diario La Ley*, nº 8797, 6 julio 2016, ap. 9; vid. P.A. De Miguel Asensio, “Brexit y litigios internacionales: primeras reflexiones”, *ibid.*, nº 8791, 27 junio 2016). Lo propio habría que decir sobre la posibilidad de aplicar al Reino Unido el Convenio de La Haya de 30 junio 2005 sobre acuerdos de elección de foro, del que también es parte la UE.

proceso, atendiendo al efecto (suspensivo y/o derogatorio) de la sumisión y al control (de oficio y/o a instancia de parte) de la misma.

II. La *derogatio fori* de la LOPJ y los Reglamentos europeos

1. La compatibilidad de la *derogatio fori* con Bruselas I bis

2. El escenario que abre el art. 22.ter de la LOPJ es incierto en su alcance cuando la competencia de los tribunales españoles, que pretende excluirse mediante la sumisión, se basa en un foro previsto en un Reglamento europeo. La literalidad del art. 22.ter solo establece la eficacia de la sumisión cuando nuestros tribunales sean competentes con base en las normas de la LOPJ⁴, lo que parece excluir su aplicación cuando la competencia judicial internacional se fundamente en otras fuentes. La interpretación literal no debe entenderse, sin embargo, como un argumento definitivo: la dicción del art. 22.ter responde a las exigencias derivadas de una regulación de Derecho autónomo que no puede (ni debe) pronunciarse sobre qué hacer cuando resulten aplicables Reglamentos europeos o Convenios internacionales. En estos contextos, debe procederse a la inversa para determinar la solución a la admisibilidad (o no) de la *derogatio fori*: es decir, debe verificarse en los propios textos europeos o convencionales si existe un pronunciamiento sobre la sumisión a tribunales de terceros Estados o si se deja tal cuestión a la regulación de los Estados miembros. Sabido es que el Reglamento Bruselas I bis, a pesar de sus sucesivas reformas y del debate en torno a esta cuestión, sigue sin regular expresamente la *derogatio fori*⁵. Ninguna consecuencia cabe derivar a estos efectos del hecho de que Bruselas I bis contemple la incidencia de procesos en terceros Estados en los arts. 33 y 34, sin pronunciarse sobre la eficacia

⁴ En concreto, el art. 22.ter.4 indica que “la competencia establecida conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero....”.

⁵ Vid. F.C. Villata, “Choice-of-court agreements in favor of third States in light of the suggestions by Members of the European Parliament”, F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata, *Recasting Brussels I*, Milán, CEDAM, 2012, pp. 219 ss. Hubo propuestas, sin éxito, del Reino Unido y de Francia en las que pretendieron que Bruselas I bis solucionara expresamente esta cuestión [vid. en F.J. Garcimartín Alférez, “Choice of court agreements”, en A. Dickinson y E. Lein (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, 2015, Oxford, OUP, 2015, pp. 277 ss, aps. 9.13 a 9.15]. La propuesta del Reino Unido se basaba en la eficacia de la sumisión a terceros Estados vinculada a un proceso abierto en el extranjero. Las condiciones examinadas dependían entonces de la reconocibilidad de la decisión y de valoración en términos de buena administración de justicia, considerando que este requisito no se cumplía si la sumisión era contraria al orden público [vid. el art. 34.ter de la Propuesta británica de 22 marzo 2012, Interinstitutional File: 2010/0383 (COD)]. Por su parte, la propuesta francesa partía de un efecto suspensivo de la sumisión a los tribunales de terceros Estados a menos que el tribunal extranjero hubiera declinado su competencia o dictado una sentencia no reconocible en el Estado del foro [vid. el art. 34 de la propuesta francesa Interinstitutional File: 2010/0383 (COD)].

de la sumisión. La ausencia de regulación no significa una inadmisibilidad de la *derogatio fori*; antes al contrario, los antecedentes en la interpretación del Reglamento muestran que este no excluye la eficacia de la sumisión a tribunales de terceros Estados⁶.

3. Ante el silencio del legislador europeo, la opción que pasa por excluir en el ámbito patrimonial toda operatividad de la sumisión a terceros Estados lleva a resultados no deseables para la utilidad del Reglamento en el tráfico comercial internacional. Las carencias de vías específicas de protección y de garantía de esta sumisión son notorias, una vez que instrumentos como el *forum non conveniens* y las *antisuit injunctions* han sido excluidos del ámbito del Reglamento⁷. De ahí la importancia de dejar abierta la puerta a la *derogatio fori*. No se plantea especial problema cuando la sumisión a tribunales de Estados no miembros ha sido contemplada en algún instrumento convencional asumido por la UE. Véanse, en este sentido, el Convenio de La Haya de 2005 sobre elección de foro y el Convenio de Lugano de 2007.

Ahora bien, cuando tal cobertura convencional no exista, no cabe tampoco entender que la aplicación imperativa de las reglas de competencia de Bruselas sea un impedimento para la *derogatio fori*. Dicha imperatividad, enunciada por el TJUE en el asunto *Owusu* para excluir el *forum non conveniens*, no es trasladable como argumento para excluir la *derogatio fori*. Es cierto que ambas vías tienen por objetivo liberar al juez de un Estado miembro de seguir aplicando un foro de competencia del Reglamento. Pero ambas vías procesales difieren tanto en la discrecionalidad de su aplicación (mayor en el primer caso) como en su fundamentación (la proximidad en el primer caso, la autonomía de la voluntad en el segundo).

Y son precisamente estas diferencias las que permiten conciliar la *derogatio fori* con Bruselas I bis, partiendo de unos márgenes de apreciación y un criterio de competencia (el de la autonomía de la voluntad) plenamente asumido en la jerarquía de foros del Reglamento⁸.

⁶ En este sentido, el considerando 24 del Reglamento Bruselas I bis introduce, para valorar el criterio de la buena administración de justicia en el marco de la litispendencia con terceros Estados, la existencia de una competencia exclusiva ante los tribunales de un tercer Estado, lo que ha llevado a algunos autores a extender la misma idea respecto de cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros a pesar del silencio del citado considerando sobre este punto [cf. R. Fentiman en U. Magnus y P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law (Vol. I Brussels I bis Regulation)*, Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, p. 766. S. Leible en T. Rauscher, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar (Band I Brüssel Ia-VO)*, 4ª ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, p. 911].

⁷ STJCE 1 marzo 2005, asunto C-281/02: *Owusu*, ECLI:EU:C:2005:120, en relación con el *forum non conveniens*; STJCE 27 abril 2004, asunto C-149/02: *Turner*, ECLI:EU:C:2004:228

⁸ Cf. F.J. Garcimartín Alferez, *loc. cit.*, p. 281, ap. 9.14.

Tal ha sido el sentido manifestado por la jurisprudencia del TJUE desde la Sentencia *Coreck*⁹, para entender admisible la *derogatio fori* en el régimen Bruselas; tal ha sido también el presupuesto de las más recientes Sentencias en los asuntos *Anmadde*¹⁰ y *Taser*¹¹. En este contexto, no se duda sobre la admisibilidad de la sumisión a terceros Estados, sino sobre el modelo para encajar los posibles efectos de esa sumisión en el Reglamento Bruselas I bis: ya sea dejando en manos de los Derechos nacionales la decisión final (modelo *Coreck*)¹²; o ya sea proyectando la plantilla del art. 25 del Reglamento hacia fuera (modelo del efecto reflejo)¹³. Este último modelo, sostenido también en relación con las “hipotéticas” competencias exclusivas de tribunales de terceros Estados, tiene la ventaja de garantizar una uniformidad de apreciación sobre las normas de competencia del Reglamento, pero presenta serias dificultades para su articulación práctica: por una parte, porque el efecto reflejo implica de hecho una verdadera regulación, si entendemos que “todas” las condiciones de sumisión del Reglamento deben ser respetadas, incluidas las reglas de forma de los acuerdos fijadas en el art. 25; por otra parte, porque en todo caso sería una regulación inacabada y de difícil engarce con los Derechos nacionales¹⁴. En consecuencia, en el estadio actual de Bruselas I bis, lo razonable sería, siguiendo al TJUE, partir del régimen de la *derogatio* establecido

⁹ STJCE 9 noviembre 2000, asunto C-387/98: *Coreck Maritime*, ECLI:EU:C:2000:606.

¹⁰ STJUE 19 julio 2012 (asunto C-154/11: *Ahmed Mahamdia*), ECLI:EU:C:2012:491, que interpreta que, dentro de los acuerdos de sumisión “que permitan al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la presente sección” [art. 23.2) del Reglamento Bruselas I bis, hay que entender incluidos también los acuerdos a favor de tribunales de terceros Estados.

¹¹ La sumisión tácita a favor de los tribunales de un Estado miembro impediría la aplicación de la *lex fori* para declinar de oficio la competencia basándose en una sumisión expresa a favor de un tribunal de un tercer Estado (STJUE 17 marzo 2016, asunto C-175/75: *Taser*, ECLI:EU:C:2016:176), lo que presupone, en otro caso, la eficacia de esa sumisión a los tribunales de terceros Estados.

¹² En este sentido, la sentencia en el asunto *Coreck Maritime* recogiendo el informe de P. Schlosser al Convenio de Bruselas de 1968, se limitó a establecer que la validez de la sumisión a terceros Estados deberían enjuiciarse conforme a la ley del foro, incluidas sus normas de conflicto de leyes.

¹³ Las opciones se dividen, por tanto, entre quienes se decantan por el efecto reflejo, aplicando como espejo, todas las reglas de sumisión del Reglamento, y quienes entienden que la eficacia de la *derogatio fori* debe depender de los Derechos nacionales, al ser una cuestión no regulada por el Reglamento (*vid.* al respecto S. Leible, en T. Rauscher, *op. cit.*, p. 911; U. Magnus en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, pp. 608 ss.; A. Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice-of Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 295; F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, aps. 9.13 ss.; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2016, pp. 86-87; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, p. 383; A. Rodríguez Benot, “Arts. 25 y 26”, en P. Blanco-Morales Limones, F.F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén, F.J. Montero Muriel (coord.), *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016, pp. 545 ss, esp. p. 556).

¹⁴ En efecto, atribuir eficacia a la sumisión a tribunales extranjeros requiere pronunciarse sobre el efecto suspensivo y/o derogatorio de esa sumisión, las condiciones de su aplicación, el plazo para inhibirse y el modelo de control, de oficio o a instancia de parte, de la competencia judicial internacional.

por los Derechos nacionales¹⁵, pero respetando las prohibiciones derivadas del Reglamento (competencias exclusivas, foros de protección) para no menoscabar el efecto útil de sus disposiciones.

2. *Derogatio fori* y Reglamentos cerrados

4. Un planteamiento parcialmente diferente se ha sostenido para los Reglamentos de “última generación”, que contienen un catálogo cerrado de normas de competencia y desplazan en su integridad los criterios de competencia establecidos en los Derechos nacionales¹⁶. Se incluyen aquí los Reglamentos sobre alimentos¹⁷, sobre sucesiones¹⁸, sobre regímenes económicos matrimoniales¹⁹ y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas²⁰. Ningún pronunciamiento expreso existe en estos Reglamentos en relación con la sumisión a terceros Estados y su carácter cerrado no debe entenderse que excluye la admisibilidad de la *derogatio fori*, aunque sí puede incidir en el cómo debe admitirse.

5. En efecto, el objetivo uniformador de los Reglamentos no es sinónimo de aplicación universal excluyente de procesos en terceros Estados, en una suerte de “imperialismo jurisdiccional europeo”. Ni la fundamentación ni el funcionamiento de estos Reglamentos difieren, en este contexto, del régimen Bruselas I bis. En todos los casos, es la UE, en cuanto tal, la competente para firmar cualquier instrumento convencional que contenga reglas de competencia judicial internacional²¹. En todos los casos, el problema de la *derogatio fori* se suscita cuando resulten aplicables las normas de competencia de los Reglamentos. A tales efectos, es

¹⁵ Vid. en este sentido el Informe de A. Nuyts, “Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)”, de 3 septiembre 2007, donde se reflejan las diferentes posiciones entre los Estados miembros en torno a la eficacia de la sumisión a terceros Estados: en unos casos, solucionando la cuestión a través de su propio Derecho nacional; en otros casos, con la aplicación refleja del Reglamento.

¹⁶ En relación con el Reglamento de alimentos, vid. M. Andrae [en T. Rauscher (Coord.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar (EuZPPR/EuIPR)*, Band IV, 4ª ed., München, Sellier, 2015, pp. 548 ss.], que defienden la valoración de esa *derogatio fori* a partir de los Derechos nacionales. Sin embargo, otros autores negaron virtualidad a la *derogatio fori* por el desplazamiento total que hace el Reglamento de los Derechos nacionales [A. Bonomi y P. Wautelet (*Le droit européen des successions : commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013, p. 203), quienes, sin embargo, matizan su posición al respecto en la segunda edición, admitiendo la posibilidad de un efecto reflejo de la sumisión (*ibíd.*, 2ª ed., 2016, p. 203, nota 9).

¹⁷ Reglamento (CE) n° 4/2009, del Consejo, de 18 diciembre 2008, DO L de 10.1. 2009.

¹⁸ Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, DO L 201 de 27.6.2012.

¹⁹ Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 junio 2016, DO L 183 de 8.7. 2016.

²⁰ Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 junio 2016, *ibíd.*

²¹ Recuérdese en este punto el Dictamen del Tribunal de Justicia 1/03, de 7 febrero 2006, en relación con firma del Convenio de Lugano en nombre UE.

lo mismo que se plantee la eficacia de la sumisión a los tribunales de Nueva York en un contrato con un demandado domiciliado en España (art. 4 de Bruselas I bis) o en una demanda de pensión compensatoria de un acreedor residente en España [art. 3.a) del Reglamento 4/2009]; en ambos supuestos se trata de determinar si el tribunal del Estado miembro puede entenderse “liberado” de aplicar un foro de competencia establecido en un Reglamento como consecuencia de la sumisión al tribunal de un Estado no miembro.

La ausencia de vocación universal de los Reglamentos, exclusivo y excluyente frente a tribunales de Estados no miembros, queda patente en las “autolimitaciones” incluidas en estos instrumentos que presuponen procesos (existentes o posibles) ante tribunales de terceros Estados. Así se explica la posible limitación de la competencia de los tribunales del foro en atención a inmuebles situados en terceros Estados (art. 12 del Reglamento de sucesiones) y los límites de procedimientos para modificaciones de decisiones de alimentos en relación con la posible competencia de tribunales de Estados parte del Convenio de La Haya de 2007 (art. 8 del Reglamento de alimentos). También existen precedentes sobre la consideración de la sumisión a tribunales de Estados no miembros pero partes del régimen convencional²². Estos Reglamentos europeos imponen un catálogo cerrado de competencias para evitar la disparidad de criterios de competencia en función de la conexión espacial de las partes con Estados miembros, fundamentalmente en función del domicilio o residencia en un Estado miembro²³, pero no implica un pronunciamiento excluyente de otras jurisdicciones.

6. Cuestión diferente es que el objetivo uniformador de la competencia, auténtica *ratio* de estos Reglamentos, pueda excluir un modelo de *derogatio fori* “a la carta” dependiente de la regulación establecida en los Derechos nacionales. Desde esta perspectiva, podría entenderse más justificada en este tipo de Reglamentos la admisión de la *derogatio fori* sobre la base del efecto reflejo, que permite proyectar la plantilla del Reglamento hacia fuera y evitaría la distorsión de aplicar las soluciones basadas en los Derechos nacionales. Así, por ejemplo, en el ámbito sucesorio, sería conciliable con el Reglamento una sumisión a los tribunales correspondientes a la ley nacional (de un Estado no miembro) elegida por el causante; una vez que la finalidad del Reglamento de coordinación entre competencia

²² En este sentido, la compatibilidad del Reglamento de alimentos con el Convenio de Lugano de 2007 implica que cede la aplicación del primero cuando exista una sumisión a los tribunales de un Estado parte de Lugano no miembro de la UE, con la excepción de la prohibición de la sumisión sobre alimentos en relación con menores de 18 años que se aplicará en todo caso (art. 4.4º del Reglamento). También puede verse la admisión de la sumisión, como norma de competencia judicial internacional indirecta, en el art. 20.1º.b) del Convenio de La Haya de 2007.

²³ Vid. en este sentido el Considerando 15 del Reglamento sobre alimentos, que ratifica la idea de que excluir la remisión a las reglas de competencia nacional cuando el demandado tenga su residencia habitual en un Estado tercero.

judicial internacional y ley aplicable no puede mantenerse, ninguna voluntad existe de garantizar a toda costa la competencia de un tribunal de un Estado miembro²⁴. En las demandas de alimentos, cabría admitir la sumisión a tribunales de Estados no miembros en los mismos supuestos que los previstos en el Reglamento, prohibiéndola para alimentos respecto de menores de 18 años. En las demandas sobre regímenes económicos matrimoniales o efectos patrimoniales de las parejas registradas cuando la sumisión se realizara a los tribunales correspondientes a la ley elegida o cuando favorezca la concentración de litigios ante el mismo tribunal²⁵. La construcción del efecto reflejo mantendría la uniformidad para identificar los supuestos en los que la sumisión resulte admisible, pero subsistirían los problemas articulación en los Derechos procesales nacionales, que seguirían decidiendo sobre el efecto suspensivo o derogatorio de la sumisión y sobre su control, de oficio o a instancia de parte.

III. Admisibilidad y validez del acuerdo de sumisión a tribunales extranjeros

1. Tribunal competente para enjuiciar la validez de la sumisión

7. Cuando se trata de hacer valer la eficacia de un acuerdo de sumisión, una cuestión determinante es verificar la validez del mismo lo que, a su vez, requiere primero indicar qué tribunal es el competente para enjuiciar dicha validez (el tribunal español donde el actor ha presentado la demanda o el tribunal elegido en el acuerdo) y, en segundo lugar, la ley que en su caso regirá dicha validez²⁶. El art. 22.2º bis LOPJ indica que la competencia establecida por la sumisión se extenderá también a la validez del acuerdo de sumisión, siguiendo el criterio de la competencia sobre la competencia. Ahora bien, la cuestión es si cabe derivar de ahí una interpretación *a sensu contrario* que implique una competencia “exclusiva” de los tribunales extranjeros elegidos y la obligada suspensión del proceso abierto en España²⁷.

²⁴ En materia de sucesiones se ha admitido la posibilidad de un acuerdo de sumisión con eficacia derogatoria en relación con causantes nacionales de un tercer Estado, pero con residencia habitual en un Estado miembro en el momento del fallecimiento, que hayan elegido su ley nacional como ley rectora de la sucesión; en la medida en que la correlación la correlación *forum-ius* que persigue el Reglamento de sucesiones no está asegurada, no habría inconveniente en ese efecto derogatorio (cf. R. Magnus, “Gerichtsstandsvereinbarungen m Erbrecht?”, *IPRax*, 2013, pp. 393 ss, esp. p. 395; A. Deixler-Hübner y M. Schauer, *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, Viena, Manz’sche Verlag, 2015, p. 102).

²⁵ Vid. art. 7 Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y n° 2016/1104.

²⁶ Vid. un análisis de las diferentes posiciones en torno a la validez de la cláusula de sumisión en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 385.

²⁷ Vid. F.J. Garcimartín Alferez, “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, n° 8614, 28 septiembre 2015, pp. 1–7, esp. p. 4, advirtiendo de los riesgos en este caso de una interpretación *a sensu contrario*.

La determinación del tribunal competente para enjuiciar la validez de la sumisión es especialmente relevante cuando, como es el caso en la LOPJ, esta sumisión solo puede tener para el tribunal español un efecto derogatorio, pero no alcanza a fijar el efecto prorrogatorio de la competencia de los tribunales elegidos, lo que genera un riesgo evidente de decisiones inconciliables sobre la valoración de la sumisión²⁸.

Adviértase en este sentido que en el ámbito del anterior art. 23.3º del Reglamento Bruselas I²⁹, se defendía una competencia “exclusiva” de los tribunales elegidos para controlar su competencia y, dentro de ella, claramente la validez de la cláusula³⁰. Algo similar podría defenderse para la *derogatio fori* en el ámbito de la LOPJ. Existen argumentos a favor y en contra de esa competencia exclusiva. A favor de la competencia exclusiva podrían esgrimirse razones procesales (basadas en la propia voluntad de las partes en la medida en que se extienda a “cualquier litigio” que se pudiera plantear entre ellas), como razones materiales (ante la ausencia de reglas comunes de validez de la sumisión en los diferentes Estados, la previsibilidad y seguridad jurídica de las partes estaría mejor asegurada con la aplicación de las reglas de DIPr. del tribunal elegido). En contra de dicha exclusividad cabría considerar que ello podría amparar conductas abusivas del demandado y una carga desproporcionada para la parte perjudicada ante acuerdos manifiestamente nulos o inadmisibles.

8. Lo razonable, en consecuencia, es decantarse por una competencia compartida entre los tribunales españoles (foro derogado) y los tribunales extranjeros

²⁸ El control de validez de la cláusula podría tratarse de manera diferente en función de que la sumisión pueda tener efecto atributivo/derogatorio (art. 25 del Reglamento Bruselas I bis) o solo derogatorio (art. 22 ter.4 LOPJ). En el primer caso, no debería haber problema ni de competencia judicial ni de ley aplicable para apreciar la validez de la cláusula dado que, en muchos aspectos, se han establecido condiciones de aplicación uniformes. Ningún instrumento avala una competencia de los tribunales elegidos que impida al tribunal del foro pronunciarse sobre la validez de la sumisión. Que no existe dicha competencia exclusiva se deriva claramente del art. 25.1 del Reglamento Bruselas I bis cuando establece una regla de Derecho aplicable a la validez de la cláusula que presupone la competencia de otros tribunales para examinarla. A la misma solución se llega en el CH 2005, que habilita al tribunal ante el que se planteó la demanda a pronunciarse sobre el efecto derogatorio de la sumisión, incluyendo la valoración sobre la nulidad del acuerdo.

²⁹ Recuérdese que tal disposición solo preveía un efecto derogatorio de la sumisión a los tribunales de un Estado miembro cuando ninguna de las partes tenía su domicilio en un Estado parte, de modo que el efecto prorrogatorio atributivo de la competencia dependerá exclusivamente de los tribunales del foro elegido.

³⁰ Así se deriva del Informe del P. Schlosser al antecedente de este precepto en el Convenio de Bruselas de 1968. A favor de esta competencia de los tribunales elegidos también se pronuncia U. Magnus, en U. Magnus y P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law (Brussels I Regulation)*, Múnich, Sellier, 2007, p. 391.

(foro elegido)³¹. En este sentido, los tribunales españoles deberían poder decidir sobre la nulidad o ineficacia de un acuerdo de sumisión que sea “evidentemente” nulo por no cumplir las condiciones de admisibilidad o de validez que dependen del foro (por ejemplo, vulneración de las competencias exclusivas). Ahora bien, si se planteara una cuestión de validez formal o material relativo al consentimiento emitido o incluso a la interpretación sobre el alcance de la voluntad de las partes sería razonable que tales pronunciamientos dependieran del propio tribunal elegido, dados los riesgos de diferente valoración sobre la sumisión por parte de unos u otros tribunales. Con esta solución se garantizaría, por una parte, la autonomía de la voluntad de las partes y, por otra, se evitarían comportamientos abusivos del demandado en el foro al invocar un pacto notoriamente nulo.

Queda la cuestión de si la respuesta sobre la competencia para enjuiciar la validez del acuerdo de sumisión va a variar en supuestos de litispendencia. En el ámbito Bruselas I bis, si hay dos demandas, se relega la cuestión a una competencia superior de los tribunales designados para controlar su propia competencia, al margen de que la demanda en el foro se hubiera presentado en primer lugar³². En todo caso, el tribunal del foro examinará, antes de suspender el proceso, la admisibilidad del acuerdo a la luz de los foros de protección³³. En el marco de la LOPJ, la suspensión del proceso abierto en España establecida en el art. 22.ter.4 opera al margen de que este proceso sea anterior o posterior a un eventual proceso abierto ante los tribunales elegidos; es más, de hecho, obligará a que se plantee ese segundo proceso ante los tribunales elegidos para que se pronuncien sobre su competencia. En definitiva, la prioridad para la valoración de la validez de la sumisión es la del tribunal elegido, no la prioridad temporal.

El análisis realizado implica que, en realidad, la validez y eficacia de los acuerdos de sumisión están sometidas a un doble control: primero por el tribunal español para valorar el efecto suspensivo y/o derogatorio de la sumisión; segundo por el tribunal elegido para pronunciarse sobre el efecto prorrogatorio de la competencia. Determinada, por tanto, la competencia compartida para enjuiciar la validez (o nulidad evidente) del acuerdo de sumisión, procede identificar qué y cómo

³¹ En este sentido, M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alferez (*op. cit.*, pp. 282–283) defienden la competencia exclusiva de los tribunales designados excepto si la nulidad es evidente. P. Mankowski (en T. Rauscher, *op. cit.*, *Band I*, p. 740) también niega la competencia exclusiva para conocer sobre la eficacia de las cláusulas de sumisión, so pena de vaciar de contenido las limitaciones previstas en foros de protección y competencias exclusivas establecidas en el Reglamento.

³² Cf. R. Fentiman, en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, *Vol. I*, p. 749. Cabe recordar que precisamente ese criterio se estableció en el art. 31.2 de Bruselas I bis para contrarrestar el efecto de la controvertida jurisprudencia *Gasser* (STJUE 9 diciembre 2003, asunto C–116/02, ECLI:EU:C:2003:657) que fomentaba claramente las denominadas acciones torpedo.

³³ Cf. el art. 31.4º Reglamento Bruselas I bis. A ello habría que añadir, aunque este precepto no las cite, que los tribunales del foro tampoco tendrían que otorgar ningún efecto suspensivo a un acuerdo de sumisión que vulnerara las competencias exclusivas de otro Estado miembro.

pueden valorar los tribunales españoles dicha validez, considerando que esta es fragmentable en los siguientes aspectos: la admisibilidad de la sumisión, la extensión subjetiva del acuerdo y cuestiones de capacidad, los aspectos de fondo y forma, y la incidencia de las normas imperativas.

2. Admisibilidad de la sumisión

A) Admisibilidad conforme a los Reglamentos

9. No parece discutible, y así cabe derivarlo también de la jurisprudencia del TJUE, la aplicación de los criterios de admisibilidad a la *derogatio fori* fijados por los Reglamentos europeos, al margen del carácter abierto o cerrado de sus catálogos de competencias. El efecto útil de estos instrumentos obliga a considerar sus prohibiciones de sumisión tanto si es a favor tribunales de Estados miembros como de terceros Estados. De este modo, no resultarán admisibles los acuerdos de sumisión que vulneren competencias exclusivas establecidas en el art. 24 o los límites impuestos a la sumisión en los foros de protección en el Reglamento Bruselas I bis (asunto *Ahmed Mahamdia*)³⁴. Asimismo, la sumisión tácita posterior desactivaría la sumisión a tribunales de terceros Estados (asunto *Taser*)³⁵.

10. En el caso de los Reglamentos en materia de familia y sucesiones, coexisten aquí dos cuestiones: las prohibiciones concretas de sumisión y los condicionantes para que esta opere cuando está permitida. En este contexto, en relación con los procesos de divorcio, la inoperatividad de la sumisión como regla general en Bruselas II bis (excepto mutuo acuerdo) privaría de la posibilidad de una eventual sumisión contenida en un acuerdo prematrimonial cuando el demandado sea nacional o residente habitual en un Estado miembro (*ex art. 6 del Reglamento*). No podría justificarse la desactivación en la aplicación de las normas de competencia de Bruselas II bis como consecuencia de una sumisión a los tribunales de un tercer Estado: si no se admite para tribunales de Estados miembros tampoco debiera admitirse para tribunales de terceros Estados. Para los litigios sobre responsabilidad parental, podría valorarse la *derogatio fori* vinculada al criterio del *forum non conveniens* admitido en el art. 15 RB II bis. Así puede ocurrir en un litigio sobre

³⁴ En el mismo sentido, *vid.* A. Espiniella Menéndez, “Contratos de consumo en el tráfico comercial UE–terceros Estados”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 277–303, pp. 295 ss.

³⁵ *Vid.* M. Requejo Isidro y F. Koechel, “Elección de foro a favor de un tercer Estado en el sistema Bruselas”, *La Ley Unión Europea*, n° 39, 29 julio 2016; asimismo *vid.* I. Lorente Martínez, “Cláusula atributiva de competencia en favor de tribunales de terceros Estados y sumisión tácita a favor de tribunales de un Estado miembro: el dilema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, n° 1, pp. 444–453.

la custodia con traslado del menor a otro Estado al que se someten las partes³⁶. También podría justificarse una sumisión a los tribunales de situación de los bienes de un menor, en relación con un litigio relativo a la administración de los mismos; o una sumisión a favor de los tribunales que estén conociendo de un proceso de divorcio, que les permita conocer también sobre la responsabilidad parental y los alimentos. En estos casos, la concentración de la competencia podría valorarse en relación con la “mejor situación” de los tribunales elegidos.

11. En los Reglamentos cerrados, como se ha indicado, la garantía de uniformidad en la aplicación de los foros de competencia pasaría por la admisión de la *derogatio fori* considerando no sólo las prohibiciones concretas establecidas para determinados tipos de litigios (por ejemplo, la sumisión expresa en relación con demandas de alimentos respecto de menores de 18 años)³⁷ sino también respetando los criterios concretos que permiten la sumisión exigiendo una vinculación adicional entre el tribunal elegido y la relación litigiosa³⁸. En estos casos, habría que entender que el margen que se deja a la autonomía de la voluntad *ad extra* estará condicionado por las posibilidades de elección permitidas por los Reglamentos³⁹.

B) Admisibilidad conforme al Derecho nacional

12. Junto a las condiciones de admisibilidad derivadas de los Reglamentos europeos, también deben verificarse cuáles son las limitaciones impuestas por nuestro propio Derecho para aquellos supuestos en los que resulten aplicables las normas de competencia judicial internacional autónomas, ya sea por razones espaciales (demandados domiciliados en terceros Estados en el ámbito de Bruselas I bis, con las salvedades del art. 6) o ya sea por razones materiales (litigios sobre capacidad o filiación o, hasta la entrada en vigor de los respectivos Reglamentos, procesos sobre regímenes económico matrimoniales o parejas de hecho registradas).

³⁶ Vid. el supuesto resuelto por la SAP Barcelona 1 abril 2003 (AC 2003\112): se solicita la guarda y custodia de una hija no matrimonial, siendo el demandante español, y residente en España, y la demandada ecuatoriana que traslada a su hija a Ecuador; aunque hay un (aparente) de traslado ilícito, también hay una (aparente) sumisión del padre ante los tribunales ecuatorianos (basada en la demanda de restitución presentada ante tribunales de Ecuador), entendiendo el tribunal español que, aunque la residencia del hijo estaba en España en momento de la demanda, toda la conexión actual del litigio se encuentra en Ecuador y, por tanto, se justifica la incompetencia de nuestros tribunales.

³⁷ Recordemos que el art. 4.4º Reglamento de alimentos extiende dicha prohibición a la sumisión a tribunales parte del Convenio de Lugano.

³⁸ Vid., en este sentido, las limitaciones a la autonomía de la voluntad del art. 4 del Reglamento de alimentos; art. 7 del Reglamento sobre regímenes económicos matrimoniales; y art. 7 del Reglamento sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas.

³⁹ M. Andrae (en T. Rauscher, *op. cit.*, *Band IV*, p. 549–550) así lo indica: según su concepción del efecto reflejo del Reglamento de alimentos, habrá que partir de este instrumento para determinar las condiciones de admisibilidad, sus condiciones y el efecto derogatorio.

El art. 22 ter LOPJ contiene en este punto una doble regla sobre la admisibilidad de la sumisión. Por una parte, el art. 22.ter.4 fija la regla positiva de que “la competencia establecida conforme al apartado 1 de este artículo podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero”, lo que significa que podrá excluirse la competencia basada en el foro del domicilio del demandado o en los foros especiales de los arts. 22 quater y 22 quinquies. Por otra parte, el art. 22 ter.5 fija la regla negativa de que “no tendrá efecto la exclusión de la competencia de los tribunales españoles en aquellas materias en las que no cabe sumisión a ellos”; esta última regla deberá ser completada a su vez con el art. 22 bis LOPJ que establece que no caben acuerdos de sumisión “si son contrarios a lo establecido en el art. 22 quater, 22 quinquies, 22 sexies y 22 septies”. Dejando fuera la materia concursal, objeto de su propia regulación sectorial, procede determinar los límites a la sumisión (*ad intra* y, por tanto, *ad extra*) derivados de las competencias exclusivas, de los foros de protección, de los litigios en materia de persona y familia y de las medidas cautelares.

13. Es obvia la exclusión de la sumisión en los litigios afectados por las competencias exclusivas; así lo establece expresamente el art. 22.bis.1 LOPJ, lo que, en todo caso, ya cabía derivar del art. 24 de Bruselas I bis.

14. Deben incluirse asimismo las limitaciones derivadas de los foros de protección. En la medida en que la relación quede incluida dentro del ámbito material de los foros de protección de Bruselas I bis, serán las prohibiciones previstas en este Reglamento las que operen directamente incluso respecto de acuerdos a tribunales de terceros Estados, en los términos ya vistos. Ahora bien, el concepto de consumidores puede entenderse más amplio en la LOPJ, dado que ningún condicionante se establece en función de su carácter pasivo como en Bruselas. Esto supondría que pueden identificarse casos de foros de protección que entrarían como tales solo en la LOPJ⁴⁰, lo que obligaría a aplicar los límites a la sumisión previstos en ella. En estos casos, la *derogatio fori* solo operaría a favor de los tribunales del domicilio o residencia habitual común o si el consumidor hubiera sido demandante ante el tribunal del tercer Estado elegido por las partes⁴¹.

⁴⁰ Vid. al respecto A. Espiniella Menéndez, *La protección de los consumidores*, Madrid, Rasche, 2015, pp. 129–130.

⁴¹ Ese es el resultado al que lleva la proyección hacia fuera de la admisibilidad de la sumisión en consumidores en la LOPJ, que admite los acuerdos posteriores al nacimiento del litigio (irrelevantes a nuestros efectos), o en supuestos en que ambos contratantes tengan su domicilio en España en el domicilio en el momento de la celebración del contrato o el demandante sea el consumidor. Adviértase en todo caso del error de la LOPJ en este punto (J.M. Espinar Vicente y J.I. Paredes Pérez, *loc. cit.*, p. 234): en caso de acuerdo de elección de los Tribunales españoles después de surgir la controversia, el art. 22 *quinquies* exige además que el demandante sea la parte débil, lo que no se concilia ni con el art. 19 del Reglamento Bruselas I bis (que la LOPJ pretende reproducir) ni con la comparativa con el art. 22 bis 1.párr. 2, donde

15. Respecto a los litigios sobre persona y familia, el debate está en la disponibilidad del objeto del proceso. Existe, en este caso, un amplio espectro de tipo de litigios que va desde casos de restricción absoluta de la autonomía de la voluntad (como los relativos a la ausencia, capacidad o filiación), pasando por litigios en los que se permite una autonomía de la voluntad relativa o “controlada” (divorcios, responsabilidad parental o alimentos), hasta llegar a procesos con amplio margen de libertad (relaciones económicas entre los cónyuges o pensiones compensatorias). La literalidad de los arts. 22 bis y 22 quinquies LOPJ permite justificar tanto la admisión como el rechazo de la sumisión en este ámbito y, lo que es peor, cualquiera de estas dos conclusiones, formuladas radicalmente, estarían equivocadas⁴². El condicionante sobre el carácter inquisitivo de los procesos sobre persona y familia debe examinarse con cautela. Por una parte, no hay correlación automática entre la autonomía material (posibilidad de llegar a acuerdos sobre el fondo) y la autonomía procesal (posibilidad de elegir un tribunal). A modo de ejemplo, el divorcio por mutuo acuerdo, de carácter claramente dispositivo, no permite la sumisión a tribunales, ni siquiera elección de notario cuando se trate de un divorcio notarial⁴³. Por otra parte, el riesgo de *forum shopping* no conlleva necesariamente la prohibición absoluta de sumisión, que podrían evitarse, para supuestos aun no armonizados conflictualmente, utilizando vías alternativas, como los expedientes de abuso de derecho o fraude procesal o exigiendo un mínimo de proximidad con el tribunal elegido. Ello puede dejar un margen para la autonomía de la voluntad en los litigios de familia, que permite la concentración

claramente se observa la alternatividad entre los casos de sumisión posterior o supuestos en los que la parte débil sea el demandante.

⁴² Vid. J.M. Espinar Vicente, “Los riesgos de la incorrecta adaptación de las normas de la Unión Europea. La sumisión de las partes a la jurisdicción española tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015”, *La Ley: Unión Europea*, n° 31, noviembre de 2015, pp. 1–6, esp. pp. 3–4. El art. 22.bis.1 LOPJ comienza diciendo: “En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos...”. Es decir, la regla sería “todo lo que no está permitido, está prohibido”. El inciso siguiente del precepto lleva a la conclusión contraria: “No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los Tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los arts. 22.quater, 22.quinquies, 22.sexies y 22.septies, o si excluyen la competencia de los órganos judiciales españoles exclusivamente competentes conforme lo establecido en el art. 22, en cuyo caso se estará a lo establecido en dichos preceptos.”. Una redacción de este tipo solo tendría sentido si partimos, como regla general, de la sumisión salvo limitación o prohibición.

⁴³ En relación con el divorcio por mutuo acuerdo previsto en el art. 777 LEC, el art. 769.2º LEC (en relación con el ap. 4) establece una competencia inderogable por las partes en el último domicilio común o en el domicilio de cualquiera de ellos. Lo mismo ocurriría con los divorcios por mutuo acuerdo notariales, que tampoco se benefician de la autonomía de la voluntad como criterio de competencia, dado que el art. 54.1º Ley del Notariado establece que los cónyuges “Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes” (precepto introducido por D.F.11ª la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

de los litigios vinculados (divorcio, custodia, alimentos) ante un mismo tribunal y, en consecuencia, facilita alcanzar acuerdos globales en estos procesos, aspecto clave para protección del interés del menor y la economía procesal. Es asimismo un instrumento idóneo para garantizar la coordinación entre la ley aplicable y el tribunal competente, lo que resulta especialmente necesario para asegurar la seguridad jurídica, por ejemplo, en el ámbito de los pactos o capitulaciones matrimoniales.

16. Finalmente, debe indicarse el alcance de la *derogatio fori* para excluir la competencia de los tribunales españoles para adoptar medidas cautelares⁴⁴. Cuando es el tribunal competente sobre el fondo el que va a adoptar la medida cautelar, la exclusión de la competencia de este tribunal por la sumisión puede abarcar, si así se deriva del alcance del acuerdo, también la exclusión para adoptar medidas cautelares. El planteamiento entendemos que no tendría por qué ser diferente cuando se suscita la exclusión del foro “alternativo” del art. 22 sexies LOPJ, basado en la urgencia y el carácter territorial de las medidas, si así ha sido la voluntad de las partes en el acuerdo de sumisión⁴⁵. No se entiende, en este sentido, la limitación que parece introducir el art. 22 ter, dejando fuera de la posibilidad de sumisión a tribunales extranjeros al foro del art. 22 sexies, dado que no existe ninguna base normativa que convierta en inderogable por acuerdo dicho criterio de competencia.

3. Criterios de validez del acuerdo y ley aplicable

17. Verificada la admisibilidad de la sumisión conforme a los límites marcados por el Derecho europeo y el Derecho nacional, los tribunales españoles deberían presumir válida la sumisión para que sean los tribunales designados los que se pronuncien con carácter definitivo sobre la validez⁴⁶. Ello supone que puede entenderse válido un acuerdo que finalmente será declarado nulo por los tribunales

⁴⁴ El AAP Santa Cruz Tenerife 3ª n° 189/2004 de 29 octubre (JUR 2004\302218) no admite incidencia de la *derogatio fori* sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares ex art. 22.5 LOPJ (en la versión anterior a la reforma).

⁴⁵ En este sentido, en relación con el art. 24 del Convenio de Bruselas (actual art. 35 del Reglamento Bruselas I bis), F.J. Garcimartín Alferez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 119–120; M. Virgós Soriano y J.F. Garcimartín Alferez, *op. cit.*, p. 293. *Vid.* que, sin embargo, el art. 7 del CH de 2005, de elección de foro, deja fuera de su ámbito de aplicación las medidas provisionales y cautelares.

⁴⁶ Esta presunción de validez es perceptible en el art. 25 de Bruselas I bis; *vid.* en P. Mankowski en T. Rauscher, *op. cit.*, *Band I*, p. 721; esa presunción también se derivaría del art. II.3 del Convenio Nueva York de 1958, sobre arbitraje comercial internacional. En la práctica española, *vid.* el AAP A Coruña 4ª 13 diciembre 2005 (JUR\2006\13046), que parte de la eficacia derogatoria de la cláusula de sumisión a los tribunales argentinos en la medida en que no se cuestiona ni la validez ni la eficacia de la misma.

elegidos, pero como esta sumisión solo tiene, inicialmente, efectos suspensivos sobre el proceso abierto en España⁴⁷, no se producirán conflictos negativos de competencia ni riesgos de vulnerar la tutela judicial efectiva.

Presupuesto ineludible es, evidentemente, que el pacto exista y que sea introducido por alguna de las partes en el proceso, consecuencia directa del carácter dispositivo del proceso, sin que el juez pueda indagar de oficio si dicho acuerdo existe o no⁴⁸. Debe quedar acreditado un consentimiento claro y preciso a la sumisión. En la práctica, tal acreditación se ha limitado en ocasiones a una mera constatación de hecho de la presencia de dicha cláusula⁴⁹, mientras que en otros casos, se ha valorado el cumplimiento de las condiciones de forma del acuerdo establecidas en el art. 25 del Reglamento Bruselas I bis (reproducidas en el art. 22 bis.2 LOPJ), entendidas como mínimos aplicables al margen de que la sumisión se realice a favor de los tribunales de un Estado parte o de un tercer Estado⁵⁰. Ahora bien, no parece justificada la exigencia de cumplir estrictamente las condiciones de forma establecidas en el Reglamento (entendidas como condiciones de validez *ad solemnitatem*) sino solo como elementos destinados a facilitar la prueba de la existencia de la cláusula⁵¹: precisión y claridad en el acuerdo que deje constancia de su aceptación y también de que hayan sido designados unos tribunales

⁴⁷ Vid. *infra* ap. 24 sobre ese efecto suspensivo.

⁴⁸ Cf. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, Vol. I, p. 668.

⁴⁹ Es la tesis fáctica a la que se refieren A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 385. En este sentido, flexible se muestra el AAP Madrid 12^a 18 enero 2010 (JUR 2010\106140), que no aplica los criterios del art. 17 de Bruselas, sino que se limita a indagar sobre la voluntad de las partes manifestada de manera clara y precisa. De manera semejante, el AAP Madrid 28^a 4 febrero de 2011 (JUR 2011\161665) parte de la verificación material de la cláusula de sumisión, apareciendo en un conocimiento de embarque “una cláusula contundente que contiene un pacto expreso e irrevocable de sumisión expresa, clara y precisa a favor del Tribunal del Distrito de Tokio en Japón”. La mera constatación de la existencia de acuerdo, entre la documentación aportada, sirve para apreciar su existencia, sin comprobación de más requisitos formales: AAP Santa Cruz de Tenerife 3^a 29 octubre 2004 (JUR 2004\302218).

⁵⁰ En este sentido, el AAP Sevilla 4 julio 2014 (JUR 2014\264770) parte de una aplicación de los criterios del art. 17 Bruselas como elementos asumidos de carácter general para determinar la existencia de un consentimiento claro y preciso (es decir, como funcionamiento *ad probationem*). En el mismo sentido, el AAP Barcelona 15^a 17 febrero de 2011 (JUR 2011\203050) se pronuncia sobre la aplicación general del art. 17 de Bruselas para acreditar ese consentimiento también en relación con la firma de la cláusula por parte del destinatario de la mercancía en un conocimiento de embarque en sumisión a terceros Estados, considerando que no tiene sentido que se utilicen unos criterios diferentes en función de que el Estado a cuyos tribunales se han sometido las partes sea o no miembro de la UE, con parámetros de validez o eficacia más restrictivos o rigurosos en este último supuesto.

⁵¹ Cf. A. Briggs, *op. cit.*, pp. 294–295. En el mismo sentido, en relación con el art. 23.3º del Reglamento Bruselas I (sumisión a los tribunales de un Estado miembro solo con efecto derogatorio), se entendía que no eran exigibles los requisitos formales del art. 23 a los efectos de dar validez formal a la sumisión considerando que esto dependía del Derecho del Estado cuyos tribunales fueran elegidos (U. Magnus, en U. Magnus y P. Mankowski, *Brussels I...*, *op. cit.*, p. 391; P. Mankowski en T. Rauscher, *Brüssels I...*, *op. cit.*, p. 539).

determinados. La amplitud y flexibilidad en la apreciación de esta existencia de sumisión es perceptible en la práctica, en la que atendiendo a la valoración económica global de diversos contratos, se ha llegado a considerar eficaz la sumisión a un tribunal extranjero incluso cuando solo está contenida en uno de los contratos litigiosos suscritos por las partes, pero no en el otro⁵².

Un problema singular se ha planteado en torno a la aplicación de las reglas de incorporación de las cláusulas de sumisión, tipo art. 54.2º LEC, a los acuerdos de sumisión a tribunales extranjeros⁵³. Dichas reglas son particularmente importantes en el ámbito de los contratos de adhesión que vinculan no solo a consumidores sino también a profesionales, tal y como ocurre en los contratos de agencia o en el ámbito de la contratación marítima internacional. La práctica viene estableciendo que tales reglas de incorporación solo resultan operativas para el ámbito de la sumisión en el ámbito de la competencia territorial interna, pero no para la sumisión internacional⁵⁴. Esta conclusión es clara en el ámbito de Bruselas I bis cuando existe sumisión a favor de los tribunales de un Estado miembro, en la medida en que la aplicación e interpretación del art. 54.2º LEC podría colisionar con el art. 25 del Reglamento, de modo que las exigencias allí establecidas supondrían ya la acreditación de las condiciones mínimas sobre la realidad del consentimiento⁵⁵. Este mismo resultado debería extenderse a la sumisión a tribunales de terceros Estados, siguiendo nuestra jurisprudencia en la materia y la necesaria adecuación de la sumisión a los usos y hábitos del comercio internacional.

⁵² La SAP Castellón 1ª 26 mayo 1997 (AC\1997\1343) aplicó en este caso la doctrina del interés prevalente, de modo que se admite la fuerza atractiva del contrato en el que se aceptó, mediante la firma de la entidad remitente de las mercancías la competencia de los Tribunales de la principal sede de la transportista, incluyendo a otro contrato vinculado, aunque en él se hubiera hecho constar tal cláusula.

⁵³ El art. 54.2º LEC establece que “No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios”.

⁵⁴ Alude a ello la STS 1ª 31 mayo 2012, RJ 2012\6551; el AAP Barcelona 15ª 17 febrero 2011 (JUR 2011\203050), claramente niega la aplicación del art. 54.2º LEC que queda reservada para la sumisión en el ámbito de la competencia judicial interna: *vid.* también la SAP Tenerife 10 septiembre 2001, AC 2002\356. En relación con el art. 25 Bruselas I bis, P. Mankowski (en T. Rauscher, *op. cit.*, *Band I*, p. 730) es claramente contrario a esa aplicación de los controles de condiciones. *Vid.*, no obstante, otra posición en el Auto del Juzgado de 1ª Instancia de Moncada de 10 mayo 2017, Cendoj ECLI: ES:JPII:2017:4ª, que aplicó la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y entendió abusiva una cláusula de sumisión a los tribunales de Estados impuesta a la demandante por la parte “predominante” en esa relación.

⁵⁵ *Vid.* P. Jiménez Blanco, “Alcance de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de agencia”, *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 129–150, p. 147 ss.). *Vid.* en este sentido, la reciente STJUE 7 julio 2016 (asunto C-222/15: *Hörszig*, ECLI:EU:C:2016:525) que comprueba que la cláusula atributiva de competencia, contenida en unas condiciones generales de la contratación, sea válida desde la perspectiva únicamente del Reglamento Bruselas I bis. *Vid.*, sin embargo, otra posición en U. Magnus, en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, vol. I, pp. 623–624, en relación con el alcance de la STJCE 27 junio 2000, asuntos 240/98 a 244/98: *Océano Grupo Editorial*, ECLI:EU:C:2000:346.

18. Elemento importante vinculado a la existencia de la cláusula (y que, por tanto, debe ser valorable por el tribunal español antes mismo de darle el efecto suspensivo del art. 22.ter.4 es la determinación del alcance subjetivo de la misma, lo que a su vez requiere valorar la capacidad de las partes y oponibilidad de la cláusula frente a terceros.

La cuestión de la capacidad de las partes no ha sido objeto de unificación conflictual en ningún instrumento y, al menos inicialmente, debe entenderse sometida a las reglas de DIPr. del foro (Derecho español) dado que siendo nula la sumisión por falta de capacidad de las partes ninguna consecuencia debería derivarse del acuerdo ni en su vertiente prorrogatoria, ni en su vertiente derogatoria. En esta clave, el art. 6 del CH 2005 somete la cuestión de la capacidad al foro, donde expresamente se indica que se renunció, por ambiciosa, a la formulación de una norma de conflicto uniforme sobre la capacidad de la sumisión⁵⁶. No obstante, ello conlleva realmente una aplicación cumulativa sobre las reglas de capacidad: primero, la aplicación de las reglas de DIPr. del foro en materia de capacidad deberá valorarse para el efecto suspensivo de la cláusula de sumisión; segundo, aunque se considerara válida a estos efectos y se le dotara de efectos suspensivos, serían los tribunales elegidos los que valoraran finalmente si la cláusula es válida en cuanto a su efecto prorrogatorio.

La valoración de la oponibilidad de la cláusula frente a terceros, como cuestión procesal, también corresponderá a los tribunales españoles a la hora de determinar el efecto suspensivo y/o derogatorio del acuerdo. Será el Derecho español (a título de *lex fori*) el que fije la extensión subjetiva posible de los acuerdos de sumisión y su transmisibilidad. De este modo, el tribunal español decidirá en qué medida no puede invocarse el pacto frente a un tercero (v.gr., un adquirente de un bien frente al fabricante) y aquellos en los que sí es posible esta invocación, v.gr., en caso de subrogación⁵⁷. Es este un aspecto importante en la práctica comercial internacional, en relación con la posición de las aseguradoras de las mercancías que reclamen al transportista⁵⁸. En estos supuestos, la *lex fori* española determinará las

⁵⁶ Cf. T. Hartley y M. Dogauchi, *Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention*, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3959>, p. 50, ap. 150, destacando cómo el art. II.3 del Convenio de Nueva York no resuelve expresamente ese problema. En el ámbito Bruselas, también se ha entendido que la capacidad queda fuera del art. 25 (U. Magnus, en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, vol. I, p. 633).

⁵⁷ Así se ha declarado la inoponibilidad de la cláusula de sumisión que conste en un contrato entre el fabricante y el adquirente de un bien frente a un tercero subadquirente cuando este quiera demandar al fabricante, al menos que conste expresamente su consentimiento a la cláusula (STJUE 7 febrero 2013, asunto C-543/10: *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62).

⁵⁸ En la contratación de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, es muy frecuente la subrogación de las aseguradoras de las mercancías en la posición del adquirente para dirigir su

posibilidades de transmisión por subrogación de la cláusula de sumisión y será la ley rectora de la relación jurídica correspondiente (v.gr., ley del contrato de seguro) la que determine si esa subrogación efectivamente se ha producido o no en el caso concreto⁵⁹.

19. Queda finalmente por verificar conforme a qué Derecho habría que determinar los requisitos de validez material de la cláusula, en esencia, los relativos a la emisión del consentimiento. En este contexto, la invocación del acuerdo de sumisión por parte del demandado en el proceso abierto en España podría ser contrarrestado por parte del demandante alegando la nulidad del mismo por vicios en el consentimiento. Tal cuestión debería ser valorada conforme al DIPr. de los tribunales elegidos para evitar una diferente solución entre el tribunal del foro y el designado por las partes⁶⁰. Ahora bien, esta remisión integral al DIPr de los tribunales elegidos tiene difícil encaje en nuestro régimen de Derecho aplicable y no evita el riesgo de divergencias en cuanto a la valoración del acuerdo de sumisión; además, supondría vaciar de contenido la suspensión a la que obliga el art. 22.ter.4 LOPJ a la espera de la decisión del tribunal extranjero sobre su propia competencia. Por ello, en este ámbito los tribunales españoles deberían presumir (salvo manifiesta nulidad) válida la sumisión y deberían ser los tribunales elegidos los que se pronuncien sobre tal extremo.

4. El impacto de las normas imperativas sobre el acuerdo de sumisión

20. Un último aspecto a valorar en la validez de la sumisión a tribunales de terceros Estados tiene que ver con el impacto de las normas imperativas sobre estos acuerdos. Es evidente, que detrás de determinadas cláusulas de sumisión, particularmente en el ámbito de la contratación internacional, puede estar una intención de eludir este tipo de reglas imperativas, utilizando la sumisión como instrumento de *forum shopping*. La cuestión puede plantearse en una doble vertiente: la incidencia de las normas imperativas cuando la relación jurídica litigiosa está vinculada únicamente con el Derecho español y la incidencia de las normas de

reclamación frente al porteador y, en consecuencia, la oponibilidad de la sumisión incluida en el conocimiento: AAP Madrid 28ª 4 febrero de 2011 (JUR 2011\161665); SAP Castellón 1ª 26 mayo de 1997 (*loc. cit.*).

⁵⁹ Vid. P. Jiménez Blanco, *El contrato internacional a favor de tercero*, Santiago de Compostela, Univ. Santiago, 2002, pp. 143 ss. En el ámbito Bruselas, es doctrina consolidada en las STJCE 19 junio 1984, asunto 71/83: *Tilly Russ*, ECLI:EU:C:1984:217; de 19 marzo 1997, asunto 159/97: *Transporti Castelletti*, ECLI:EU:C:1999:142, y asunto *Coreck Maritime*.

⁶⁰ Esta es la solución de los arts. 5 y 6 CH 2005 y así se deriva del Informe de T. Hartley y M. Dogauchi (*loc. cit.*, 50); en el mismo sentido U. Magnus (en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, Vol. I, p. 629) en relación con el Considerando 20 del Reglamento Bruselas I bis; *vid.* también P. Mankowski, en T. Rauscher, *op. cit.*, *Band I*, pp. 718–719; A. Rodríguez Benot en P. Blanco–Morales Limones, F.F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén, F.J. Montero Muriel (Coord.), *op. cit.*, p. 561.

policía (nacionales o europeas) cuando la relación jurídica está vinculada con los Estados miembros. El interrogante común en ambos casos es si es posible utilizar la sumisión a tribunales extranjeros para “escapar” del marco imperativo “natural” en el que se ubica la relación jurídica litigiosa.

En dos ámbitos, al menos, se ha planteado esta problemática. El primero es el de los contratos de agencia, con un marco normativo regido por la Directiva 86/653/CEE sobre agencia y la Ley 20/1992 de contrato de agencia, cuya D.A. 1ª establece la obligación de litigar ante los tribunales del domicilio del agente. Dicha disposición no limita la sumisión a los tribunales de un Estado parte de Bruselas I bis⁶¹. Ahora queda por determinar el alcance prohibitivo de la sumisión cuando es hacia terceros Estados, con la finalidad de garantizar la competencia de un tribunal comunitario para aplicar las normas imperativas protectoras derivadas de la Directiva. La doctrina y la jurisprudencia, nacional⁶² y comparada⁶³, se han mostrado vacilantes en este punto.

La normativa sobre el Derecho de la competencia es el segundo ámbito donde se evidencia el problema de la incidencia de las normas imperativas, en particular, en relación con las acciones privadas indemnizatorias derivadas a la infracción de

⁶¹ Vid. P. Jiménez Blanco, “Alcance de las cláusulas...”, *loc. cit.*, pp. 131 ss. Vid. esta problemática en torno a la STJCE 9 noviembre 2000, asunto C-381/98: *Ingmar*, ECLI:EU:C:2000:605. En contra de la sumisión en contratos de agencia, *vid.* SAP Valencia 9ª 4 mayo 1999, *Aranzadi Civil*, 1999, nº 5520. A favor de la sumisión se mostró, entre otras, la SAP Santa Cruz de Tenerife 1ª 10 septiembre 2001 *Actualidad Civil*, 2002, nº 8, @59; AAP Barcelona 17ª 28 mayo 2009 (JUR 2009\421063); a SAP Alicante de 15 mayo 2013 (JUR 2013\266846) admite la sumisión a tribunales italianos aunque en el caso queda desplazada por una sumisión tácita posterior del demandado. El problema también se ha manifestado en las relaciones entre la D.A. 1º de la Ley de contrato de agencia y la sumisión a arbitraje: *vid.*, *v.gr.*, el AAP Barcelona 17ª 28 mayo 2009 (JUR 2009\421063) considerando que la presencia de normas imperativas no afecta al convenio arbitral.

⁶² Vid. esta problemática en torno a la STJCE 9 noviembre 2000, asunto C-381/98: *Ingmar*, ECLI:EU:C:2000:605. En contra de la sumisión en contratos de agencia, *vid.* SAP Valencia 9ª 4 mayo 1999, *Aranzadi Civil*, 1999, nº 5520. A favor de la sumisión se mostró, entre otras, la SAP Santa Cruz de Tenerife 1ª 10 septiembre 2001 *Actualidad Civil*, 2002, nº 8, @59; AAP Barcelona 17ª 28 mayo 2009 (JUR 2009\421063); a SAP Alicante 15 mayo 2013 (JUR 2013\266846) admite la sumisión a tribunales italianos aunque en el caso queda desplazada por una sumisión tácita posterior del demandado. El problema también se ha manifestado en las relaciones entre la D.A. 1º de la Ley de contrato de agencia y la sumisión a arbitraje: *vid.*, *v.gr.*, AAP Barcelona 17ª 28 mayo 2009 (JUR 2009\421063) considerando que la presencia de normas imperativas no afecta al convenio arbitral.

⁶³ Existen diferentes posiciones en la materia en la doctrina y práctica comparadas. En Alemania, ignorando la cláusula de sumisión si existe el riesgo de que los tribunales elegidos no apliquen las normas imperativas alemanas de transposición de la Directiva de agencia, *vid.* Sent. OLG Múnich 17 mayo 2006, *IPRAx*, 2007, pp. 322 ss. y G. Rühl, “Die Wirksamkeit von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im Lichte der Ingmar-Entscheidung des EuGH”, *ibid.*, pp. 294 ss. En Francia, admitiendo la sumisión a pesar de las normas imperativas, *vid.* Sent. *Cour de Cassation* de 22 octubre 2008, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2009, pp. 69 ss; H. Gaudemet-Tallon, “La clause attributive de juridiction, un moyen d’échapper aux lois de police”, en K. Boele-Woelki, *Convergence and Divergence in Private International Law*, La Haya, Schulthess, 2010, pp. 707 ss.

dicha normativa. Aquí el objetivo es garantizar el efecto útil del Derecho de la competencia UE (arts. 101–102 TFUE) y determinar si dicho efecto útil es inconciliable con la sumisión a tribunales de terceros Estados⁶⁴.

21. Desde la perspectiva de la ley aplicable, la cuestión se resuelve con los arts. 3.3º y 3.4º de Roma I, que limita la “huida” del marco imperativo estatal o europeo, respectivamente⁶⁵. En el ámbito de la competencia judicial internacional, este problema ha sido abordado en el CH 2005 sobre elección de foro donde se excluye la eficacia de la sumisión a tribunales extranjeros si dar efecto al acuerdo conduciría a una manifiesta injusticia o sería manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal donde se planteó la demanda [art. 6.c)], interpretado de manera restrictiva referido a normas de orden público internacional, que incorporen principios fundamentales del Estado⁶⁶. Adicionalmente, el Convenio parte de la internacionalidad de la relación como presupuesto de eficacia de los acuerdos de sumisión⁶⁷. No hay preceptos paralelos ni en Bruselas I bis, ni en la LOPJ, que se limita a decir que “no tendrá efecto la exclusión de la competencia de los tribunales españoles en aquellas materias en las que no cabe sumisión a ellos” (art. 22 ter.5 LOPJ). Queda la duda de cómo interpretar este silencio: si realmente existe una laguna de regulación que debe colmarse o sencillamente significa que tales normas imperativas no deben ser consideradas a los efectos de la *derogatio fori*.

Debe distinguirse en este punto entre materias disponibles y la incidencia que puedan tener normas imperativas sobre un sector. Lo determinante es que el objeto de la controversia sea disponible para las partes al margen de que esté disciplinado por normas imperativas⁶⁸. Existen motivos suficientes para entender que la eventual incidencia de normas imperativas no puede ser un límite a la *derogatio fori* si

⁶⁴ Vid. en ese sentido Ch. Heinze, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción y la ejecución efectiva del derecho de la competencia de la UE. Algunas precisiones sobre el alcance de los acuerdos de jurisdicción tras la Sentencia del TJUE CDC”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 79–101, esp. pp. 96 ss. La STJUE 21 mayo 2015, asunto C–352/13: *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, ha entendido admisibles los acuerdos de sumisión en el marco de las acciones indemnizatorias derivadas de la infracción del Derecho de la competencia comunitario siempre que estas resulten oponibles a las partes y así se derive del alcance del acuerdo, aunque el TJUE no se manifestó expresamente en relación con la sumisión a tribunales de terceros Estados. Sobre este aspecto, si se pronunció el Abogado General N. Jääskinen en sus Conclusiones (ap. 124), mostrándose contrario a la *derogatio fori* en estos casos si ello menoscaba el efecto útil del art. 101 TFUE.

⁶⁵ En términos similares, vid. los aps. 2 y 3 del art. 14 del Reglamento Roma II.

⁶⁶ Vid. esta interpretación restrictiva en el Informe Explicativo del Convenio de T. Hartley y M. Dogau-chi, ap. 153 (vid. en www.hcch.net).

⁶⁷ En concreto el art. 1.2 establece: “A los efectos del Capítulo II, una situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre éstas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, estén conectados únicamente con ese Estado”.

⁶⁸ Cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 322, en relación con la arbitrabilidad de los litigios.

la materia es, en sí misma, disponible: primero, porque cuando se han querido establecer límites basados en la garantía de determinados intereses o estándares de protección se ha hecho expresamente (competencias exclusivas y foros de consumidores, seguros o trabajo); segundo, por las dificultades de identificar en cada momento las reglas imperativas y el carácter incierto sobre cuál será el contenido, en su caso, de la decisión extranjera, debiendo realizar un análisis prospectivo en sede de competencia; tercero, porque ello equivaldría a introducir un control anticipado de ley aplicada cuando el orden público en el ámbito del reconocimiento de decisiones será la vía idónea para rechazar la eficacia de la decisión cuando se hubieran infringido normas internacionalmente imperativas⁶⁹.

22. Nada dice la LOPJ sobre la exigencia de internacionalidad de la relación como presupuesto para dar efectos a la sumisión a tribunales extranjeros⁷⁰; es decir, si es posible la *derogatio* en supuestos meramente internos, en los que tanto los domicilios de las partes, como los elementos objetivos de la relación se encuentran localizados en el mismo Estado pero las partes se someten a los tribunales de otro Estado. La cuestión ya ha sido controvertida en el ámbito del Reglamento Bruselas I bis⁷¹. La ausencia de este condicionante en la LOPJ debe interpretarse, a mi juicio, como que no se exige el presupuesto previo de la internacionalidad de la relación si, en los términos indicados, la materia es disponible para las partes. Por tanto, es posible la invocación de la sumisión a tribunales extranjeros, con el único límite de la disponibilidad del litigio, incluso aunque se trate de un supuesto interno. Cabe entender que la eventual incidencia de las normas materiales imperativas se relegará al momento posterior del reconocimiento de decisiones a través del orden público, que seguirá actuando como causa de rechazo a la eficacia de sentencias de terceros Estados.

⁶⁹ Ch. Kohler ("Agreements Conferring Jurisdiction on Courts of Third States", en F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata, *op. cit.*, pp. 199 ss, esp. pp. 214–215) se muestra favorable a limitar el efecto derogatorio de la sumisión en aquellos supuestos que él califica como normas de policía de "carácter constructivo" (p. 215) que conceden un derecho que no se garantiza por el foro elegido, tal y como ocurre en el ámbito de los foros de protección; pero no defiende lo mismo con las normas que tienen naturaleza "destructiva", es decir, cuando anulan una operación, porque entiende que en esos supuestos es suficiente el orden público para rechazar reconocimiento de la sentencia. En esta clave puede interpretarse la STJCE 1 junio 1999, asunto C-126/97: *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269, considerando la posibilidad de que un tribunal nacional anule un laudo arbitral si entiende que es contrario al Derecho de la competencia de la UE.

⁷⁰ Tampoco resulta exigible la conexión con el país cuyos tribunales hayan sido elegidos (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 384).

⁷¹ P. Mankowski (en T. Rauscher, *op. cit.*, *Band I*, p. 713), entiende que sí opera el presupuesto de la internacionalidad de la relación en el marco del art. 25 Bruselas I bis apoyándose en art. 3.3 Roma I y art. 1.2 CH 2005; U. Magnus (en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, vol. I, p. 604) entiende que el art. 25 del Reglamento no exige ese presupuesto.

23. En los supuestos transfronterizos, vinculados únicamente con la UE, el impacto de las normas imperativas europeas también debe medirse con los mismos parámetros indicados. Si, por ejemplo, para el contrato de agencia, se hubiera considerado relevante establecer un criterio de competencia indisponible para las partes, así debería haberse hecho siguiendo la plantilla de los contratos de consumo, trabajo o seguros. En este sentido, nada se dice sobre límites a la sumisión ni en la Directiva 86/853 sobre agencia ni en la Directiva 2014/104⁷². Existen, asimismo, dificultades para identificar, según los sectores, las normas de policía y el interés a proteger. Así, por ejemplo, se entiende que la finalidad de la Directiva de agencia no es la protección del agente, sino igualar las condiciones de competencia dentro de la UE, por lo que no se justificaría necesariamente un foro de competencia basado exclusivamente en el domicilio del agente⁷³. Finalmente, las normas imperativas presentes en cada sector tendrán perfecta cabida en el ámbito del reconocimiento de las decisiones, siguiendo el esquema que se utiliza en el arbitraje⁷⁴. La solución pasa, por tanto, por evitar un análisis prospectivo de la decisión extranjera al menos en el momento inicial de la suspensión del proceso. Cuestión diferente es que se tenga en cuenta *a posteriori* a la hora de fijar la fecha final de la suspensión, vinculándola no a la declaración de competencia del tribunal extranjero sino a la reconocibilidad de la decisión que vaya a dictar⁷⁵.

⁷² Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 noviembre 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO L 349 de 5.12.2014).

⁷³ Así, la STJCE 9 noviembre 2000 (asunto C-381/98: *Ingmar GB*, ECLI:EU:C:2000:605, aps. 24 y 25) indica que el objetivo de la Directiva, más que de la finalidad de protección del agente, es igualar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad, lo que condiciona la aplicación de las normas imperativas en ella prevista al ejercicio de la actividad por parte del agente comercial en un Estado miembro (vid. R. Freitag y S. Leible, “Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie– Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?”, *R.I.W.*, 2001, n° 4, pp. 287–295, pp. 292–293).

⁷⁴ En este sentido, el art. V.2º del Convenio de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras que establece como causas de rechazo, apreciables de oficio, la inarbitrabilidad de la controversia y el orden público. Así, existe un amplio consenso sobre la posibilidad de arbitraje en los contratos de agencia, a pesar de las reglas imperativas que rigen en este sector (Cf. M. Gómez Jene, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007, pp. 63–64; J. Fernández-Armesto, “El arbitraje internacional”, en A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 731 ss, esp. p. 761).

⁷⁵ Sobre esta cuestión vid. *infra* ap. 27. El art. 23.bis de la Propuesta del GEDIP de reforma de Bruselas establecía que el tribunal del foro derogado podría conocer del proceso si la sentencia dictada por el tribunal extranjero no pudiera ser reconocida en dicho Estado; en la interpretación de esta propuesta, se consideraba incluida la vulneración de las normas materiales imperativas, entre otras, las que protegieran al agente comercial [cf. M. Fallon, “Commentaire de la proposition de modification du chapitre II du règlement 44/2001 en vue de son application aux situations externes”, en M. Fallon, P. Kinsch y Ch. Kohler (eds.), *Le droit international privé Européen en construction : vingt ans de travaux du GEDIP*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2011 pp. 708 ss, esp. pp. 705 y p. 712].

IV. Tratamiento procesal de la sumisión a tribunales extranjeros

1. El efecto suspensivo y derogatorio de la sumisión a los tribunales extranjeros

24. Tradicionalmente, la doctrina y la práctica jurisprudencial habían valorado la eficacia de los acuerdos de sumisión a tribunales extranjeros en términos derogatorios de la competencia de los tribunales españoles⁷⁶. No es ésta, sin embargo, la opción seguida en la versión vigente de la LOPJ que establece inicialmente solo la obligación de suspender el proceso, pudiendo nuestros tribunales entrar a conocer cuando el tribunal extranjero haya declinado su competencia. Evidentemente tal circunstancia entrará a valorarse solo en el caso de que el acuerdo de sumisión al tribunal extranjero asuma un carácter exclusivo y, por tanto, excluyente de la competencia de los tribunales españoles. La solución dada por la LOPJ parte de un equilibrio entre la admisión de eficacia procesal a los acuerdos de sumisión y la tutela judicial efectiva que quiere brindarse ante los tribunales españoles. En ese equilibrio juega especialmente la idea de que la sumisión a tribunales extranjeros no determina inmediatamente una derogación de nuestra competencia sino un efecto suspensivo⁷⁷. El diseño se corresponde con el antiguo art. 23.3º del Reglamento Bruselas I⁷⁸. Las ventajas de esta solución desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva son evidentes, en la medida en que se evitan conflictos negativos de competencia. Un efecto derogatorio inmediato obligaría a recurrir al *forum necessitatis* del art. 22 septies para volver a plantear el proceso en España; el efecto suspensivo, sin embargo, deja latente el criterio de competencia que tienen nuestros tribunales (el domicilio del demandado o el foro especial por razón de la materia) que se reactivaría si el tribunal extranjero se declara incompetente. Ahora bien, la redacción en términos positivos del art. 22.ter.4 (“los Tribunales... solo podrán conocer... en el supuesto de que los Tribunales extranjeros designados hubieren declinado su competencia”) se convierte en una laguna de regulación

⁷⁶ Claramente lo enuncia el AAP Madrid 12ª 18 enero de 2010, JUR 2010\106140: “Lo determinante, pues, es el efecto derogatorio del fuero de los tribunales españoles que ha de reconocerse a la cláusula controvertida, admitida la inequívoca presencia de aquella voluntad común de las partes. Excluida la competencia exclusiva de los tribunales españoles, se ha de mantener la plena efectividad de la cláusula de atribución de competencia”; AAP Barcelona 15ª 17 febrero 2011 (*loc. cit.*); también SAP Madrid 13ª 7 septiembre 2012, JUR 2012\381603; AAP Madrid 28ª 4 febrero de 2011, JUR 2011\161665; AAP Madrid 12ª 18 enero 2010, JUR 2010\106140.

⁷⁷ Las posiciones en nuestra doctrina ante esta solución son contrapuestas. Discutible para F.J. Garcimartín Alférez (*Derecho internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2016, p. 188) que solo se produzca ese efecto suspensivo; lo ven bien A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (*op. cit.*, p. 386) y J.M. Espinar Vivente y J.I. Paredes Pérez (*loc. cit.*, p. 242) para evitar una denegación de justicia.

⁷⁸ La solución se diferencia parcialmente del art. 6 CH 2005, que deja la opción entre otorgar un efecto suspensivo o rechazar la demanda, lo que sí tiene evidentes riesgos para la tutela judicial efectiva.

cuando los tribunales extranjeros se han declarado competentes: debe presuponerse en este caso, aunque el precepto no lo diga expresamente, que los tribunales españoles deben inhibirse otorgando, desde ese momento, un verdadero efecto derogatorio a la competencia de nuestros tribunales. Tal conclusión no es baladí en tanto en cuanto incide en la articulación procesal del control de la competencia, como se verá seguidamente.

Ahora bien, se plantean en este contexto una serie de cuestiones sobre las que es preciso pronunciarse: primero, la base jurídica de la suspensión; segundo, la necesidad de una declaración sobre la competencia del tribunal elegido; tercero, la fecha crítica en la que finaliza dicha suspensión y, finalmente, los efectos de esta suspensión.

25. La base jurídica del efecto suspensivo acordado por el art. 22.ter.4 no se garantiza con el control de la sumisión a tribunales extranjeros a través de la declinatoria del art. 65 LEC, dado que el contenido del auto que se dicte en el marco de este procedimiento siempre es la declaración de competencia o de incompetencia de nuestros tribunales⁷⁹. No existiendo una regulación *ad hoc* en la materia, podría aplicarse analógicamente el art. 43 LEC, precepto que prevé la suspensión por prejudicialidad civil cuando para resolver el objeto del litigio sea necesario resolver una cuestión que sea el objeto principal de otro proceso⁸⁰. Esta suspensión se articula a instancia de parte (a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria); en este caso, la imperatividad de la regla del art. 22.ter.4 obligaría a decretar la suspensión sin margen de discrecionalidad. La aplicación analógica del art. 43 LEC conllevaría también la aplicación del régimen de recursos allí disponibles⁸¹. Si el tribunal extranjero se declarara competente, ningún obstáculo habría ya para que el demandado solicitara ya la inhibición de nuestros tribunales a través de la declinatoria del art. 65 LEC.

26. El efecto suspensivo está vinculado, en principio, a la declaración sobre la competencia que realicen los tribunales elegidos. Ello conlleva, inicialmente, la obligación del demandante de plantear una demanda ante esos tribunales, a menos que el demandado ante los tribunales españoles ya la hubiera interpuesto de manera preventiva. Si el tribunal extranjero declina su competencia, se reactiva el

⁷⁹ Vid. en ese sentido el art. 65 LEC y la práctica citada de nuestros tribunales.

⁸⁰ Este precepto se utilizó en su momento para defender la litispendencia internacional en el Derecho autónomo español, antes de la vigencia de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (M. Gardeñes Santiago, "Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC", *AEDIPr*, t.I, 2001, pp. 315 ss).

⁸¹ Bien es cierto que el régimen de recursos es, sustancialmente, igual a los previstos para la declinatoria: el art. 43, párr. 2 LEC establece que contra el auto que deniegue la petición cabrá recurso de reposición, y contra el auto que acuerde la suspensión, cabrá presentar recurso de apelación. Estos recursos coinciden con los previstos en el art. 66 frente a la declinatoria.

proceso abierto en España. Si existe ya un pronunciamiento de los tribunales designados sobre dicha sumisión admitiendo competencia cabría entender que se produciría entonces el efecto derogatorio de la competencia de los tribunales españoles. Parece razonable entender que tal declaración sobre la competencia tiene que ser firme. Cabe asimismo admitir que sería suficiente una declaración sobre la competencia basada en una misma cláusula en relación con el mismo contrato aunque se hubiera dictado en un proceso anterior. Más dudas plantea si se hubiera requerido al tribunal extranjero un pronunciamiento sobre la competencia y esta no se efectúa o no se efectúa en un plazo razonable. La cuestión puede ser especialmente problemática si ello se debiera a un entorpecimiento por la actitud de una de las partes. Cabría en este caso plantearse un levantamiento de dicha suspensión por analogía a la solución mantenida en sede de litispendencia⁸².

27. Otro tipo de problemas se plantea si el proceso ante los tribunales elegidos posteriormente se sobreseyó o finalizó en una sentencia de fondo no reconocible en España. Si la demanda se presentara en España, ya dictada la resolución judicial extranjera no reconocible, el actor en España podría oponerse a la suspensión del proceso invocando la imposibilidad de reconocimiento de la sentencia extranjera⁸³. En estos supuestos, la tutela judicial debiera bastar para entender que si no ha podido obtener la tutela por reconocimiento, pueda obtenerse por vía de declaración de un tribunal español⁸⁴. La pregunta es qué ocurre si el tribunal extranjero se ha declarado competente y aun así el demandante en España pretende demostrar que el proceso extranjero no va a ser viable o la sentencia no reconocible⁸⁵. La cuestión es: ¿deben las partes asumir los riesgos de haberse sometido a un tribunal poco adecuado o debe el Estado asegurar, aun en esos casos, la tutela judicial por nuestros tribunales?

⁸² Tal supuesto es considerado a los efectos de denegar la litispendencia en los arts. 39 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional y 33 del Reglamento Bruselas I bis y, sin embargo, no se considera a los efectos del art. 22.ter.4 LOPJ. En términos similares, la propuesta GEDIP favorable a la *derogatio fori* establecía un límite a la duración de la suspensión vinculada al hecho de que dictara sentencia en un tiempo razonable (M. Fallon, P. Kinsch, Ch. Kohler, *op. cit.*, pp. 705), aunque ello podía plantear dudas con la actitud del demandado precisamente cuando contestara al proceso en el Estado requerido, pero permanecía inactivo en el Estado de origen (*vid.* Ch. Kohler, *op. cit.*, p. 205 y nota 20).

⁸³ Para ello podría utilizarse la vía del pronunciamiento del reconocimiento a título incidental art. 44.2 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.

⁸⁴ Precisamente el fundamento de la litispendencia es la sustitución de tutela por declaración frente a tutela por reconocimiento; por eso es necesario el requisito de reconocibilidad de la decisión (M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 377). Aquí se trataría del supuesto inverso: si no puede ser la tutela por reconocimiento, que lo sea por la vía de la declaración.

⁸⁵ Es decir, sería hacer un test similar al previsto en el art. 39 LCJI y art. 33 Reglamento Bruselas I bis. Defendiendo esta alegación por parte del actor *cf.* F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 188.

Técnicamente, el juicio de reconocibilidad que vale para la litispendencia no encajaría, en principio, para la valoración de la *derogatio fori*⁸⁶. Parece razonable entender que, desde el momento en que el tribunal elegido se haya declarado competente, el tribunal español debería declararse incompetente. En este contexto, el demandado en España podría presentar la declinatoria, que se tramitaría con carácter previo y al margen de la litispendencia, dado que esta sería invocable en el trámite de la contestación a la demanda (art. 405.3º LEC)⁸⁷. Estratégicamente, el demandado debe asegurar la declinatoria, de lo contrario dejarlo todo a la excepción de litispendencia puede suponer arriesgarse a otorgar competencia a los tribunales del foro por la vía de la sumisión tácita. En cualquier caso, el auto que dicte el tribunal español declarándose incompetente no produce efecto de cosa juzgada material⁸⁸ y, en consecuencia, pueden alegarse circunstancias sobrevenidas posteriores que alteren la apreciación sobre los criterios de competencia. De este modo, dictada una sentencia por los tribunales elegidos que no sea reconocible en España, podría volver a plantearse el proceso ante los tribunales españoles invocando los mismos criterios (domicilio del demandado o foro especial por razón de la materia) que fueron inicialmente desactivados por la sumisión al tribunal extranjero. En consecuencia, la tutela judicial efectiva del demandante quedaría intacta.

No obstante, podrían invocarse razones de economía procesal para entender que el plazo de suspensión del proceso no tiene como fecha crítica el pronunciamiento sobre la competencia del tribunal extranjero, sino la fecha de la resolución de

⁸⁶ Dentro de las propuestas de revisión que dieron lugar al conocido hoy como Bruselas I bis, el Reino Unido partió de una propuesta basada de eficacia de la sumisión a terceros Estados basada no en una apreciación aislada de la misma, sino vinculada a un proceso abierto en el extranjero. Las condiciones examinadas dependían entonces de la reconocibilidad de la decisión y de valoración en términos de buena administración de justicia, considerando que este requisito no se cumplía si la sumisión era contraria al orden público (*vid.* el art. 34.ter de la Propuesta británica de 22 marzo 2012, *loc. cit.*). Importante en todo caso subrayar que la necesidad de reconocibilidad de la decisión para apreciar la *derogatio fori* solo se entendía necesaria para el caso de que el demandado no tuviera suficientes bienes en el Estado de origen.

⁸⁷ *Vid.* al respecto M. Fernández Fernández en A. Fernández-Tresguerres García (coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Barcelona, Wolters Kluwer, 2017, p. 330. La declinatoria (que se interpone dentro del plazo de los primeros días para contestar a la demanda) se realiza a través del correspondiente incidente y en trámite separado a la contestación a la demanda, suspendiendo, de hecho, el plazo para contestar (art. 64 LEC). En estos casos la suspensión se establece hasta que exista un pronunciamiento sobre la competencia por parte del tribunal de origen. *Vid.*, no obstante, que la práctica española ha admitido la posibilidad de articular la declinatoria en el propio escrito de contestación a la demanda, articulando aquella como cuestión previa y reservando la contestación propiamente dicha como mera cuestión subsidiaria, sin entenderlo como sumisión tácita (AAP Murcia 4ª 5 diciembre 2005, JUR 2006\20580). Recuérdese la problemática anterior en nuestro Derecho de considerar que la alegación de la litispendencia equivaldría a una sumisión tácita: STS 1ª 18 junio 1990, RJ 1990\4764).

⁸⁸ *Cf.* R. Arenas García (*op. cit.*, p. 280 y nota 192).

fondo. En la medida en que, estrictamente, el art. 22.ter.4 LOPJ no establece la obligación de inhibición vinculada a la declaración de competencia del tribunal extranjero, este silencio podría interpretarse a favor de entender que la fecha crítica de finalización de la suspensión es la misma que la de la litispendencia, es decir, hasta que se dicte una sentencia de fondo y, si esta no es reconocible, podrá reanudarse el proceso suspendido en España.

Queda, en todo caso, la duda de la fijación temporal de la suspensión si dicho proceso no se ha abierto en el extranjero, en cuyo caso se ha defendido que la duración de la suspensión pueda ser *sine die* o que se valore en cada caso⁸⁹. No obstante, podrían aplicarse aquí las reglas de la caducidad de la instancia de los arts. 237 ss. LEC que, establecen para la instancia, un plazo de dos años si no se produce en ese tiempo actividad procesal alguna. También habría que tener prevista la posibilidad de que el demandado renuncie a dicha suspensión que podría entenderse como una sumisión tácita posterior del mismo.

28. En cuanto a los efectos de la suspensión, su primer efecto tiene que ver con la competencia, lo significa, como se ha dicho, que los tribunales españoles mantendrán la competencia y se reactivará el criterio de competencia inicialmente excluido por las partes (domicilio del demandado o foros especiales), por lo que no resultará necesario acudir al *forum necessitatis* del art. 22 octies para justificar el proceso en España. Por la misma razón, no será necesario volver a plantear una nueva demanda ante los tribunales del foro, quienes deberán tener por hechas las actuaciones procesales ya efectuadas hasta la fecha.

Cabe plantearse también qué ocurre con la interrupción de los plazos de prescripción o la caducidad de las acciones: ¿Hasta qué punto una demanda interpuesta ante un tribunal español cumple esa función interruptiva si posteriormente el proceso se suspende *sine die*?⁹⁰. Podría encubrirse aquí la estrategia procesal del demandante que deja deliberadamente abierto ese proceso en el foro sin plantear el proceso ante tribunal extranjero. Una apertura *sine die* de la prescripción generaría en estos casos un grave problema de seguridad jurídica para el demandado, lo que refuerza el argumento de la aplicación de las reglas de caducidad de la instancia establecidas en la LEC.

⁸⁹ F.J. Garcimartín Alférez, “La competencia judicial internacional...”, *loc. cit.*, p. 4; A.L. Calvo Carravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 386, entienden que debe valorarlo el juez a la vista del caso concreto. En el ámbito del antiguo art. 23.3 de Bruselas I se consideró criticable una indefinición temporal de este tipo, entendiéndose conveniente establecer un plazo de duración máxima de la suspensión y, si no, en caso contrario, rechazar la demanda (P. Mankowski, en T. Rauscher, *Brussels I...*, *op. cit.*, p. 538).

⁹⁰ En este contexto, era interesante lo que se proponía en el art. 34.2º de la propuesta francesa de revisión de Bruselas I (*loc. cit.*): “2. During the period of the stay, the party who has seised the court shall not lose the benefit of interruption or suspension of prescription or limitation periods provided for under the law of the Member State of this court”.

2. De oficio o a instancia de parte

29. Ni la LOPJ ni la LEC resuelven de modo claro y definitivo el tratamiento procesal de la sumisión a tribunales extranjeros. La práctica habitual, que ha admitido la *derogatio fori*, lo ha hecho a instancia de parte a través de la declinatoria; solo excepcionalmente, puede encontrarse algún caso que haya valorado de oficio la sumisión a tribunales extranjeros, pero incluso en ese caso para desestimar su eficacia⁹¹. Con la nueva regulación de la LOPJ no se ha producido, como hubiera sido deseable, una reforma de la LEC para ajustar el procedimiento para hacer valer los efectos de esa sumisión. La respuesta debe considerarse entre el principio dispositivo de los procesos civiles y la imperatividad derivada del art. 22.ter.4 LOPJ. El primero implica que los tribunales solo tendrán conocimiento de la cláusula de sumisión cuando así se derive de lo manifestado o alegado por las partes⁹²; no cabe una indagación de oficio por el juez para averiguar la posible existencia de una cláusula de este tipo si las partes no la han introducido en el proceso. La imperatividad de la sumisión significa que, conocida esta sumisión, el art. 22.ter.4 LOPJ obliga a suspender el proceso por parte del juez, quien en teoría debería ser garante de la eficacia de una cláusula de sumisión presentada.

30. A instancia de parte, parece claro que el demandado que invoque la sumisión tendrá que solicitar la suspensión del proceso en España, en el caso de que no exista todavía un pronunciamiento sobre la competencia ante los tribunales de origen, o su inhibición, en el caso de que dicho pronunciamiento ya exista. Durante la tramitación, podrá el demandante en España intentar hacer valer la inadmisibilidad o manifiesta nulidad de la cláusula desde la perspectiva del DIPr español en los términos analizados anteriormente.

31. El verdadero problema se encuentra en las posibilidades de control de oficio de la eficacia de dicha sumisión. La regulación desde la perspectiva del Derecho autónomo español no permite entender zanjada la cuestión. Se ha indicado que, de la literalidad de la LEC, se deriva que la invocación de la sumisión debe hacerse siempre a instancia de parte⁹³. Sin embargo, dicha literalidad no parece concluyente en ese sentido. A favor del control exclusivo a instancia de parte militaría

⁹¹ Un control de oficio puede verse en la SAP Madrid 13ª 7 septiembre 2012, JUR 2012\381603, quien finalmente acordó el mantenimiento de la competencia del Juzgado español para conocer de la reclamación.

⁹² Esto es consecuencia directa del carácter dispositivo del proceso y la necesidad de que las partes aleguen o invoquen el acuerdo de sumisión; el juez de oficio no debe hacerlo (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, en U. Magnus y P. Mankowski, *op. cit.*, vol. I, p. 668).

⁹³ F.J. Garcimartín Alferez, *op. cit.*, p. 188, entiende que del art. 36.3º LEC (sic) se derivaría que la *derogatio fori* solo es invocable a instancia de parte; siguen la misma interpretación J.M. Espinar Vicente y J.I. Paredes Pérez, *loc. cit.*, p. 242; al control a instancia de parte también llegan A.L. Calvo Caravaca y

una supuesta analogía con el tratamiento procesal de la sumisión a arbitraje e, incluso, con el régimen de la sumisión en el ámbito de la competencia territorial⁹⁴. En relación a la competencia judicial internacional, el legislador debiera haber solucionado este problema modificando parcialmente el art. 36.2º LEC para incluir la referencia a la sumisión, pero no lo hizo. Por una parte, el art. 36.2.2ª LEC (en relación con el art. 38) solo obliga a la declaración de oficio de la incompetencia cuando existen competencias exclusivas recogidas en Convenios internacionales, lo que, por el tipo de competencia y por la fuente, no resulta aplicable a la sumisión a tribunales extranjeros. Más dudosa es la posibilidad de encaje el control de oficio en el art. 36.2.3ª LEC, previsto para los supuestos en los que el demandado no comparezca y los tribunales españoles únicamente pudieran fundamentar su competencia en la sumisión tácita. Este supuesto debería tener alcance en relación con la sumisión a terceros Estados si esta funcionara realmente con un efecto derogatorio de la competencia: siendo esto así, se produciría una verdadera *derogatio fori* de modo que los tribunales españoles ya solo podrían ser competentes con base en una eventual sumisión tácita posterior del demandado. El problema es que esta interpretación choca con el carácter inicialmente suspensivo (no derogatorio) que produce el art. 22.ter.4 LOPJ sobre el proceso abierto en España, suspensión que, en los términos indicados, habrá que hacer valer además a instancia de parte.

En definitiva, si el demandado quiere asegurar la eficacia de la sumisión tiene en la práctica la carga de impugnar la competencia del tribunal español donde el actor presentó la demanda y, posteriormente, en su caso, intentar hacer valer una acción resarcitoria por incumplimiento del acuerdo de sumisión. Conocida la existencia de un pronunciamiento sobre la competencia de los tribunales elegidos, deberá acreditarla ante los tribunales españoles pudiendo, en ese momento, solicitar la inhibición de los mismos.

V. Conclusiones: deficiencias del sistema y estrategias procesales

32. Dentro de la, más que criticable, reforma de la LOPJ que ha supuesto la LO 7/2015, puede salvarse, aun con cautelas, la introducción de una solución a la *derogatio fori* en nuestro sistema. Que el art. 22 ter .4 ha supuesto un avance, en términos de seguridad jurídica, para reforzar la sumisión a tribunales extranjeros es indudable. La eficacia prorrogatoria de la cláusula de sumisión depende, en último término, del Derecho del Estado de los tribunales designados, por lo que,

J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 384, haciendo una interpretación a *sensu contrario* de los arts. 63.1º, 38 y 39 LEC.

⁹⁴ *Vid.* en ese sentido los arts. 58, 59 y 63 LEC. También el art. 6 del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, de Ginebra de 21 abril 1961.

los tribunales españoles deberían partir de una presunción de validez, siempre que la sumisión sea admisible para la concreta relación jurídica litigiosa. Los Reglamentos cerrados no impiden la admisión de la *derogatio fori* pero la garantía de la uniformidad en su aplicación aconsejaría aplicar, con efecto reflejo, las condiciones establecidas en los mismos. En cualquier caso, se sigue echando en falta que la UE asuma el reto de regular los efectos de la sumisión a tribunales de terceros Estados.

33. No obstante, en nuestro estudio también se han evidenciado algunas limitaciones de carácter procedimental que deberían subsanarse:

- Las deficiencias en la articulación procesal de la eficacia de estos acuerdos: la declinatoria no se corresponde con el efecto inicialmente suspensivo de la sumisión y tampoco está garantizado que de oficio el juez vaya a suspender y, en su caso, inhibirse como consecuencia de esos acuerdos.

- El silencio sobre la fecha crítica de la suspensión y la obligación de inhibición del tribunal español en caso de declaración de competencia del tribunal elegido: en todo caso, de ese silencio puede derivarse una vinculación de la suspensión a un juicio de reconocibilidad de la sentencia extranjera, lo que puede tener ventajas en términos de economía procesal.

- Por otra parte, la no fijación de un plazo máximo de suspensión del proceso para los casos en los que no se dicte un pronunciamiento sobre la competencia por parte de los tribunales extranjeros elegidos (ya sea porque no se haya planteado una demanda ante ellos o porque ese procedimiento se alargue injustificadamente): una suspensión *sine die* genera problemas en el tráfico jurídico, tales como la incertidumbre sobre el efecto interruptivo de los plazos de prescripción de las acciones. En este caso, sería aconsejable aplicar las reglas de caducidad de la instancia establecidas en la LEC.

34. Como consecuencia de la regulación vigente, desde la perspectiva del demandante lo aconsejable sería:

- Asegurarse con carácter preventivo la obtención de un pronunciamiento de los tribunales del Estado de origen en el que declinen su competencia. Con ello aseguraría no solo el conocimiento del proceso por parte de los tribunales españoles, sino que evitaría cualquier posibilidad de una demanda resarcitoria por incumplimiento del acuerdo de sumisión.

- Demostrar ante el tribunal español la inexistencia, nulidad manifiesta o inadmisibilidad de la sumisión a tribunales extranjeros, considerando las prohibiciones marcadas por los Reglamentos europeos y/o por el Derecho nacional.

35. Desde la perspectiva del demandado, su actuación para reforzar el alcance de la sumisión pasaría por:

- Plantear una demanda preventiva en el Estado de origen para obtener una resolución que declare la competencia de los tribunales elegidos.
- Comparecer ante los tribunales españoles para hacer valer la sumisión a tribunales extranjeros, ante los riesgos de que la suspensión del proceso no sea apreciada de oficio.
- Si ya ha habido un pronunciamiento sobre la competencia o sobre el fondo en el Estado de origen, invocarlo ante el tribunal español para que este se inhiba.
- Pedir, en su caso, la acción indemnizatoria por incumplimiento del acuerdo de sumisión.

Bibliografía

- Arenas García, R.: *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996
- : “Brexít y Derecho Internacional Privado”, *Diario La Ley*, nº 8797, 6 julio 2016.
- Blanco-Morales Limones, P., Garau Sobrino, F.F., Lorenzo Guillén, M.L. y Montero Muriel, F.J. (Coord.), *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016.
- Bonomi, A. y Wautelet, P.: *Le droit européen des successions : commentaire du Règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013 y 2ª ed. 2016.
- Briggs, A.: *Agreements on Jurisdiction and Choice-of Law*, Oxford, OUP, 2008.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, Comares, 2016.
- Deixler-Hübner, A. y Schauer, M.: *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, Viena, Manz'sche Verlag, 2015.
- Espinar Vicente, J.M.: “Los riesgos de la incorrecta adaptación de las normas de la Unión Europea. La sumisión de las partes a la jurisdicción española tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015”, *La Ley: Unión Europea*, nº 31, noviembre de 2015, pp. 1–6.
- Espinar Vicente, J.M. y Paredes Pérez, J.I.: “Análisis y valoración crítica de la regulación de la sumisión a la jurisdicción española antes y después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 7/2015)”, *AEDIPr.*, T. XVI, 2016, pp. 199–247.
- Espiniella Menéndez, A.: “Contratos de consumo en el tráfico comercial UE–terceros Estados”, *AEDIPr.*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 277–303.
- : *La protección de los consumidores*, Madrid, Rasche, 2015.
- Fallon, M.: “Commentaire de la proposition de modification du chapitre II du règlement 44/2001 en vue de son application aux situations externes”, en M. Fallon, P. Kinsch y Ch. Kohler (eds.), *Le droit international privé Européen en construction : vingt ans de travaux du GEDIP*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2011 pp. 708 ss.

- Fernández-Armesto, J.: “El arbitraje internacional”, en A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 731 ss.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Navarra, Civitas/Thomson Reuters, 2016.
- Fernández-Tresguerres García, A. (Coord.): *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Barcelona, Wolters Kluwer, 2017.
- Freitag, R. y Leible, S.: “Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie – Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?”, *R.I.W.*, 2001, n° 4, pp. 287–295.
- Garcimartín Alférez, F.J.: “Choice of court agreements”, en A. Dickinson y E. Lein (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, 2015, Oxford, OUP, 2015, pp. 277 ss.
- : “La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, n° 8614, 28 septiembre 2015.
- : *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Navarra, Civitas/Thomson Reuters, 2016.
- Gardeñes Santiago, M.: “Litispendencia y cosa juzgada en el extranjero ante la nueva LEC”, *AEDIPr*, t.I, 2001, pp. 315 ss.
- Gaudemet-Tallon, H.: “La clause attributive de juridiction, un moyen d’échapper aux lois de pólce”, en K. Boele-Woelki, *Convergence and Divergence in Private International Law*, La Haya, Schulthess, 2010, pp. 707 ss.
- Gómez Jene, M.: *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007.
- Hartley, T. y Dogauchi, M.: *Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention*, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3959>.
- Jiménez Blanco, P.: *El contrato internacional a favor de tercero*, Santiago de Compostela, Univ. Santiago, 2002.
- : “Alcance de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de agencia”, *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 129–150.
- Kohler, Ch.: “Agreements Conferring Jurisdiction on Courts of Third States”, en F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata, *Recasting Brussels I*, Milán, CEDAM, 2012, pp. 199 ss.
- Lorente Martínez, I.: “Cláusula atributiva de competencia en favor de tribunales de terceros Estados y sumisión tácita a favor de tribunales de un Estado miembro: el dilema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, n° 1, pp. 444–453.
- Magnus, R.: “Gerichtsstandsvereinbarungen m Erbrecht?”, *IPRax*, 2013, pp. 393 ss.
- Magnus, U. y Mankowski, P.: *European Commentaries on Private International Law (Brussels I Regulation)*, Munich, Sellier, 2007.
- : *European Commentaries on Private International Law*, vol. I, *Brussels I bis Regulation*, Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Brexit y litigios internacionales: primeras reflexiones”, *Diario La Ley*, n° 8791, 27 junio 2016.
- Nuyts, A.: “Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)”, de 3 septiembre 2007.
- Rauscher, T.: *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar (Band I Brüssel Ia–VO)*, 4ª ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016.

- : *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar (EuZPPR/EuIPR)*, Band IV, 4ª ed., München, Sellier, 2015.
- Requejo Isidro, M. y Koechel, F.: “Elección de foro a favor de un tercer Estado en el sistema Bruselas”, *La Ley Unión Europea*, nº 39, 29 julio 2016.
- Rühl, G.: “Die Wirksamkeit von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im Lichte der Ingmar-Entscheidung des EuGH”, *IPRax*, 2007, pp. 294 ss.
- Villata, F.C.: “Choice-of-court agreements in favor of third States in light of the suggestions by Members of the European Parliament”, en F. Pocar, I. Viarengo y F.C. Villata, *Recasting Brussels I*, Milán, CEDAM, 2012, pp. 219 ss.
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alferez, F.J.: *Derecho procesal civil internacional: Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi/Thomson, 2007.

Recibido: 17 marzo 2017

Aceptado: 7 octubre 2017

ANÁLISIS CRÍTICO DEL ART. 45 DE LA LEY 29/2015: RESOLUCIONES EXTRANJERAS SUSCEPTIBLES DE MODIFICACIÓN

José María ESPINAR VICENTE *

José Ignacio PAREDES PÉREZ **

SUMARIO: I. Introducción. 1. Algunas consideraciones sobre los significativos cambios terminológicos introducidos por la Ley 29/2015. 2. La práctica judicial anterior a la entrada en vigor de la Ley 29/2015. II. El primer numeral del art. 45 Ley 29/2015. 1. Las sentencias extranjeras susceptibles de modificación. 2. El juego del art. 45.1º Ley 29/2015. 3. Algunas dudas en torno a la aplicación del art. 45.1º de la Ley 29/2015. 4. El reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras que modifiquen lo establecido en las sentencias extranjeras. III. El segundo numeral del art. 45 Ley 29/2015. 1. El impreciso enunciado de esta disposición. 2. Análisis práctico de estas posibles lecturas. IV. Algunas conclusiones.

RESUMEN: El legislador español ha aprovechado la reforma del nuevo sistema común de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras para introducir en el art. 45 Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, el régimen jurídico para la modificación de resoluciones extranjeras. El presente trabajo tiene como objeto el análisis de esta novedosa disposición, y, en especial, de las dudas de interpretación que se suscitan en relación con las condiciones que han de darse para que proceda la modificación de las medidas adoptadas en la resolución extranjera, y el de cuándo puede suscitarse un nuevo pleito ante nuestros Tribunales aun cuando exista una sentencia foránea sobre el mismo asunto. El art. 45 responde de forma parcial a estas dos cuestiones que han ido determinando la práctica judicial anterior a su entrada en vigor pero que el legislador no ha tenido el acierto de reflejar permitiendo que las partes puedan optar entre la modificación y la apertura de un nuevo proceso.

PALABRAS CLAVE: MODIFICACIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS – RECONOCIMIENTO INCIDENTAL – RECONOCIMIENTO A TÍTULO PRINCIPAL – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE.

ABSTRACT: Critical Analysis of art. 45 of Act 29/2015: Foreign Resolutions Susceptible of Modification

* Catedrático de Derecho internacional privado Universidad de Alcalá.

** Profesor de Derecho internacional privado Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

The Spanish legislator has used the reform of the Spanish common system of recognition and enforcement of foreign judgments in order to include in the article 45 of Law 29/2015 of International Legal Cooperation in Civil Matters, the regulation of the modification of foreign judgments. The aim of this work is the analysis of this novel disposition and especially, the doubts of interpretation arisen regarding the conditions that must exist so the modification of measures adopted in the foreign judgments, and when a new trial may appear before our Courts even when there is a foreign judgment on the same subject. Article 45 partially answers this two questions which have shapen the case law existing before its entry into force though the legislator has not made the wise choice to reflect it by letting the parts choose between the modification or the opening of a new proceeding.

KEY WORDS: MODIFICATION OF FOREIGN JUDGMENTS, INCIDENTAL RECOGNITION, PRINCIPAL RECOGNITION, JURISDICTION AND APPLICABLE LAW.

I. Introducción

1. Algunas consideraciones sobre los significativos cambios terminológicos introducidos por la Ley 29/2015

Hasta la entrada en vigor de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, estaba claro que el exequátur tenía una función homologadora que dotaba de “fuerza” en España a la sentencia firme extranjera. Ni la doctrina legal ni la científica dudaron en admitir que esa “fuerza” consistía en dotar de “eficacia procesal” a la resolución foránea; es decir, conferir a las ejecutorias foráneas la fuerza ejecutiva de la que carecían y dotarlas del carácter de cosa juzgada material¹. Durante algún tiempo un sector doctrinal mantuvo la tesis de que el proceso de reconocimiento poseía una naturaleza constitutiva y que el auto que permitía dar cumplimiento en España a lo establecido en la ejecutoria extranjera, generaba un efecto asimilador (*equiparación de sentencias*). Sin embargo, desde hace algunas décadas un importante sector de la doctrina ha venido negando esta interpretación y consideran que el proceso de reconocimiento se limita a permitir el despliegue de los efectos que tuviera adscritos dicha sentencia en el lugar donde fue pronunciada (*extensión de efectos*)².

La nueva regulación parte de un planteamiento inicial en el que se trata de distinguir entre el reconocimiento y la ejecución, asignando al primero la función de la “extensión de efectos” y constituyendo, el segundo, una “declaración de ejecutividad”. Se articula así un sistema parcialmente similar al de antaño, tal como

¹ Vid. S. Sánchez Lorenzo, “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. IV, pp. 5519–5524, esp. p. 5519: “En concreto dicho reconocimiento es preciso para lograr el efecto ejecutivo o de cosa juzgada de la decisión extranjera”.

² Vid. F. Garau Sobrino, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 28–39; M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed, Pamplona, Civitas, 2007, pp. 561–567.

había venido siendo interpretado por la jurisprudencia más reciente. El art. 41 de la Ley 29/2015 establece claramente que serán susceptibles de reconocimiento y ejecución “...las resoluciones extranjeras firmes recaídas en un procedimiento contencioso” y los arts. 46, 48 y 49 de ese mismo texto legal recogen unas causas de denegación, una prohibición de revisar el fondo y una posibilidad de reconocimiento parcial que ya se habían decantado en la práctica de nuestros juzgados. Tampoco se producen sorpresas en cuanto a la competencia, procedimiento y posibles recursos. Sin embargo, si se han introducido novedades que resultan relevantes y que afectan al modo clásico de entender el exequátur.

Pude observarse cómo, a lo largo de su articulado, la Ley 29/2015 ha ido sustituyendo las viejas expresiones utilizadas por la LEC 1881 por otras nuevas que no siempre se corresponden con el sentido que incorporaban las utilizadas antaño. Así, mientras que el sistema anterior se refería a las “*sentencias firmes*” o a las “*ejecutorias*”, la actual prefiere utilizar el término “*resoluciones firmes*” o, en su caso, “*definitivas*”. Obsérvese que la expresión “*sentencias firmes*” expresa un concepto más restrictivo que el término “*resolución*”, ya que este último incluye otro tipo de decisiones judiciales que también pueden alcanzar firmeza (art. 43.2º de la Ley 29/2015) y que el vocablo definitivas, se debe a la inclusión de las decisiones en materia de jurisdicción voluntaria en el régimen de reconocimiento.

Por otra parte, en el derogado el art. 954 LEC 1881 podía leerse que “...las ejecutorias tendrán fuerza en España, si reúnen las circunstancias siguientes...”. La Ley 29/2015 utiliza otra terminología diferente: “Serán susceptibles de reconocimiento y ejecución en España (...) las resoluciones extranjeras firmes...” Tal vez esta diferencia semántica no resulte baladí.

La primera fórmula parece considerar que el exequátur se conformaba como un procedimiento de carácter constitutivo que tenía por objeto dotar a la ejecutoria extranjera del carácter de cosa juzgada material y fuerza ejecutiva en nuestro país.

La segunda, en cambio nos invita a considerar que el reconocimiento permite que la resolución extranjera surta en el foro los mismos efectos que en el Estado de origen, siempre que hubiese alcanzado el carácter de cosa juzgada formal en el país donde se emitiese el fallo.

Por su parte el exequátur *stricto sensu* constituye en la nueva ordenación una declaración de ejecutividad que incluye el reconocimiento.

De estar en lo cierto, el reconocimiento no conferiría el carácter de cosa juzgada material a la resolución foránea; es decir, la parte dispositiva de la sentencia no vincularía al Juez español que pudiese entender de un proceso ulterior. Ahora bien, el carácter de cosa juzgada formal, que es un requisito necesario para el reconocimiento (firmeza), obliga al Juez español a respetar la efectividad de la resolución; es decir, a no desconocer lo dispuesto en un fallo que debe producir en el foro los

mismos efectos que en su jurisdicción de origen. La consecuencia de esta interpretación sería la siguiente; el Juez español no se hallaría vinculado por el fallo emitido por la jurisdicción foránea desde la perspectiva material; pero si lo estaría desde la dimensión de cosa juzgada formal. Por lo tanto, frente a una nueva demanda, la decisión extranjera no vincularía al juzgador del foro como antecedente lógico de lo que sea objeto de la nueva acción emprendida. Sin embargo, la firmeza reconocida si le obliga a respetar los efectos que surte en España lo que en ella se dispone.

Esta forma de aproximación al nuevo régimen jurídico del reconocimiento nos permite entender mejor la dicción del art. 45 de la Ley 29/2015. En su primer párrafo la citada disposición establece que “Una resolución extranjera podrá ser modificada por los órganos jurisdiccionales españoles siempre que hubiera obtenido previamente su reconocimiento por vía principal o incidental con arreglo a las disposiciones de este título”; y en el segundo añade que “Esto no impide que se pueda plantear una nueva demanda en un procedimiento declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles”. El primer numeral de este artículo no suscita graves problemas exegeticos ni se aparta de la práctica forense habitual. Lo único que nos llama la atención es su desacertada ubicación sistemática y el que no se diga abiertamente que la competencia judicial internacional para reformar una decisión extranjera viene dada con base en el previo reconocimiento principal de la sentencia que se pretende modificar; idea que parece subyacer en el espíritu de esta norma y sobre la que más adelante volveremos. En todo lo demás el precepto es perfectamente lógico e inteligible. En la mayoría de los Ordenamientos existen decisiones que, por la naturaleza cambiante de las circunstancias en las que se fundamenta el fallo, resultan susceptibles de ulteriores transformaciones que adapten lo sentenciado ayer a la realidad de hoy. Por otra parte, tampoco llama la atención el que se pueda plantear una nueva demanda ante los órganos jurisdiccionales españoles en determinadas circunstancias. Si bien aquí los problemas que se suscitan son otros, como el de las condiciones que han de darse para que proceda la modificación de los efectos de una sentencia extranjera; y el de cuándo puede suscitarse un nuevo pleito aun cuando exista una sentencia foránea sobre el mismo asunto.

Como vamos a ver, el art. 45 sólo responde de forma parcial a estos interrogantes y suscita ciertas dudas de interpretación.

2. La práctica judicial anterior a la entrada en vigor de la Ley 29/2015

Ante estas cuestiones, y antes de la entrada en vigor de esta Ley, los Tribunales españoles recurrieron a cuatro soluciones distintas de las que retendremos las dos

que consideramos mayoritarias y que constituyen el germen del precepto analizado³: La primera línea argumental se ha fundamentado en negar el carácter incidental de la demanda, por considerar que, en realidad, su objeto no era la modificación de las medidas acordadas por una resolución extranjera, sino el de solicitar un régimen distinto al establecido en ella. Así lo ponía de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 septiembre 2003⁴, en la que entendía que pedir la adopción de determinadas medidas tendentes a asegurar el beneficio del menor, era una cuestión independiente de la sentencia que había disuelto el matrimonio de los padres; pronunciamiento éste que ninguno de los litigantes pretendía que se reconociese ni ejecutase en nuestro país. En la misma línea

³ Así lo resume el Auto nº 126/2008 AP Santa Cruz de Tenerife 1ª, de 26 de mayo, FJ 1º (JUR\2008\250661): en unos casos, los Tribunales se han declarado incompetentes para conocer de la demanda de modificación de las medidas establecidas por la sentencia extranjera, aun cuando el supuesto planteado entrase dentro de la extensión y límites de nuestra jurisdicción. En otros, han asumido competencia, cuando nuestro sistema se la confería, y han modificado los efectos de la sentencia extranjera como si de una sentencia española se tratara. Por otro lado, han existido ocasiones en las que se ha negado el carácter incidental de la demanda, por cuanto, en realidad, su objeto no era la modificación de las medidas acordadas por una resolución extranjera, sino el de solicitar un régimen distinto al establecido en ella. La mayor parte de nuestros Tribunales se ha pronunciado a favor de la exigencia del previo exequátur, al que consideran un requisito de indispensable cumplimiento para la admisión a trámite de una demanda para conocer de la modificación de una resolución extranjera. Partiendo de la consideración de que una resolución inexistente no puede ser modificada y no existe en tanto no sea objeto de este trámite, evitan, así, el contrasentido de pretender modificar unas medidas establecidas en una resolución que no ha sido reconocida, que carece de eficacia procesal en nuestro país. En un escalón intermedio se posiciona una línea jurisprudencial distinta que trató de dulcificar la exigencia de la condición del previo exequátur, abordando la cuestión no desde el plano de los efectos procesales sino desde el valor probatorio de la resolución extranjera, asumiéndola y modificado sus efectos como si de una sentencia española se tratara. Se trata, por ejemplo, de la línea mantenida por el Auto nº 46/2010 AP Madrid, de 10 de febrero, FJ 2º *in fine* (JUR\2010\134603): “Por lo tanto probada la existencia de la sentencia y aquellas decisiones o medidas adoptadas en la misma, según la ley del Estado de origen aplicable al caso; dichas medidas cabe sean objeto del procedimiento de modificación que nos ocupa, y por ende conocidas por el Tribunal en cuestión, y ello sin la exigencia del régimen de reconocimiento, antes señalado en tanto no se pretende la ejecutoriedad vinculante de las mismas, y tal requisito del “exequatur” ni es objeto de regulación en la norma procesal ni aparece recogido en la doctrina constitucional anteriormente señalada”. Finalmente, no han faltado algunas decisiones judiciales que han optado por prescindir de la resolución extranjera y con ello defender la innecesariedad del previo exequátur, bajo la consideración de la reclamación de los efectos *ex novo* –Vid. el Auto nº 218/2006 AP Barcelona 12ª, de 6 de octubre (JUR\2008\250661)–.

⁴ SAP Barcelona 18ª 30 septiembre 2003, FJ 1º (AC\2003\1861): “Lo que se plantea no es la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio en la medida en que no se está ejecutando dicha sentencia en nuestro país, sino que a partir del reconocimiento por ambos contendientes de la disolución del matrimonio por divorcio de acuerdo a la legislación nacional y del hecho de que la madre ostenta la guarda del hijo, se pretende la adopción de determinadas medidas tendentes a asegurar el beneficio del menor, tanto en el aspecto personal, por lo que se insta un nuevo régimen de visitas, como en el aspecto material, en lo concerniente al importe de la pensión de alimentos lo que nos lleva asimismo a estimar que no existe norma de conflicto”.

podría citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 octubre 2006⁵, a cuyo tenor “una sentencia dictada en el extranjero que carece de eficacia en nuestro país” no podía servir de base a ninguna modificación, mientras que las diferencias entre los padres de una menor podía ser ventilada ante nuestra jurisdicción con base “en la previsión legal contenida en el art. 22.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Los razonamientos seguidos en estas dos muestras “jurisprudenciales” son perfectamente sustentables, aunque lo sean más en su *ratio decidendi* que en sus *obiter dicta*.

Efectivamente, por un lado, parece lógico entender que una decisión judicial extranjera que no ha sido reconocida en España constituye una resolución desconocida que en nada vincula a nuestro Sistema jurídico⁶; por otro lado, parece coherente disociar las obligaciones parentales que deba asumir cada progenitor en un momento dado, de lo establecido en una sentencia de divorcio que ninguna de las partes pretende ejecutar en nuestro país. En consecuencia, no estamos ante modificaciones parciales de un régimen establecido en una ejecutoria foránea, sino ante casos que no dependen necesariamente, de una sentencia anterior ni se vinculan estructuralmente a ella, al menos en principio.

La segunda y mayoritaria línea seguida por nuestros Tribunales ha sido la de pronunciarse a favor de la exigencia del previo exequátur, considerándole como un requisito indispensable para la admisión a trámite de una demanda de modificación. Se parte de la base de que una resolución extranjera no existe mientras no sea reconocida. Por lo tanto, resulta lógico entender que no pueden modificarse unas medidas que carecen de eficacia procesal en nuestro país⁷. El corolario lógico de esta tesis es fácil de deducir; resulta inviable un proceso independiente por cuanto no se puede alterar lo establecido en una ejecutoria extranjera sin tener en

⁵ Auto nº 218/2006 AP Barcelona 12ª, de 6 de octubre, FJ 2º (JUR\2007\134407): “Y es que, precisamente por cuanto se trata de “una sentencia dictada en el extranjero que carece de eficacia en nuestro país”, no puede entenderse que se persigue, mediante la demanda origen de autos, una modificación de los efectos de la misma, por cuanto a dichos efectos es inexistente, sino que lo único que debe tenerse en cuenta es que se trata de personas de nacionalidad extranjera con una hija común menor de edad que residen en nuestro país, por lo que toda posible contienda entre ellos relativa a la menor corresponde su competencia a los tribunales españoles de acuerdo con la previsión legal contenida en el art. 22.3º de la LOPJ”.

⁶ Vid. el Auto nº 384/2004 AP Málaga 5ª, de 31 de marzo FJ 1 y 2º (JUR\2004\128865) y el Auto nº 163/2006 AP Guadalajara 1ª, de 6 de septiembre, FJ único (JUR\2006\239638).

⁷ Vid. el Auto nº 749/2012 AP Barcelona 12ª, de 13 de noviembre (JUR\2013\5526). También el Auto nº 244/2010 AP Barcelona 12ª, de 26 de octubre, FJ 2º (JUR\2010\382759): “Efectivamente, salvo cambio de circunstancias, hay cosa juzgada internacional y la sentencia marroquí no puede ignorarse. En ella se adoptan medidas respecto a los hijos y esos ámbitos objetivamente coinciden con los de la demanda rechazada. Si las circunstancias han variado, esencialmente por las mayores necesidades económicas de la residencia en España, procederá una modificación de medidas de divorcio, pero hasta que ese divorcio no sea ejecutado en España no puede ser modificado”.

cuenta su contenido⁸. Se trata de la posición que, sin mayores abundamientos, nos ofrece la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 octubre 2010: “... Si las circunstancias han variado, esencialmente por las mayores necesidades económicas de la residencia en España, procederá una modificación de medidas de divorcio, pero hasta que ese divorcio no sea ejecutado en España no puede ser modificado”⁹. En esta misma línea el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 noviembre 2005, ha declarado “...que en efecto es inviable realizar como un proceso independiente del propio de divorcio del que deriva, el presente de modificación de medidas, pues deberá tenerse en cuenta para ello el contenido de aquella resolución, las causas y motivos de los efectos económicos que se acordaron”¹⁰.

Así pues, en la práctica de nuestros Tribunales se habían ido decantando dos criterios de todo punto lógicos y complementarios. En primer lugar, para modificar una resolución foránea es preciso que antes haya sido reconocida. En segundo lugar, cuando la cuestión que se suscite pueda desvincularse del pleito resuelto por la decisión extranjera, nada obsta al planteamiento de una nueva demanda en un proceso declarativo cuando los órganos jurisdiccionales españoles resultasen competentes de acuerdo con nuestro régimen de competencia judicial civil internacional. Sin duda esto es lo que ha querido reflejar el legislador en el art. 45 de la Ley 29/2015. Sin embargo, la Exposición de Motivos dice claramente que corresponde a las partes optar o bien por la modificación de la sentencia extranjera, o bien por la apertura de un nuevo procedimiento. Y eso no es lo que estaban haciendo nuestros Tribunales. Lo que hacían era ir determinando “jurisprudencialmente” cuando procedía seguir el camino de la modificación y cuando se podía suscitar un nuevo juicio.

Tanto para la modificación de lo sentenciado en el extranjero como para la apertura de un nuevo proceso, la línea “jurisprudencial” descrita se adaptaba bien tanto a un sistema de “equiparación”, como al de “extensión positiva”. En efecto, si la sentencia firme extranjera, sólo una vez reconocida, puede ser modificada en España, podemos entender, indistintamente, que el exequátur es un procedimiento que inserta a la resolución extranjera en nuestro Sistema o que se limita a permitir el despliegue de sus efectos en nuestro ámbito jurídico. En definitiva, para poder cambiar algo, es preciso haber asumido antes lo que se pretende transformar. Sin el reconocimiento la ejecutoria extranjera permanece al margen de nuestra jurisdicción y que, por lo tanto, no cabe modificar lo que nos es ajeno.

Desde la óptica de una “equiparación o extensión negativa” se entiende la otra tendencia de nuestra práctica forense. Resultaba admisible plantear una nueva demanda en España sobre un caso resuelto por otra jurisdicción, cuando el objeto

⁸ Vid. el Auto nº 120/2010 AP Sevilla 2ª, de 27 de mayo, FJ único (JUR\2010\371422).

⁹ Auto nº 244/2010 AP Barcelona 12ª, de 26 de octubre, FJ 2º (JUR\2010\382759).

¹⁰ Auto nº 946/2005 AP Madrid 24ª, de 30 de noviembre, FJ 4º (AC\2006\49).

del *petitum* pudiera desvincularse de lo resuelto por la sentencia extranjera en la que trajera causa y nuestros tribunales tuviesen competencia internacional para conocer del asunto. La Audiencia Provincial de Barcelona lo expresaba claramente en su sentencia de 30 septiembre 2003¹¹, y en el Auto de 6 de octubre, cuando no entendía qué podía perseguirse con un demanda de modificación de los efectos de una decisión extranjera de divorcio no reconocida, cuando de lo que se trataba en realidad era de un desacuerdo entre dos extranjeros residentes en nuestro país sobre cuestiones que afectaban a su hija común menor de edad, siendo así que "... toda posible contienda entre ellos relativa a la menor corresponde su competencia a los tribunales españoles de acuerdo con la previsión legal contenida en el art. 22.3º LOPJ"¹². En conclusión, no cabía elección. Para solicitar la modificación era necesario el exequátur y para plantear un nuevo pleito era preciso que la cuestión debatida fuera desvinculada de lo establecido en la sentencia extranjera.

II. El primer numeral del art. 45 de la ley 29/2015

1. Las sentencias extranjeras susceptibles de modificación

Pasemos ahora a analizar el sentido y alcance del art. 45 de la Ley 29/2015, desde la óptica que nos suministran los antecedentes esbozados y el sentido propio de sus palabras, sin perder de vista los problemas que puede suscitar su aplicación práctica. El numeral primero se limita a determinar su ámbito de eficacia material refiriéndose a que la "*resolución extranjera podrá ser modificada*" sin concretar más el tipo de ejecutorias al que se refiere. Excluida la "asimilación", el reconocimiento no debería bastar para que nuestros Jueces pudiesen alterar los efectos que despliega la resolución en el lugar donde fue dictada; si allí no pudieran alterarse aquí no debiera ser variada. Desde esta perspectiva, el precepto hubiese debido remitirse al carácter modificable o no de la ejecutoria en el Estado de origen. La primera pauta hermenéutica, en apoyo de esta interpretación, nos la ofrece su art. 44.3 estableciendo el principio de extensión de los efectos, esto es, al determinar que el reconocimiento de una decisión foránea consiste en permitir que surta en España los mismos efectos que tuviese en su Estado de origen. Partiendo de

¹¹ SAP Barcelona 18ª 30 septiembre 2003, FJ 1º (AC\2003\1861): "Lo que se plantea no es la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio en la medida en que no se está ejecutando dicha sentencia en nuestro país, sino que a partir del reconocimiento por ambos contendientes de la disolución del matrimonio por divorcio de acuerdo a la legislación nacional y del hecho de que la madre ostenta la guarda del hijo, se pretende la adopción de determinadas medidas tendentes a asegurar el beneficio del menor, tanto en el aspecto personal, por lo que se insta un nuevo régimen de visitas, como en el aspecto material, en lo concerniente al importe de la pensión de alimentos lo que nos lleva asimismo a estimar que no existe norma de conflicto".

¹² Auto nº 218/2006 AP Barcelona 12ª, de 6 de octubre, FJ 2º (JUR\2007\134407).

esta concepción resulta lógico concluir que permitir la modificación de una resolución cuando no es susceptible de alteración en el Estado donde fue pronunciada, constituiría una alteración del fallo. Por lo tanto, una demanda con este objeto solo resultaría admisible cuando, en la jurisdicción de origen se permitiese el *aggioramento* de la medida que pretende transformarse¹³.

Sin embargo, la posibilidad de adaptar el fallo a las nuevas circunstancias sobrevenidas, no supone una alteración de los efectos ni una transformación de la sentencia extranjera; sólo significa una modificación que permite adaptar las condiciones de su cumplimiento a la nueva situación de las partes en España. Aparte de que la modificación de las circunstancias establecidas en la decisión extranjera reconocida no participa de la cosa juzgada material, en la medida en que, atendiendo a los límites temporales de la cosa juzgada¹⁴, la eficacia procesal de la resolución extranjera, con el contenido, extensión y alcance que confiere el ordenamiento de origen, afectaría solo a los hechos aportados, o que debieron ser aportados, en el proceso anterior. De lo que se trata aquí es de adaptar, como consecuencia de la variación de los hechos de la situación juzgada, las medidas de la resolución extranjera a las nuevas circunstancias. Por esta razón, la modificación que se pretende en España tampoco supone técnicamente hablando una alteración del contenido de la resolución extranjera —cuestión que ya prohíbe, con razón, el art. 48 de la Ley 29/2015 al abordar la eficacia procesal de las resoluciones extranjeras: “En ningún caso la resolución extranjera podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo”—, sino la adaptación de las consecuencias materiales o personales al nuevo escenario en el que ha de desenvolverse la situación o relación jurídica declarada o constituida por la resolución foránea.

Por lo demás, encontrándonos ante un procedimiento de modificación de medidas de una sentencia extranjera en nuestro país, la posibilidad de adaptar el fallo a las nuevas circunstancias sobrevenidas es una cuestión de naturaleza procesal, por lo tanto, que debe quedar regida por las normas procesales españolas¹⁵, como únicas aplicables por imperativo del art. 3 LEC. Esta afirmación conlleva la imposibilidad de realizar el proceso de modificación como un proceso independiente del que deriva la sentencia extranjera, debiéndose necesariamente tener en cuenta

¹³ Con esta misma idea señalando que la ley del Estado de origen de la decisión sea la que permita la posibilidad de modificación de la sentencia extranjera, salvo contrariedad con el orden público, *Vid.* M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 570; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, pp. 648–649; M.A., Michinel Álvarez, “La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos)”, *REDI*, nº 2, 2002, p. 641–668.

¹⁴ Con esta idea *Vid.* F. Gascón Inchausti, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2., 2015, pp. 158–187, p. 170.

¹⁵ *Vid.* la SAP Madrid 22ª, de 9 junio 2003, FJ 4º (JUR\2003\189927).

para ello su contenido. Como ya tuvimos ocasión de anotar, el efecto de cosa juzgada formal de la resolución foránea –que si opera tras el reconocimiento– no puede ser ignorado por el juzgador y su decisión no puede contradecir lo estipulado en el fallo anterior, de manera que convirtiera el procedimiento declarativo de modificación en una instancia que permitiese revocar lo establecido en el auto de reconocimiento o traducirse en una instancia de apelación de la sentencia reconocida.

Precisamente, esta parece ser la interpretación del legislador, por cuanto en la Exposición de Motivos de la Ley 29/2015 explica que el art. 45.1º se refiere a resoluciones que versen sobre “...materias que por su propia naturaleza son susceptibles de ser modificadas, como por ejemplo las prestaciones de alimentos, las decisiones sobre la guarda y custodia de menores o las medidas de protección de menores e incapaces”¹⁶. Como acabamos de ver en nuestro breve repaso a la “jurisprudencia” anterior, el legislador ha querido regular lo que ha constituido la base de las demandas de modificación en la última etapa, siempre relacionadas con la condena al pago de alimentos, con el establecimiento de la guarda y custodia de menores, con el cambio de residencia del menor a otro país o con la pensión compensatoria entre los cónyuges. Pero en todo caso, al aportarnos esta pista, el legislador está utilizando una calificación *ex lege fori* y no *ex lege originis sententiae*; lo cual nos parece lógico, por cuanto se trata, como hemos visto, más de una cuestión procesal que de un problema sustantivo y que, por consiguiente procede entender que “...los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas” (art. 3 LEC).

2. El juego del art. 45.1º de la Ley 29/2015

Tras esta primera concreción del campo de actuación del precepto su juego respondería al siguiente planteamiento racional; la modificación requiere, como condición *sine qua non*, el previo reconocimiento de la decisión, porque sin él el Juez desconocería la base que se pretende alterar. La ejecutoria extranjera, en su dimensión de mero documento público, no sería base suficiente para ello. Una vez obtenido, se sabe cuáles son los hechos que dieron lugar al fallo original y se puede constatar si los cambios que en ellos se hubieren producido resultan suficientes

¹⁶ Señala la Exposición de Motivos de la Ley 29/2015: “Por lo que respecta a las resoluciones extranjeras firmes o definitivas que se refieran a materias que por su propia naturaleza son susceptibles de ser modificadas, como por ejemplo las prestaciones de alimentos, las decisiones sobre la guarda y custodia de menores o las medidas de protección de menores e incapaces, se establece de manera expresa en el art. 45 que tales resoluciones podrán ser modificadas previo su reconocimiento a título principal o incidental. Esta disposición no impide que se pueda plantear una nueva demanda en un proceso declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles, correspondiendo, en definitiva, a las partes optar bien por la modificación de la sentencia extranjera bien por la apertura de un nuevo procedimiento”.

para modificar los efectos jurídicos que se hicieron derivar de los que fundamentaron el fallo. Por otra parte, el reconocimiento permite al juzgador la correcta aprehensión de la eficacia procesal de la sentencia extranjera en su país de origen y determinar si procede o no procede la alteración pretendida. Analizada de este modo la disposición contenida en el primer numeral del art. 45.1º de la Ley 29/2015, ha de concluirse que esta ordenación resulta lógica y razonable. Si el reconocimiento supone la apertura de nuestro Sistema a los efectos de los que goza en la jurisdicción de origen y si el cambio en las circunstancias así lo aconsejan, nada obsta a que en España se adapten las consecuencias jurídicas de la decisión extranjera a la nueva realidad, cuando deban desplegar sus efectos en nuestro país.

Una vez sentado esto, surgen algunas otras cuestiones que no quedan del todo claras. En primer lugar, parece producirse una cierta contradicción entre lo dispuesto en el art. 45.1º, donde se establece que para solicitar la modificación de la resolución extranjera bastará con su previo reconocimiento incidental (aparte del principal), y lo establecido en el numeral segundo del art. 44 de la Ley 29/2015, a cuyo tenor: “La eficacia del reconocimiento incidental quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal y no impedirá que se solicite el exequátur de la resolución extranjera”. La aparente discordancia que genera la lectura de estos dos preceptos podría llevarnos a considerar la posibilidad de instar el reconocimiento incidental junto a la demanda de modificación; o a pensar que se trata de una excepción y que basta con que la sentencia extranjera haya sido reconocida de este modo en otro procedimiento para poder pedir su modificación. Finalmente, podríamos interpretar que lo que el legislador ha querido decir es que, a estos efectos, resulta también operativo el reconocimiento que realizan los Encargados de los Registros de acuerdo con el art. 59 de esta Ley y el 96 de la Ley 20/2011, del Registro Civil (cuando entre en vigor).

En nuestra opinión, no debería descartarse la primera posibilidad porque el legislador ha aprovechado la reforma para permitir el reconocimiento directamente como base de la estimación o desestimación de la pretensión principal. Esta suerte de reconocimiento se producirá cada vez que el tribunal competente deba tener en cuenta la eficacia de la resolución extranjera en los mismos términos en que la tendría si hubiera sido dictada por un tribunal nacional; en particular, cada vez que estime la excepción de cosa juzgada alegada por el demandado; o, en lo que aquí interesa, cada vez que trate de hacer valer la eficacia prejudicial de la cosa juzgada material de una decisión extranjera alegada por el actor en la demanda¹⁷. En cambio, la segunda lectura resultaría más difícil de eliminar, toda vez que la Ley

¹⁷ Vid. como ejemplo de esta vía el caso que resuelve el Auto nº 125/2009 AP Barcelona 12ª, de 4 de marzo, FJ 2º (JUR\2009\379436) desestimando la decisión de instancia por no haber procedido el Juez *a quo* a realizar el reconocimiento incidental que impone el art. 21.1º Reglamento 2201/2003, de 27 no-

29/2015 se esfuerza por distinguir entre el reconocimiento y el exequátur¹⁸. El primero permite a la decisión extranjera desplegar todos los efectos procesales que le atribuya su Estado de origen, menos el ejecutivo. El segundo se identifica con el proceso que aprueba la ejecución de la sentencia en nuestro país. No obstante, aunque es cierto que a lo largo del Título V de la Ley se produce una cierta identificación entre ambos términos, podría entenderse que el reconocimiento incidental no faculta la ejecución pero sí podría abrir la vía que permite la modificación de la resolución extranjera. Finalmente entendemos que el reconocimiento realizado por los Encargados de los Registros y la correspondiente inscripción de la resolución constituiría base suficiente para la modificación de sentencia foránea.

En segundo lugar, podríamos plantearnos si en el propio procedimiento judicial del exequátur podría solicitarse el reconocimiento de la resolución extranjera, con las modificaciones que el demandante estimase oportunas, habida cuenta del cambio sustancial producido en alguna de las circunstancias que motivaron el fallo. Con todo, la respuesta es negativa puesto que no existen términos hábiles en un proceso de esta naturaleza para sustentar en él una pretensión de este tipo. Su finalidad se circunscribe a la verificación del cumplimiento de los requisitos que establece el legislador, principalmente de carácter procesal, y sin alcanzar el examen del fondo del asunto, que queda al margen de la comprobación, sin más excepciones que las impuestas por el necesario control de orden público. Su función es meramente homologadora, como ha sido puesto de relieve por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, concretándose su finalidad en posibilitar el juego de los efectos derivados de la decisión extranjera con el contenido, extensión y alcance conferido por su ordenamiento de origen. En consecuencia el *petitum* sólo puede referirse a eso y la oposición únicamente puede alegar las causas tasadas del art. 46.1º de la Ley 29/2015¹⁹.

Sin embargo, nada impide que el demandado en el procedimiento de exequátur pueda esgrimir entre los motivos de oposición al reconocimiento la pendencia ante

viembre 2003, a la sentencia francesa aportada por el demandante con el escrito de demanda de modificación del régimen de visitas de los hijos. También el Auto nº 28/2009 AP La Rioja 1ª, de 27 de febrero, FJ 1º (JUR\2009\187512), desestimando la decisión del Juez “a quo” al no haber realizado el reconocimiento incidental previsto en el art. 33 Reglamento 44/2001 a dos resoluciones dictadas por tribunales rumanos en materia de alimentos.

¹⁸ El legislador distingue en la Ley 29/2015 entre el reconocimiento y el exequátur de las resoluciones extranjeras, entendiendo por el primero la homologación de una decisión extranjera que le permite desplegar en nuestro país los efectos procesales que le sean propios, salvo el ejecutivo; es decir, para desplegar su eficacia constitutiva y de cosa juzgada. Y por exequátur la homologación de una decisión extranjera a los efectos de que pueda desplegar su eficacia ejecutiva.

¹⁹ Vid. la STC 54/1989, de 23 de febrero, FJ nº 7 (BOE nº 62, de 14 marzo 1989). El Auto del TS (Sala de lo Civil), de 16 mayo 2000, FJ 9 (RJ\2000\3576); y el Auto del TS (Sala de lo Civil), de 11 abril 2000, FJ 5 (RJ\2000\3237), entre otros.

los Tribunales españoles de un litigio entre las mismas partes, fundado en los mismos hechos y con el mismo objeto, o también la existencia de una sentencia de nuestros Tribunales sobre la misma causa, con las mismas partes e identidad de objeto. No obstante, es importante subrayar que el Tribunal Supremo ha modulado el rigor propio de la estricta literalidad de estos motivos, de forma que no ha exigido en todos los casos la necesidad de que medie una absoluta identidad subjetiva y objetiva en los procesos seguidos y resueltos por las sentencias que entran en conflicto, sino que basta con que los pronunciamientos que contengan resulten inconciliable y de imposible coexistencia, en sí mismos considerados o en atención a los efectos que de ellos deriven²⁰; siendo ésta, igualmente, la tendencia que se sigue en el ámbito de la normativa europea sobre reconocimiento de decisiones, en donde se ha buscado dotar a la litispendencia de un contenido autónomo²¹. Y, por otro lado, a la hora de considerar si la pendencia de un proceso y aun la existencia de una resolución dictada en el foro constituye un obstáculo al reconocimiento de la decisión extranjera²², no ha dejado de atender al momento en que fueron promovidos los procesos en el Estado de origen y en el Estado receptor, en aras a evitar la utilización del proceso de forma abusiva y como un mero instrumento para evitar la eficacia de la sentencia extranjera²³.

De este modo, el Auto del Tribunal Supremo, de 20 abril 2004²⁴, declara que el hecho de que con posterioridad a haberse dictado las sentencias andorranas por reconocer se hubiera promovido en España un procedimiento de modificación de medidas acordadas en el previo proceso de divorcio no debe constituir un obstáculo para el reconocimiento que se pretende. Aquéllas tuvieron por objeto la reclamación, la revisión y la actualización de las pensiones fijadas en la sentencia de divorcio dictada por los tribunales españoles, estableciendo el importe de éstas y los efectos temporales de la condena a su abono. En la recaída en España se declaró la extinción de la pensión respecto de uno de los hijos atendiendo a las circunstancias sobrevenidas que se dieron respecto de él—su mayoría de edad y su capacidad económica— y se estableció la cuantía de la pensión alimenticia teniendo en cuenta la fijada por los tribunales andorranos, que el ahora oponente venía satisfaciendo. Así las cosas, el contenido de las sentencias de cuyo exequatur se trata no resulta materialmente incompatible con la resolución dictada en el

²⁰ Vid. el Auto del TS (Sala de lo Civil), de 1 diciembre 1998. (RJ\ 1998\10543), Auto del TS (Sala de lo Civil), de 19 enero 1999. (RJ 1999\186), Auto del TS (Sala de lo Civil), de 16 noviembre 1999 (RJ 1999\9909), y Auto del TS (Sala de lo Civil), de 10 diciembre 2002 (RJ\2003\31), entre otros.

²¹ Vid. la Sent TJCE, de 27 junio 1991 *Overseas As.* C-351\89; Sent TJCE, de 8 diciembre 1987 *Gubisch As.*—C 144\86; y Sent TJCE, de 6 diciembre 1994 *Tatry As.*—C 406\92.

²² Respecto de la existencia de una sentencia española como obstáculo al reconocimiento de una decisión extranjera, Vid. el apartado 4 de este epígrafe.

²³ Vid. el Auto del TS (Sala de lo Civil), de 10 diciembre 2002 FJ 5 (RJ\2003\31).

²⁴ Auto del TS (Sala de lo Civil), de 10 diciembre 2002 FJ 5 (RJ\2003\31).

procedimiento de modificación de medidas que se ha seguido con posterioridad en España, ni en sus pronunciamientos ni en los presupuestos fácticos y jurídicos que las sustentan, siendo posible su coexistencia.

3. Algunas dudas en torno a la aplicación del art. 45. 1º de la Ley 29/2015

Por otra parte, se ha de señalar que el art. 45.1 suscita algunos problemas vinculados no tanto con la ley aplicable como con la competencia judicial internacional. En efecto, a nuestro juicio, no se suscitan dudas sobre el Derecho aplicable, toda vez que la modificación de la decisión no requiere del concurso de ninguna *lex causae*, en la medida en la que supone una mera adaptación de las consecuencias materiales o personales al nuevo escenario en el que ha de desenvolverse la situación o relación jurídica declarada o constituida por la resolución foránea, partiendo de lo que en ella ya se ha decidido. El carácter procesal de esta cuestión impide cualquier problema de ley aplicable a la modificación de la resolución extranjera. La posibilidad de adaptar el fallo a las nuevas circunstancias sobrevenidas no supone una valoración *ex novo* de los hechos a partir de la ley estatal determinada por las normas de conflicto españolas²⁵, como si se tratara de una nueva pretensión (que tipifica el numeral segundo del art. 45)²⁶. Ni tampoco de aplicación de la ley aplicada en el proceso extranjero²⁷ pues la imposibilidad de realizar el proceso de modificación como un proceso independiente del que deriva la sentencia extranjera lo que obliga es a tener en cuenta su contenido. En puridad, lejos de plantear un problema de ley aplicable como tal, la cuestión de la modificación

²⁵ Posición defendida en nuestra doctrina por J.J. Álvarez Rubio, "Art. 45. Resoluciones extranjeras susceptibles de modificación", *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Material Civil*, F.P. Méndez González y G. Palao Moreno (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 517–525, p. 525.

²⁶ Tratándose de una nueva pretensión los hechos modificativos de la situación juzgada deberán ser resueltos por la ley estatal declarada aplicable por la norma de conflicto del foro. Se trata del mismo razonamiento que ha seguido recientemente la Sent n° 29/2017 TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 18 de enero, desestimando el recurso de apelación al considerar legal la decisión de una madre que decidió el traslado de su hijo a España, sin el consentimiento del otro progenitor, por aplicación correcta de la ley suiza, que atribuía en aquel tiempo a la madre no solo la custodia del menor sino la patria potestad exclusiva, en la medida en que "no cabe alterar un hecho anterior, realizado conforme a la legislación vigente del país en el que tenía fijado su domicilio la madre que tenía confiada la custodia del menor. No precisaba autorización judicial en aquel momento para efectuar el traslado. Hasta tal punto es así que el demandante no interesó en su demanda que se dejase sin efecto el referido traslado por su ilicitud, sino que se limitó a solicitar la custodia del menor por ser más beneficioso para éste seguir residiendo en Suiza". Hecha esta consideración, prosigue el TS, "la ratio decidendi (razón de decidir) de la sentencia descansa en que, siendo la aplicación de la legislación española, y por tanto la aplicación de la patria potestad compartida, muy posterior al cambio de residencia que efectuó la madre, tal circunstancia puede determinar una modificación de las medidas acordadas en relación con el menor y la atribución a ambos progenitores de la patria potestad compartida, así como la determinación de una posterior custodia".

²⁷ Solución que defienden M. Virgós Soriano y F.J. Garcimatin Alférez, *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 570.

de la sentencia extranjera suscita un problema de adaptación de las consecuencias jurídicas de la decisión extranjera a la nueva realidad, en el que el demandante ha de demostrar la alteración sustancial de las circunstancias que permitan determinar una modificación de las medidas acordadas en la resolución extranjera, subordinada en el caso de los hijos siempre al interés del menor.

En cambio, el art. 45.1 de la Ley 29/2015 deja algunos problemas no resueltos en relación con la competencia judicial internacional. A este respecto, hemos de indicar que los Tribunales se habían movido entre dos soluciones ante las demandas sobre modificación de una resolución extranjera. De un parte, declararse incompetentes a pesar de cumplirse los criterios de competencia judicial internacional. De otra parte, declararse competentes siempre a condición de que la parte interesada solicitara previamente el exequátur. A la primera solución llegó un sector de nuestra jurisprudencia con motivo de una incorrecta aplicación de la regla de competencia funcional prevista en el antiguo art. 55 LEC 1881, de la que extraían la conservación de una competencia funcional exclusiva del juez extranjero en este ámbito. Dicha práctica se vio frenada por el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia de 13 marzo 2000²⁸, que entendió que la negación de la posibilidad de obtener un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales españoles sobre el fondo de la pretensión suscitada, cualquiera que fuera el sentido de ese pronunciamiento, en virtud de reglas completamente extrañas a las que expresan el delicado equilibrio constitucionalmente exigible en la determinación de la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales, vulneraba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del interesado en la modificación de la resolución extranjera ante nuestros Tribunales.

Visto que el Estado de origen no mantiene una suerte de competencia funcional exclusiva y, por tanto, nada impide que los tribunales españoles puedan conocer de la acción de modificación de la resolución extranjera²⁹, el único problema que se deriva se vincula con una cuestión de competencia judicial internacional; en particular, con la posibilidad de poder encontrar o no la existencia de una norma de competencia judicial internacional implícita en el art. 45.1 de la Ley 29/2015³⁰. Esta cuestión nos lleva a enlazar con la segunda solución de nuestros Tribunales consistente en supeditar el reconocimiento como un requisito de la competencia judicial internacional, pues tiene el manifiesto inconveniente de eclipsar el papel que en ocasiones desempeña el reconocimiento como foro de competencia en la modificación de una resolución extranjera; en particular, cada vez que se solicita esta pretensión aportando a la demanda su reconocimiento a título principal. A

²⁸ Sent. nº 61/2000 del TC (Sala 1ª), de 13 de marzo (BOE nº 90, de 14 abril 2000).

²⁹ Vid. F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor 2016, p. 269.

³⁰ Cuestión que niega J.J. Álvarez Rubio, "Art. 45. Resoluciones extranjeras...", *loc. cit.*, p. 521.

nuestro entender, en estos casos el hecho de haber reconocido una decisión extranjera a título principal resulta una vinculación suficientemente razonable para atribuir jurisdicción a nuestros Tribunales para entender, con carácter general, de cualquier ulterior modificación³¹. Es más, el art. 22 LOPJ confiere a nuestra jurisdicción una competencia exclusiva en materia de exequátur y el 22 *octies* establece en el segundo párrafo de su numeral 3 que “Tampoco lo podrán hacer (declinar su competencia) cuando se trate del reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales...”. Esta doble referencia nos lleva a entender que los Jueces y Tribunales españoles poseen jurisdicción para entender de todo los negocios procesales conectados con cualquier decisión extranjera reconocida a título principal.

En cambio, el reconocimiento deja de jugar este papel, como foro de competencia, cuando el demandante lo solicita como base de la estimación de la pretensión principal, es decir, cada vez que el actor inste el reconocimiento (incidental) junto a la demanda de modificación. La competencia para entender del reconocimiento recae en este caso en el mismo órgano jurisdiccional que va a conocer del litigio principal (art. 44.2º de la Ley 29/2015), viniendo aquélla determinada por las reglas de competencia judicial internacional previstas en las normas de origen institucional, convencional o autónomo; en tales reglas, y solo en las mismas, debe buscarse como punto de partida la respuesta a una cuestión de si es posible que nuestros Tribunales conozcan de esa pretensión. De este modo, podemos concluir señalando que en la modificación vinculada a esta vía, el reconocimiento incidental no constituye un foro de competencia, ni tampoco, como ha venido considerando un sector de la jurisprudencia, un requisito de la competencia judicial internacional. En puridad, lo mismo que en la modificación vinculada al reconocimiento a título principal, el reconocimiento previo deviene una condición de admisibilidad de la demanda, que por su carácter procesal lo determina el Derecho español *qua lex fori*. Y es aquí donde encuentra su encaje el numeral primero del art. 45 de la Ley 29/2015, también como norma de funcionamiento de nuestro sistema de Derecho procesal civil internacional, teniendo como función la de determinar las condiciones que permiten la admisión a trámite de las acciones cubiertas en dicho numeral. Así, tratándose de acciones de modificación de una resolución extranjera, la *lex fori* exige, a parte de los requisitos generales para la admisión de la demanda, el reconocimiento previo por vía principal o incidental, so pena de que el juez deniegue su admisión a trámite. Por esta razón, consideramos que el legislador ha estado acertado en la elección del cuerpo legal en el que ha insertado la regulación de esta cuestión, pero no en su ubicación sistemática dentro del régimen común de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Teniendo en cuenta el problema de aplicación del que se ocupa el precepto

³¹ Vid. J.M. Espinar Vicente, *La regulación jurídica del tráfico transfronterizo en España (análisis crítico de la nueva ordenación)*, Liceus, Madrid, 2016, p. 102.

objeto de estudio, lo idóneo hubiera sido su inserción en un Título autónomo en la propia Ley 29/2015 y no en el Título V al no ocuparse de un problema que versa sobre el reconocimiento de decisiones extranjeras en sentido propio.

Para terminar, no debemos olvidar que el hecho de que para el legislador resulte viable realizar un procedimiento incidental del que deriva la modificación de resoluciones extranjeras, puede producir desajustes a nivel de competencia. Y ello con independencia de que se solicite la modificación vinculada al reconocimiento a título principal o al reconocimiento incidental en la medida en la que siendo internacionalmente competentes es probable que no exista una regla de competencia interna que concrete cuál va a ser el competente. Así sucede, por ejemplo, con el art. 775.1 LEC – “El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”, y por mor de lo dispuesto en los arts. 50 y 58 de la Ley ritualaria, estableciendo que la modificación de las medidas adoptadas en sentencias de separación o de divorcio, y de medidas de protección al menor, debe plantearse ante el juez que la dictó. Esta regla de competencia responde a una directriz extraña a la competencia judicial internacional, en la medida en que, como se ha visto, atañe exclusivamente a los Tribunales españoles realizando una labor de reparto de la competencia entre ellos. Por consiguiente, su aplicación debe quedar descartada cuando se trata de acciones de modificación de resoluciones extranjeras, so pena de negar la posibilidad de obtener un pronunciamiento de los Tribunales españoles sobre el fondo. En cuyo caso, cabría solucionar dicho desajuste extrayendo el foro de competencia interna de la propia norma de competencia judicial internacional, sin perjuicio de que esta última puede tener asignada esta doble función.

4. El reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras que modifican lo establecido en sentencias españolas.

Del mismo modo, nada impide el reconocimiento por nuestros Tribunales de una sentencia extranjera que modifique lo previsto en una sentencia española³². En el Auto de 6 junio 2000³³, el Tribunal Supremo consideró que el hecho de que la sentencia francesa por reconocer se hubiera pronunciado modificando las medidas de una decisión española, como consecuencia de alteraciones substanciales de las condiciones de vida del demandado, no debe constituir un obstáculo para el

³² Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2016, p. 511.

³³ Auto del TS (Sala de lo Civil), de 6 junio 2000 FJ 5 (RJ\2000\4652).

reconocimiento que se pretende. Se trataba de una sentencia de separación dictada por la jurisdicción española cuando el cónyuge se hallaba en una situación de desempleo; posteriormente consiguió trabajo al tiempo que la esposa quedó en paro y sin otros recursos que las prestaciones sociales. El Tribunal Supremo otorgó el exequátur considerando que se trataba de dos procedimientos que, si bien íntimamente relacionados entre sí, diferían en cuanto a su objeto. El primero atendió a una demanda de separación en el que se fijó una pensión alimenticia en favor de los hijos habida cuenta de la situación de los esposos, mientras que el segundo tuvo como finalidad adaptar las medidas a las nuevas circunstancias de las partes concernidas. En consecuencia, la existencia de una decisión pronunciada en España, antes de la modificación realizada por la jurisdicción francesa, no genera un resultado inconciliable entre ambas y por lo tanto no puede considerarse que el supuesto resulte subsumible en la causa de denegación del exequátur prevista en la letra d) del art. 46. 1 de la Ley 29/2015.

III. El segundo numeral del art. 45 de la Ley 29/2015

1. *El impreciso enunciado de esta disposición*

Más difícil de entender es el auténtico significado del segundo numeral de este precepto: “Esto no impedirá que se pueda plantear una nueva demanda en un procedimiento declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles”. Las dudas se centran en determinar a qué se refiere el pronombre demostrativo del inciso “esto no impedirá”. No nos cabe duda de que el supuesto del que se parte es el que se halla descrito en el numeral anterior, pero ello nos lleva a considerar que la dicción literal de esta disposición nos permite realizar tres lecturas. En primer lugar, podemos pensar que el hecho de que una sentencia extranjera reconocida haya sido modificada por nuestra jurisdicción no impide al interesado replantear su pretensión en un nuevo procedimiento declarativo. Sin descartar esta posibilidad, no parece que haya sido ésta la intención del legislador, toda vez que en la “Exposición de Motivos” dice claramente que corresponde “a las partes optar bien por la modificación de la sentencia extranjera bien por la apertura de un nuevo procedimiento”; es decir, se trata de ofrecer una alternativa entre dos opciones distintas y no de abrir dos vías consecutivas.

En segundo lugar podríamos deducir que “*esto no impedirá*” se refiere a que toda sentencia extranjera que cumpla los requisitos para ser modificada (*ex art. 45.1º de la Ley 29/2015*), puede dar lugar al planteamiento de una nueva demanda ante los órganos jurisdiccionales españoles (*ex art. 45.2 de la Ley 29/2015*). Esto nos llevaría a entender que las decisiones extranjeras contempladas en esta disposición son exactamente las mismas que se describen en el numeral anterior; es

decir, las que, habiendo sido reconocidas por vía incidental o principal, puedan ser objeto de transformación. De este modo, el supuesto de hecho del art. 45.2 de la Ley 29/2015, se alinearía con la interpretación ofrecida en la “Exposición de Motivos” de la Ley 29/2015; es decir, el hecho de que una resolución extranjera pueda ser susceptible de modificación, no significa que se haya cerrado el camino a una nueva demanda. Ahora bien, modificar supone alterar los términos que figuran en una resolución preexistente, de ahí que se exija su reconocimiento previo, pero la apertura de un nuevo proceso sobre la misma causa implica ignorar por completo la existencia de una eventual decisión foránea, lo que técnicamente solo sería posible cuando no hubiera sido reconocida, cuando se hubiese denegado el exequátur o cuando careciese del efecto de cosa juzgada en su Estado de origen. Sin embargo, estas últimas condiciones no aparecen especificadas en la disposición comentada. No parece lógico entender que, una vez acepta la fuerza que posee la ejecutoria en la jurisdicción donde fue dictada, se desconozca el alcance del efecto de cosa juzgada que hubiese podido adquirir allí. Es verdad que en la citada “Exposición de Motivos” se hace una mención expresa a las “*resoluciones extranjeras firmes o definitivas que se refieran a materias que por su propia naturaleza son susceptibles de ser modificadas*”, pero este carácter no implica necesariamente que lo decidido por una decisión firme modificable pueda dar siempre lugar a un nuevo juicio en Derecho comparado.

En tercer lugar, tampoco cabe descartar que “*esto no impedirá*” signifique que, con el pronombre demostrativo “*esto*”, se esté aludiendo únicamente a la frase “*siempre que (la resolución) hubiera obtenido previamente su reconocimiento por vía principal o incidental con arreglo a las disposiciones de este título*”, mientras que con la salvedad “*no impedirá*” se esté refiriendo a que la ausencia de exequátur no obstaculiza el camino de una nueva demanda. En otros términos, sólo cabe la modificación cuando la ejecutoria haya sido reconocida con anterioridad, pero que si no lo hubiese sido, “*esto no impedirá que se pueda plantear una nueva demanda en un procedimiento declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles*”. La ausencia del requisito que se exige para la modificación (el reconocimiento) no imposibilita la sustanciación de un nuevo pleito en España. Tal vez sea ésta la lectura más lógica. Se puede modificar lo que existe y se conoce; pero cuando no se tiene constancia de su existencia y, por lo tanto, se desconoce su contenido no hay bases para introducir cambios; ahora bien, en esas condiciones, el camino para establecer una nueva resolución se puede considerar expedito.

En definitiva, se trataría de una interpretación muy en línea con el planteamiento adoptado por la Audiencia provincial de Barcelona en su Auto de 6 octubre 2006³⁴. Los datos del caso fueron los siguientes; un padre solicitó a un Juzgado de

³⁴ Auto nº 218/2006 de la AP Barcelona 12ª, de 6 de octubre (RJ/2000/4652).

Primera Instancia de Barcelona que le fuese atribuida la guarda de su hija menor y que se estableciera un régimen de visitas a favor de la madre. Ambos habían obtenido su divorcio en el extranjero y ninguno de ellos había solicitado su reconocimiento en España. El Juez *a quo* inadmite la demanda por considerar que a través de un procedimiento de guarda y custodia se pretende introducir “una modificación de las medidas personales y patrimoniales de una sentencia dictada en el extranjero que carece de eficacia en nuestro país al no haberse interesado el correspondiente exequátur”. El razonamiento sigue de forma impecable la senda que, nueve años después, establecería el art. 45.1º de la Ley 29/2015; no cabe la modificación sin el reconocimiento previo.

Recurrida la decisión, la Audiencia Provincial estimó el recurso por entender que no se trataba de una demanda de modificación del régimen establecido en una resolución foránea; y ello porque no puede “considerarse que se trate de una modificación de medidas de una sentencia inexistente en nuestro país dada la falta de reconocimiento de la misma por no haber sido instada por ninguna de las partes interesadas” y porque, como es obvio, el Tribunal no puede exigir de oficio el exequátur. Descartada la posibilidad de modificar los términos de una sentencia de divorcio desconocida, y atendiendo al objeto de la demanda consideró que “La acción que se ejercita es distinta, y se circunscribe a la ordenación del ejercicio de la responsabilidad parental respecto de una menor, concurriendo la circunstancia de que la referida menor se encuentra residiendo en España”. La *ratio decidendi* del Tribunal de apelación refleja fielmente lo que podría haberse hecho explícito en el art. 45.2º de la Ley 29/2015. El fallo emitido por una jurisdicción distinta puede ser modificado en España cuando su reconocimiento haya permitido que despliegue sus efectos en nuestro ámbito jurisdiccional. Sin embargo, ello no impide que se pueda plantear una nueva demanda en nuestro país cuando la decisión no haya sido reconocida o cuando el *petitum* se refiera a cuestiones no resueltas por la sentencia, siempre y cuando nuestros Jueces sean internacionalmente competentes para entender del asunto (“*concurriendo la circunstancia de que la referida menor se encuentra residiendo en España*”).

2. Análisis práctico de estas posibles lecturas.

En nuestra última interpretación hemos partido de la base de que con el inciso “*esto no impedirá*” se está diciendo que la ausencia del reconocimiento no constituye un obstáculo para interponer en España una nueva demanda. Desde la perspectiva que ofrece esta interpretación, supongamos ahora que una persona ejercita una acción relativa a una cuestión resuelta por una resolución foránea que carece de eficacia procesal en nuestro país. Ante un supuesto así, el demandado tiene dos posibilidades. La primera estriba en plantear por vía incidental el reconocimiento de la sentencia extranjera ante el mismo juez que conociese de ese pleito (art. 44.2

de la Ley 29/2015) para oponerse a la pretensión del actor³⁵. De acuerdo con la “Exposición de Motivos” de la Ley 29/2015, el camino a seguir no es el trazado por el art. 388 LEC para resolver las cuestiones incidentales, sino que se introduce una solución más sencilla “...al plantearse normalmente el reconocimiento como base de la estimación o desestimación de la pretensión principal, de tal modo que será la sentencia la que determine la aptitud del documento para probar lo que se pretende”. La redacción no resulta clara, pero parece deducirse que el demandado puede aportar la resolución extranjera como medio de oposición a la demanda y que el Juez se pronunciará sobre si puede ser “reconocida incidentalmente”, es decir, si esa ejecutoria puede desplegar sus efectos en ese proceso más allá de los que confiere a los restantes documentos públicos el art. 323 LEC. De considerarlo así, reflejará en su sentencia las consecuencias que tal reconocimiento despliega frente a la pretensión principal.

La segunda opción para el demandado consistiría en contestar la demanda e ignorar, él también, la existencia de la decisión extranjera. En tal caso tendríamos que aceptar que ambas partes prefieren olvidarse de la resolución foránea y litigar en España. En consecuencia, tanto si opta por solicitar el reconocimiento incidental como si prefiere someterse al nuevo juicio, esta disposición resultaría totalmente inútil. En el primer supuesto, porque la cuestión del reconocimiento incidental ya se halla resuelta en el art. 44.2º de la Ley 29/2015 y porque, además, nunca han existido cortapisas para ventilar en un nuevo proceso declarativo las cuestiones a las que no alcanzasen los efectos de la decisión extranjera. En la segunda hipótesis, porque si nuestra jurisdicción posee competencia internacional para conocer del asunto y ninguna de las partes ha esgrimido la existencia de la ejecutoria extranjera, nada se opondría a la sustanciación del pleito, sencillamente porque tal resolución carecería de eficacia procesal en nuestro país y, en consecuencia, sus efectos serían inexistentes. Cabría considerar el supuesto de que se hubiera denegado el reconocimiento de esa resolución por alguna de las causas previstas en el art. 46 de la Ley 29/2015; pero también en ese caso la disposición resultaría superflua; denegado el exequátur el camino de una nueva demanda quedaría automáticamente expedito.

Otra de las lecturas propuestas era la que estribaba en entender que se puede pedir la modificación de la resolución extranjera, una vez obtenido el exequátur, pero que ello no imposibilita la apertura de un nuevo juicio. En esta hipótesis el reconocimiento a título principal o incidental resultaría imprescindible para ambas cosas, pero eso nos parece incompatible con el espíritu y la letra del Título V de la Ley 29/2015. En efecto, una vez que la sentencia está surtiendo en España los

³⁵ Nótese que antes de la entrada en vigor de la Ley 29/2015 no cabía esta posibilidad y, por lo tanto, las partes del nuevo juicio sólo podían aportar la sentencia extranjera como un documento público con los efectos previstos en el art. 323 LEC.

mismos efectos que en su Estado de origen, la pretensión del actor habrá de limitarse a pedir que se modifique lo que sea susceptible de modificación o a solicitar que se resuelvan aquellos problemas conexos que no se hallen directamente contemplados en el fallo o que, aun hallándose resueltos, no hayan alcanzado en el país de origen de la resolución el carácter de cosa juzgada. Todo lo demás sería contradictorio y supondría negar la producción de los efectos que el exequátur ha reconocido. Por lo tanto, la disposición seguiría careciendo de sentido. La modificación ya se encuentra regulada en el art. 45.1º de la Ley 29/2015 y si la demanda se refiere a extremos no contemplados expresamente en la ejecutoria extranjera, ha de entenderse que la acción que se ejercita es distinta y no viene obstada por la existencia de un fallo extranjero que está desplegando su eficacia en nuestro país. Este último aspecto es el que resuelve la Audiencia Provincial de Valladolid, en su auto de 4 febrero 2010³⁶, revocando la resolución de instancia que desestimó una demanda de mutuo acuerdo sobre guarda y custodia por no haber reconocido los apelantes la sentencia venezolana de divorcio, en la medida en la que la resolución foránea no se había pronunciado sobre dichas medidas.

Para finalizar la última lectura que nos quedaría es entender que el art. 45.2º se limita a subrayar que solo cabría la posibilidad de plantear una nueva demanda en un procedimiento declarativo si la resolución extranjera no tuviese autoridad de cosa juzgada en el Estado de origen. Sin embargo, esta interpretación tampoco se sostiene porque de ser así la disposición tampoco diría nada nuevo tanto en el caso de que se solicitase el reconocimiento como en el que no. En el caso primero porque estaría tipificando el supuesto de hecho del art. 45.1º, en la medida en la que, como ya se ha visto, la modificación de las circunstancias establecidas en la decisión extranjera no es una cuestión que participa de la cosa juzgada material. En el segundo caso porque, como ya se ha señalado, nada impide que se pueda plantear una nueva demanda cuando la decisión no haya sido reconocida.

Así las cosas, todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que no hacía falta positivizar un precepto, como el numeral segundo del art. 45 de la Ley 29/2015, para querer decir algo tan obvio como que la denegación del exequátur o la petición de alguna cuestión no contemplada en la resolución extranjera, pueden abrir

³⁶ Auto nº 10/2010 de la AP Valladolid 12º, de 4 de febrero FJ 2º (JUR\2010\112633); “Los recursos de apelación que han sido interpuestos frente a la decisión adoptada en la instancia deben ser estimados por esta Sala. Tal y como acertadamente se pone de manifiesto en ambos recursos de apelación, no se trata propiamente en la demanda interpuesta de ejecutar la sentencia de divorcio dictada en país extranjero (Venezuela), sino de regular el marco de las relaciones paterno-filiales en aspectos como la patria potestad, guarda y custodia, alimentos y régimen de visitas, una vez que se acredita cumplidamente que se ha decretado el divorcio de los solicitantes en su país de origen. Es por ello que, como acertadamente sostiene el Ministerio Fiscal no parece necesario el trámite del exequátur por cuanto lo interesado por los esposos no se orienta en realidad a la ejecución de la sentencia extranjera, sino a concretar, detallar y precisar el marco de cumplimiento de las obligaciones de ambos progenitores para con su hijo menor de edad”.

el camino de una nueva demanda ante nuestros Tribunales cuando sean internacionalmente competentes para conocer del asunto. Lo preocupante es que el legislador permita esta segunda vía para desvincular de manera artificiosa el nuevo proceso del que ha tenido lugar en el extranjero cuando la línea mayoritaria de nuestros Tribunales ha sido la de pronunciarse a favor de la exigencia del previo reconocimiento. No en vano, es una vía para que se produzcan situaciones claudicantes en sectores en los que prima un especial interés de protección, como el del menor³⁷. Y es que, como ya hemos apuntado al comienzo, el legislador no ha acertado al reflejar en el art. 45 de la Ley 29/2015 los dos criterios seguidos por nuestros Tribunales ante la cuestión de cuándo procedía seguir el camino de la modificación y cuándo se podía suscitar un nuevo proceso. En el numeral segundo admite la posibilidad de la referida desvinculación artificiosa sin reparar que la *ratio decidendi* de los Tribunales era evitar la dilación del trámite del exequátur en materias que necesitan de procesos ágiles, lo cual dejó de ser sustentable tras la competencia de los Juzgados de Primera Instancia en el procedimiento de exequátur; amén del establecimiento del reconocimiento incidental en la Ley 29/2015.

³⁷ En esta línea la Sentencia nº 30/2002 TSJ Cataluña CP 1ª, de 10 de octubre, declara la nulidad de oficio de las actuaciones seguidas en las instancias inferiores por inadecuación de procedimiento, tras haber obviado la existencia una vinculación entre el proceso español abierto por la demanda del padre y la resolución anterior del Batlle de Andorra sobre el régimen de custodia, visitas y estancias. A este respecto señala el alto órgano judicial catalán: “No és menys cert, però, que la via processal utilitzada ha estat errònia, en no ponderar el demandant l’existència de la sentència de 13 de febrer de 1998 dictada per la Sra. Batlle d’Andorra Meritxell P. S., aprovatòria del conveni de 10 de gener del 1998 pel que acordaren els litigants la custòdia i el règim de visites del seu fill menor d’edat, Gerard. El demandant, doncs, per comptes de demanar l’execució del que tal sentència disposa, negligint-la totalment, interposà a Espanya un procediment que tant ell com l’òrgan de primera instància qualifiquen d’independent, de procés “ex novo”, deslligat del primer, essent així que la vinculació amb aquell s’esdevé ineludible. (...) Ara bé, (...), el que no podia fer mai el demandant era buscar l’anomenat “fur de conveniència” mitjançant el sistema de negligir el règim de visites pactat per la parella i sancionat per l’esmentada sentència del Principat d’Andorra, la qual, lògicament, ha de ser respectada. Qüestió ben altra és la referida al incompliment per un dels signants del conveni d’allò disposat en la dita Resolució andorrana, aspecte que afecta a la seva execució i en relació al qual, ofereix l’Ordenament Jurídic, tant l’Andorrà com l’Espanyol, mecanismes suficients per a l’efectivitat de l’esmentada Resolució Judicial. Per això, de no plantejar-se aquesta Sala d’ofici, com així bé obligada en qüestions afectants al’ordre públic processal, la nul·litat de les actuacions, donant validesa a tot el realitzat davant els Tribunals espanyols com si la Jurisdicció andorrana no hagués intervingut prèviament, equivaldria, en la pràctica, i ja d’entrada, a sancionar dos règims de visites al menor del tot distints, o sigui, l’acordat en la sentència d’Andorra i el regulat en la de la Seu d’Urgell; resolucions que donen al dret de visita un molt diferent abast (per exemple, en un cas es disposa pernoctar fora del domicili habitual un dia i en l’altre dos), fixant-se també un distint domicili de compliment i, en fi, no havent-hi, termes hàbils per ni tan sols acostar o compatibilitzar el que manen ambdues resolucions. Procedeix, doncs, sense necessitat de cap altra consideració, declarar la nul·litat de tot allò actuat en aquest procediment i, per tant, l’inadmissió de la demanda des del moment de la seva admissió davant el Jutjat de Primera Instància e Instrucció nº 1 de la Seu d’Urgell”.

IV. Algunas conclusiones

Del análisis efectuado en los párrafos precedentes podríamos deducir los siguientes resultados provisionales:

a) Que la ubicación del art. 45 de la Ley 29/2015 no debería ser el Título V al no ocuparse de un problema que versa sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en sentido propio.

b) Que el objeto del art. 45.1 de la Ley 29/2015, la posibilidad de adaptar el fallo a las nuevas circunstancias sobrevenidas, deviene una cuestión de naturaleza procesal sujeta a las normas procesales españolas.

c) Que la determinación del carácter modificable de las resoluciones extranjeras se establecerá con base en una calificación *ex lege fori*.

d) Que sabiendo que la resolución extranjera, una vez reconocida, no se transforma en una sentencia española sino que sigue conservando la naturaleza y eficacia que le fuera atribuida por la jurisdicción que la dictó, de resultar modificable allí, también podrá serlo aquí.

e) Que el reconocimiento (a título principal y al incidental) constituye una condición de admisibilidad de la demanda, porque sin él Juez desconocería la base que se pretende alterar.

f) Que no puede oponerse en el exequátur (reconocimiento a título principal) el cambio sobrevenido de las circunstancias establecidas en la resolución extranjera.

g) Que las resoluciones extranjeras no reconocidas previamente, constituyen documentos públicos cuyo valor en juicio puede ir más allá de lo previsto en el art. 323 LEC, si se solicita su reconocimiento incidental directamente como base de la estimación de la pretensión principal. Una vez reconocida en la sentencia que ponga fin al pleito principal, surtirá los efectos consustanciales a la resolución española que incorpora ese reconocimiento incidental, pero carecerá de eficacia ejecutiva y de cualquier otro efecto autónomo si no lo obtiene por vía principal.

h) Que, una vez que se ha reconocido una resolución extranjera por vía del exequátur, la jurisdicción española adquiere competencia para conocer de las modificaciones y las vicisitudes de las que pudiera ser objeto.

i) Que en la modificación vinculada al reconocimiento incidental de la resolución extranjera, la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales vendrá determinada de acuerdo con lo establecido en las reglas de origen institucional, convencional o autónomo aplicables a la pretensión principal.

j) Que el art. 45.1º de la Ley 29/2015 no plantea problemas de ley aplicable a la modificación de la resolución extranjera, sino de adaptación de la resolución extranjera a las nuevas circunstancias.

k) Que debiera excluirse la posibilidad de convertir el art. 45.2º de la Ley 29/2015 en la vía para desnaturalizar el supuesto de hecho previsto en el numeral primero.

l) Que para plantear una nueva demanda es preciso que nuestros Jueces y Tribunales resulten competentes de acuerdo con lo establecido en las reglas de competencia judicial internacional de origen institucional, convencional o autónomo.

m) Que la ley aplicable a la nueva demanda en España se determinará de conformidad con las normas de conflicto españolas.

Bibliografía

- Álvarez Rubio, J.J., “Art. 45. Resoluciones extranjeras susceptibles de modificación”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, F.P. Méndez González y G. Palao Moreno (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 517–525.
- Calvo Caravaca, A.L., y Carrascosa González, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Comares, Granada, 2016.
- Espinar Vicente, J.M., *La regulación jurídica del tráfico transfronterizo en España (análisis crítico de la nueva ordenación)*, Liceus, Madrid, 2016.
- Fernández Rozas, J.C., y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor 2016.
- Garcimartín Alférez, F.J., *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor 2016.
- Garau Sobrino, F., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 28–39.
- Gascón Inchausti, F., “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2., 2015, pp. 158–187.
- Michinel Álvarez, M.A., “La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos)”, *REDI*, nº 2, 2002, pp. 641–668.
- Sánchez Lorenzo, S., “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, t. IV, pp. 5519–5524.
- Virgós Soriano, M., y Garcimartín Alférez, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2007, pp. 561–567.

Recepción: 16 mayo 2017

Aceptación: 1 julio 2017

LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO TRAS LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

M^a Pilar DIAGO DIAGO *

SUMARIO: I. Introducción. II. Imperatividad de las normas de conflicto: art. 12.6° Cc. III. Prueba del Derecho extranjero: sistema mixto (art. 281.2° LEC y art. 33.1° LCJIMC). IV. Acreditación del Derecho extranjero por las partes. V. Imposibilidad de acreditación del Derecho extranjero (art. 33.3° LCJIMC). VI. Actuación fraudulenta o de mala fe de las partes. VII. Valor probatorio de las pruebas practicadas. VIII. Consideraciones finales.

RESUMEN: El objeto de este estudio es analizar el impacto que produce la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en el tratamiento procesal del Derecho extranjero y las repercusiones que genera en el sistema. A su vez, se proporcionan elementos de integración del método de acreditación del Derecho extranjero, que deberían orientar la actuación de los Tribunales en los supuestos de actuación fraudulenta o de mala fe de las partes.

PALABRAS CLAVE: ACREDITACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO— PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO— IMPERATIVIDAD DE LA NORMA DE CONFLICTO— INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

ABSTRACT: Proof of foreign law after the Law of International Legal Cooperation in Civil Matters

The purpose of this study is to analyze the impact of the Law of International Legal Cooperation on the procedural treatment of foreign law and the repercussions that it generates in the system. At the same time, elements of integration of the method of accreditation of foreign law are provided, which should guide the actions of the Courts in cases of fraudulent or bad faith actions of the parties.

KEY WORDS: ACCREDITATION OF FOREIGN LAW— PROOF OF FOREIGN LAW— MANDATORY OF THE CONFLICT RULE— INFORMATION ABOUT FOREIGN LAW.

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza. Responsable editorial de la Revista científica *Bitácora Millennium DIPr* <http://www.bitacoradipr.com> miembro del grupo de investigación consolidado *Ius Familiae*.

I. Introducción

El régimen procesal de la prueba del Derecho extranjero, en nuestro sistema, se ha caracterizado por una profunda indefinición en el marco legal y una importante desorientación en el ámbito jurisprudencial. Esta situación contrasta, poderosamente, con la importancia crucial del tema en el desarrollo de los procesos en los que el Derecho aplicable es un Derecho extranjero.

Las lagunas legales que existían antes de la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) 1/2000 de 7 de enero no vinieron a colmarse suficientemente con esta norma, prueba de ello es la jurisprudencia errática que en torno a ella se ha ido elaborando. A golpe de Sentencias, pronunciamientos, votos particulares y de interpretaciones diversas, la doctrina ha ido elaborando teorías que han generado un tan interesante como estéril debate¹. Sólo hay que observar la práctica forense para comprobar el divorcio que parece existir entre la doctrina científica y la opinión judicial en este tema².

El panorama, teñido de inseguridad jurídica, llevó a exigir una clarificación legal por parte de numerosos autores. Estos al margen de las elucubraciones que cabía hacer en orden interpretativo, eran conscientes de que sólo una solución legislativa clara podría resolver la inseguridad que la falta de un sistema estructurado de prueba del Derecho extranjero estaba generando³.

Pues bien, la aprobación de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil abre sus puertas a esta problemática dedicando su Título II con un único artículo (el art. 33) a la prueba del Derecho extranjero. Así mismo, dedica el Título III (del art. 34 al 36) a la información del Derecho extranjero. El sistema español de prueba viene, de esta manera, a completarse con lo establecido en esta norma que recuerda ya en su apartado primero que “la prueba del contenido y

¹Para un resumen de las diferentes teorías v. A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, 2016, p. 567 a 577.

²Divorcio que Picó i Junoy concreta así “si bien, por un lado, tanto los procesalistas como los internacionalistas consideran que la imperatividad de las normas de conflicto comporta la necesidad de que el juez deba proceder a la aplicación del derecho extranjero, al margen de su alegación y/o prueba por las partes, por otro lado, la práctica judicial nos enseña que los tribunales, por muy diversos motivos, suelen no aplicar el derecho extranjero si no es alegado o probado por las partes” J. Picó i Junoy “Causas de la falta de aplicación judicial del Derecho extranjero”, en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2011, pp. 67 a 73, p. 67.

³Con especial claridad e insistencia en sus investigaciones v. por todos S. Álvarez González, “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, 2002, nº 1, pp. 205–223 en especial p. 222 y 223 y “Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa”, *Diario La Ley*, nº 6287, 4 jul. 2005 pp. 2004 a 2007.

vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia”.

De esta manera y al margen de otras disposiciones, el régimen procesal general de la prueba del Derecho extranjero viene determinado por lo que establece el art. 281.2º LEC (recordemos que es la norma que tantas lagunas generaba) y el nuevo art. 33 de la Ley de Cooperación. Este trabajo tiene como objeto analizar el impacto que este precepto produce en el tratamiento procesal del Derecho extranjero, cuáles son las repercusiones que debe generar en el sistema, y si realmente es ésta la solución “de complemento” que tanto ansiaba la doctrina y que vendría a poner fin al desconcierto e inseguridad jurídica que ha caracterizado hasta ahora a nuestro sistema.

II. Imperatividad de las normas de conflicto: art. 12.6º Cc

Antes de abordar el estudio del art. 33 conviene repasar, aún brevemente, la esencia del sistema de solución de conflictos de leyes español. Como se va a tener ocasión de ver a lo largo de este estudio, no contamos con un sistema estructurado general de aplicación del Derecho extranjero. Nuestro sistema, en realidad, es de corte, valga la expresión, “casuístico”⁴. Ello exige un esfuerzo integrador de las disposiciones normativas que ha de ser necesariamente coherente con la misma estructura del Derecho internacional privado para, con ella, intentar dar solidez al sistema. Para ello, es imprescindible no desviarse de uno de los núcleos de la Ciencia de los conflictos de leyes que debe orientar la interpretación de todos los preceptos relativos al régimen procesal del Derecho extranjero como lo haría una estrella polar. En este caso la estrella toma la forma de artículo del Código Civil en concreto del art. 12.6º:

“Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”

Por consiguiente, siempre que la norma de conflicto aplicable al supuesto origen del proceso conduzca a la aplicación del Derecho extranjero, el Tribunal o las autoridades correspondientes están obligadas a aplicar ese Derecho para resolver el fondo del asunto⁵. Lo mismo ocurrirá cuando la norma de conflicto conduzca a

⁴ En el mismo sentido y antes de la aprobación de La Ley de Cooperación Jurídica Internacional J. Maseda Rodríguez señalaba que “el panorama actual respecto de la aplicación del Derecho extranjero, alimentado por la desidia del legislador español, describe mejor una situación de aplicación del Derecho extranjero *caso por caso* que la existencia de una estructura sólida que permita hablar de un *sistema* propiamente dicho” la afirmación es plenamente válida en la actualidad *vid.* J. Maseda Rodríguez, “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional”, *Actualidad Civil*, nº 12, 2002, pp. 420–430, en concreto p. 445 y 446.

⁵ *Vid.* sobre la imperatividad de la norma de conflicto J.C Fernández Rozas, “Artículo 12, apartado 6

la aplicación del Derecho material español reclamado, en el caso concreto, por la norma de conflicto. El supuesto que aquí interesa es el primero.

Las dificultades que a nivel procesal se desencadenan para el cumplimiento del mencionado mandato derivan, en parte, de la falta de concreción de la actuación del juez ante la patología que se planteará cuando las partes no lleguen a probar el Derecho extranjero aplicable. Como se va a ver, el Derecho debe ser acreditado por la parte interesada y cuando esto no sucede el Tribunal puede ver comprometido su mandato, hasta el punto de que puede resultar imposible cumplirlo.

El art. 33 de la nueva Ley exige un esfuerzo interpretativo y este debe realizarse a la luz del camino que marca la estrella polar: el ya mencionado art. 12.6° Cc. De ahí, que sea necesario insistir en su importancia para lograr una normalización de los procesos en los que debe aplicarse el Derecho extranjero. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley viene a adelantar esa misma normalización, cuando indica que “la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional, que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el Tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido”⁶. Sobre esta idea se volverá más adelante.

III. Prueba del Derecho extranjero: sistema mixto (art. 281.2 LEC y art. 33.1° LCJIMC)

Lo primero que se debe retener del art. 33 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional es que remite, como ya se ha tenido ocasión de indicar, a la regulación marco de la prueba del Derecho extranjero. Así señala en su primer apartado que la misma *se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia*. Entre estas últimas cabe citar el art. 36 del Reglamento Hipotecario, el art. 91 del Reglamento del Registro Civil o el art. 168.I.4° del Reglamento Notarial.

Así pues, este precepto no altera la configuración del sistema de prueba que diseñó el art. 281.2° LEC y que tiene una configuración mixta o híbrida. El principio *iura novit curia* sólo se refiere al Derecho español, incluyendo en esta categoría todos los ordenamientos que coexisten en España. El Tribunal, sin embargo,

del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (eds.), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995. pp. 973–1082, pp. 1001–1002, L. Carballo Piñeiro, “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 483–503, siguiendo este planteamiento P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los Reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales” *La Ley*, 2011. <http://eprints.ucm.es/26673/1/Eprints%2023274.pdf>.

⁶ Exposición de Motivos, apartado V.

no tiene la obligación de conocer el Derecho extranjero. El contenido y vigencia de tal Derecho deberá ser acreditado a instancia de parte y el Tribunal, no obstante, podrá intervenir. Así lo establece el 281.2º cuando dispone que “el Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”.

Este sistema se aleja de aquellos en los que el Tribunal tiene la obligación de llegar a conocer el Derecho extranjero para su aplicación de oficio⁷. Valga como ejemplo paradigmático el suizo⁸. El art. 16.1º de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 18 diciembre 1987 establece que: “*le contenu du droit étranger est établi d’office. A cet effet, la collaboration des parties peut être requise. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties*”.

En nuestro sistema la carga de la prueba recae en las partes (en colaboración con el juez) y así viene a recalcarlo el mismo art. 33 en su apartado tercero, cuando hace referencia expresa a los supuestos en los que no haya podido acreditarse *por las partes* el contenido y vigencia del Derecho extranjero.

Es habitual entender que la parte que debe acreditar el contenido del Derecho extranjero puede ser el demandante o el demandado, dependiendo de quién sea la parte interesada. No obstante, conviene tener en cuenta, que la parte actora deberá fundar su demanda en el Derecho extranjero, si a él conduce la aplicación de la norma de conflicto de que se trate. En consecuencia, debe implicarse en la prueba del Derecho extranjero, con independencia del debate que se pueda abordar respecto del Derecho material aplicable en el caso concreto y a salvo los supuestos en el que el debate se plantee respecto del mismo Derecho aplicable⁹.

⁷ Sistema que garantizaría, al menos de manera más directa, el efecto útil de las normas de conflicto v. al respecto M.C. Vaquero López, “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas julio 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2015, p. 217 “habríamos preferido que nuestro legislador hubiese optado por un modelo de aplicación de oficio del Derecho extranjero por el tribunal que conozca del asunto, una solución que, entre otras consecuencias, tendría la virtud de garantizar el efecto útil de las (cada vez más numerosas) normas de conflicto de leyes comunitarias que llevan a la aplicación de un Derecho que no es el nuestro”.

⁸ El sistema italiano por su parte establece que la determinación de la ley extranjera aplicable corresponde al Juez de oficio (art. 14 de la Ley italiana de Derecho internacional privado de 31 mayo 1995), cabe citar, también como otro ejemplo, al Derecho belga que preceptúa que el contenido del Derecho extranjero designado por la Ley es establecido por el juez (art. 15 del Código belga de Derecho internacional privado de 16 julio 2004).

⁹ v. al respecto la reciente STSJ Madrid 19 enero 2017. (41/2017) que viene a recordar la Doctrina establecida por el TS en Unificación de la Doctrina, en sentencia 4220/2001 TS 2001:4220, recurso 2507/2000, de fecha 22/05/2001 así como la doctrina de la Sala Primera del mencionado Tribunal (Sentencias de 11 mayo 1989, 21 mayo 1989, 23 marzo 1994, a las que pueden añadirse las de 25 enero 1999, 5 junio 2000 y 13 diciembre 2000).

Lo que caracteriza a este sistema mixto es la colaboración del Tribunal con las partes. Como se acaba de exponer esta colaboración está preceptuada en el art. 281.2º, sin embargo, su desarrollo en la práctica por los Tribunales puede calificarse de “nebuloso”.

Al no configurarse unas pautas nítidas de comportamiento, los Tribunales experimentan una especie de atracción a la pasividad que conduce, en no pocas ocasiones, a la no aplicación del Derecho extranjero. Sin embargo, en aras a normalizar estos procesos y habida cuenta de la trascendencia del tema y de los parámetros legales con los que contamos, conviene insistir en cuál debe ser la actitud del juez ante la acreditación del Derecho extranjero.

La Ley de Enjuiciamiento Civil y la misma lógica de nuestro sistema, marca el compromiso de los Tribunales en el tratamiento procesal del Derecho extranjero. No está describiendo una posibilidad discrecional del juzgador a su mera “apetencia”. Está definiendo su intervención que se verá facilitada por los diferentes medios a su alcance, a los que se hará referencia más adelante.

Es evidente que la actuación judicial se encuentra sometida al imperio de la Ley y que el principio de legalidad otorga un protagonismo activo a los órganos judiciales. La misma Exposición de Motivos de la Ley de Cooperación viene a señalar *a sensu contrario* que las situaciones normales son aquellas en las que las partes consiguen probar el Derecho extranjero, *sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido*. Posibilidad que se torna en obligación con trascendencia constitucional en aras a preservar el principio de tutela judicial efectiva que preconiza el art. 24 de la Constitución¹⁰ y a preservar el mismo sistema imperativo de aplicación de oficio de las normas de conflicto establecido por el ya analizado art. 12.6º Cc¹¹.

¹⁰ Sobre las posturas mantenidas por el Tribunal Constitucional en sus diferentes Sentencias V. en especial el análisis de F.F. Garau Sobrino, “La no-doctrina constitucional sobre alegación y prueba del derecho extranjero”, en J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss, y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 429–443.

¹¹ De hecho tal y como señala L. Carballo Piñeiro, “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 483–503 “La indagación de oficio del Derecho extranjero se presenta como la única solución razonable dentro del un sistema imperativo de normas de conflicto” p. 496 y en la misma línea p. 489. La consecuencia extrema sería entonces que “no es el juez quien debe colaborar con las partes, sino éstas con el juez para la determinación del Derecho aplicable” p. 490. En la misma línea v. entre otros E. Pecourt García, “Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por las normas de conflicto”, *Revista General de Derecho* 1963, pp. 783–791, y 894–904 en particular p. 896–897. P. Gutiérrez de Cabiedes, “Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el título preliminar del Código civil”, *Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. II, 1975, pp. 62–63.

No debe olvidarse, igualmente, el juego que puede llegar a tener la misma tutela judicial efectiva internacional¹² consagrada en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹³. Precepto que se corresponde con el Derecho de acceso a un Tribunal, garantizado por el art. 6, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁴ y con el art. 13 relativo al Derecho a un recurso efectivo.

La Ley de Cooperación Jurídica internacional introduce, precisamente, de manera novedosa la tutela judicial internacionalmente efectiva y lo hace en estos términos¹⁵:

Art. 3.3. En la interpretación y aplicación de la presente ley se procurará asegurar una tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares.

En definitiva, siempre que las partes aporten un principio de prueba del Derecho extranjero, surge el deber de colaboración judicial con las partes tal y como estableció la sentencia del Tribunal Constitucional 10/2000¹⁶. Bien entendido, que el caso de referencia es aquel en que no se llegó a acreditar, con total éxito, tal Derecho por las partes. Si la acreditación es satisfactoria, es de suyo, que no surge la necesidad de colaboración. En el supuesto en que las partes nos lleguen a acreditar, la facultad reconocida al juez deviene en deber¹⁷.

¹² Vid. al respecto M^a P. Diago Diago, “La tutela judicial efectiva en el marco internacional: equilibrio entre los derechos del demandante y los derechos de demandado” en AAVV *Retos para la acción exterior de la Unión Europea* (en prensa).

¹³ DO C83, de 30 marzo 2010. Art. 47. “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

¹⁴ Firmado en Roma el 4 noviembre 1950. Vid. el listado completo de firmas y ratificaciones y sus protocolos, así como la lista completa de declaraciones y reservas en <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005> (consultada el 4 mayo 2017).

¹⁵ La interpretación del art. 33 LCJIMC no escapa a esta directriz en la que se enmarca lo establecido en su apartado tercero, tal y como se verá en el epígrafe siguiente de este trabajo.

¹⁶ En este sentido J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016 p. 180 “Si las partes invocan el Derecho extranjero y aportan un principio de prueba, el juez está obligado a colaborar con las partes en la obtención de dichas pruebas, tal y como señala la Sentencia TC 10/2000. Si, a pesar de todos los intentos de aplicación del Derecho extranjero por las partes y por la iniciativa del propio juez, éste resulta imposible de probar materialmente, procederá en tal caso una aplicación residual del Derecho del foro, con el objeto de garantizar una respuesta sobre el fondo”.

¹⁷ Así lo describe J. Maseda Rodríguez “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional”, *Actualidad Civil*, n° 12, 2002, pp. 420–430 en

La total pasividad de las partes en la prueba del Derecho extranjero, a decir por el propio legislador, será una situación anormal que deberá afrontarse con los recursos legales pertinentes. Entre ellos no se encuentra la aplicación del Derecho español, posible solución que queda reservada tan sólo a supuestos excepcionales de imposibilidad de acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero. Esta cuestión es tratada en el apartado dedicado a la imposibilidad de acreditación del Derecho extranjero por la parte interesada (art. 33.2º LCJIMC).

IV. Acreditación del Derecho extranjero por las partes

El proceso judicial en el que resulte aplicable al fondo del asunto un Derecho extranjero se debe desarrollar con la misma normalidad que aquel en el que resulte aplicable el Derecho material español. Tal y como se ha expuesto, la carga de la prueba corresponde a la parte interesada con la colaboración del juez y existen diferentes medios de prueba que se pueden emplear para aquella tarea.

El art. 33 en su apartado primero, segundo y tercero, sigue la pauta proporcionada por el art. 281.2º LEC al señalar que debe probarse el contenido y vigencia del Derecho extranjero. No contiene, por consiguiente, una delimitación exhaustiva del objeto de prueba¹⁸. Una lectura aislada de este precepto podría dar a entender que el objeto de la prueba cubriría sólo estos dos extremos: el contenido de la ley extranjera actual. No es así, sin embargo, la conclusión a la que se debe llegar. Si bien es cierto, que siempre deberá acreditarse el contenido vigente del Derecho extranjero aplicable, también lo es, que cuando sea necesario deberá aportarse toda la información pertinente para que no se suscite ninguna duda acerca de la aplicación de ese Derecho. Así pues, la mera aportación de la normativa extranjera, objeto de acreditación, puede ser insuficiente para este menester¹⁹.

concreto p. 445 “La tutela judicial efectiva de la parte que introduce el Derecho extranjero en el proceso y que agota sin éxito los medios de prueba de los que dispone para su averiguación se concreta en el Derecho de esta parte a la colaboración judicial en la realización de esta tarea, con lo que se transforma la facultad reconocida al juzgador en el art. 281.2º de la LEC 2000 en un deber con transcendencia constitucional (art. 24.2º de la CE)”.

¹⁸ G. Palao Moreno señala que “...a pesar de su ambicioso propósito original, son diversas las cuestiones que este novedoso precepto deja por atender, destacando como caerían fuera de su ámbito de aplicación aspectos tan sobresalientes como: el objeto de la prueba el momento procesal oportuno para la aportación del derecho extranjero, los medios de prueba que pueden utilizarse para su aportación, la totalidad de las cuestiones relativas a la carga de la prueba del derecho extranjero, así como las consecuencias que se derivan de la falta de dicha prueba cuando existió la posibilidad de llevarlo a cabo o los supuestos de prueba parcial del derecho extranjero” “Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero” en AAVV *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia 2017 p. 390 a 400 en concreto p. 392.

¹⁹ Es más, podría conducir a una errónea aplicación del Derecho extranjero cuando fuera preciso aportar la interpretación correcta del mencionado Derecho. En este sentido A. Muñoz Aranguren, “*Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc.* (Tres apuntes sobre la prueba del Derecho extranjero, los remedios ante el

Entonces, será necesario aportar, a su vez, la demostración de su aplicación práctica en el Estado de origen de tal Derecho²⁰.

Precisamente, el art. 34 de la Ley de Cooperación, indica el contenido que podrá tener la información del Derecho extranjero. Obsérvese que se enumera un listado completo de lo que bien podría ser el objeto de prueba del Derecho extranjero.

Art. 34. *De la información jurídica.* La información del Derecho extranjero podrá referirse, al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante.

Bien entendido, que ello no significa que la prueba del Derecho aplicable deba, en todos los casos, contener todos los extremos a los que hace referencia este precepto. Es evidente, que la acreditación debe ajustarse al caso concreto y que en ocasiones, el contenido de la norma extranjera no exigirá una interpretación especial que conlleve la necesidad de aportar muchos más elementos que la normativa extranjera vigente. En estos supuestos, puede ser suficiente acreditar el Derecho a Título documental²¹. La clave para medir la intensidad con la que ha de acreditarse el Derecho extranjero la dará, como se ha señalado, el hecho de que la información aportada no genere dudas razonables a la hora de proceder a la aplicación de aquel Derecho.

La relación existente entre la prueba del Derecho extranjero y la información de ese Derecho, hubiera justificado una fusión del Título II y III de la Ley. Por razón de sistemática, hubiera sido aconsejable diseñar un único Título que abordará las dos cuestiones bajo la rúbrica “De la información y prueba del Derecho extranjero”²². A su vez, hubiera sido aconsejable cambiar el orden de la exposición, de forma que se hubiera abordado, antes, la información que la prueba. El

incumplimiento contractual y el concepto de “*efficient breach*”)” *InDret*, 2012–2, p. 14. “De no aceptarse esta tesis sobre la necesidad de acreditar también la forma de interpretar correctamente las normas extranjeras en discusión y su aplicabilidad a la cuestión controvertida, se podría aplicar erróneamente el Derecho extranjero, siguiendo, por ejemplo, una línea interpretativa que no apliquen en la actualidad los tribunales del país de origen. Por ello, en relación al Derecho extranjero deberán ser objeto de prueba los siguientes extremos: a) Contenido y existencia cierta del Derecho extranjero: el tenor literal de las normas extranjeras; b) Vigencia del Derecho extranjero: su condición de derecho positivo vigente; c) Interpretación concreta de los preceptos aplicables del Derecho extranjero, incluyendo, en su caso, la prueba del criterio jurisprudencial seguido en el estado cuya Ley es aplicable; d) Aplicabilidad del Derecho extranjero al caso concreto”.

²⁰ Así lo indica C. Esplugues Mota JL. Iglesias Buhigues y G. Palao Moreno, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Valencia 2016, p. 358

²¹ J.C Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016 p. 187 “...cuando el contenido de la norma extranjera no exige una interpretación especial, es fácil que la existencia de la normativa probada a título documental sea más que suficiente”. Respecto a la certeza absoluta acerca del contenido del Derecho extranjero *vid.* p. 176.

²² Consideración que se realiza en el informe del Consejo General del Poder Judicial de 30 septiembre

primer extremo no necesariamente ha de perseguir el segundo, aunque, bien es cierto, que puede facilitarlo²³. De hecho, como se ha tenido ocasión de exponer, ayuda a clarificar los extremos que puede contener la específica prueba del Derecho extranjero.

Por otra parte, conviene señalar el desajuste que se produce en el Título III al incorporar un precepto dedicado a las solicitudes de información del Derecho español. Me refiero al art. 36. La ubicación exacta del precepto debería haberse acompañado de un encabezamiento que describiera correctamente el contenido de los artículos incorporados en el Título III. Como es evidente, el contenido de este Título desborda “la información del Derecho extranjero” que es el rótulo elegido por el legislador para presentar el citado Título. Lo correcto hubiera sido ampliar el encabezamiento para incorporar, también, los supuestos de petición de información del Derecho español. Hubiera sido suficiente con haber optado por la siguiente cabecera: “de la información del Derecho extranjero y del Derecho español”²⁴.

En el caso en que se hubiera optado por la ya mencionada fusión de Títulos, la solución a esta perturbación podría haber venido de una aclaración incorporada en el mismo articulado. Valga como posible ejemplo la siguiente: las normas del presente Título se aplicarán también a las solicitudes de información del Derecho español²⁵.

2014 (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-cooperacion-juridica-internacional-en-materia-civil>), p. 26 y 27 “El Título II relativo a la prueba del Derecho extranjero consta de un único precepto. Podría considerarse la inclusión del mismo en el Título siguiente dedicado a la información del Derecho extranjero, puesto que se trata de una materia relacionada, modificando el Título de manera que se refiriera a la prueba e información del Derecho extranjero”.

²³ Tal y como exponen A. Rodríguez Benot y A. Ybarra Bores “Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero” en AAVV *Comentarios a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Madrid 2016, p. 277. “... desde un punto de vista sistemático hubiera sido preferible tanto simplificar los dos Títulos en uno único bajo una rúbrica común (por ejemplo, “De la información y prueba del Derecho extranjero” como abordar la información sobre el Derecho extranjero antes que su prueba (puesto que el primer extremo no necesariamente ha de perseguir el segundo, aunque sí que puede facilitarlo)”.

²⁴ M^a P. Diago Diago, “Comentario al art. 36: de las solicitudes de información del Derecho español” AAVV *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017 pp. 426–432. En concreto pp. 427 y 428.

²⁵ Esta es la técnica que se empleo en la Propuesta de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil formulada por los Profesores M. Virgos Soriano I. Heredia Cervantes F. J Garcimartín alférez y J.M. Díaz Frailé “una propuesta de ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (o cómo colmar una laguna legislativa difícil de entender y fácilmente remediable)” *Bol. Inf. M^o Just.*, junio de 2012, *vid.* art. 64 p. 35 “Las normas de este Capítulo se aplicarán también en relación con las peticiones de cooperación que tengan por objeto proporcionar elementos probatorios o informes sobre el Derecho español que puedan ser utilizados en un proceso judicial extranjero o por una autoridad extranjera en el marco de sus competencias.

Por lo que respecta al ejercicio concreto de la acreditación del Derecho extranjero, conviene tener presente el momento en el que vivimos. Lejos quedaron los tiempos en los que esta tarea resultaba ardua y casi imposible. En la sociedad de la información se cuentan con recursos muy valiosos que están fácilmente al alcance de las partes y de los Tribunales. Valga como ejemplo las páginas oficiales de la Unión Europea y de los diferentes Estados en las que existe información exhaustiva sobre los ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia de los Tribunales de cada país²⁶.

Especial consideración merece el entorno digital creado por el portal europeo de E-justicia²⁷ que puede consultar cualquier ciudadano. En el siglo XXI y en especial, respecto de los diferentes Derechos de los Estados miembros de la Europea, no parece de recibo aceptar como hipótesis general que aquellos Derechos no pueden ser probados en un proceso que se siga en España²⁸. Se trata de ordenamientos de nuestro entorno, cuya aplicación reclamará en muchas ocasiones la norma de conflicto, y cuyo conocimiento es, y debe ser accesible. A ello contribuye, como se ha mencionado, los diferentes esfuerzos de la Unión Europea en este sentido.

²⁶ A. Rodríguez Benot y A. Ybarra Bores recuerdan la importancia de todos estos recursos y señala que “Quizás se haya perdido la oportunidad de indicarlo así expresamente en el preámbulo de la LCJIMC para un uso más generalizado y práctico de estos medios en sede jurisdiccional, notarial o registral.” A. Rodríguez Benot, “Comentario al art. 33 de la prueba del Derecho extranjero ...” *loc. cit.* p. 277–278. Especialmente interesante es la reflexión que los autores realizan en apoyo a estas consideraciones en el mismo estudio pp. 297–298: “Por último, tras la entrada en vigor de la LCJIC la Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado varias interesantes Resoluciones, de 15 febrero 2016–prueba del Derecho alemán–; de 26 julio 2016–prueba del Derecho eslovaco–, sendas de 28 julio 2016–ambas sobre prueba del Derecho inglés– y de 3 agosto 2016–prueba del Derecho alemán. De las mismas son de destacar dos aspectos: en primer término, ambas inciden en el carácter subsidiario de la regulación contenida en el art. 281.2º LEC y arts. 34 a 36 de la LCJIC respecto a la especial normativa registral y notarial; y, en segundo término, reiteran la ya conocida doctrina de la Dirección General en relación a la prueba del Derecho extranjero (esto es, la analizada y recogida, entre otras, en las Resoluciones de 15 julio 2011, 2 de marzo y 12 noviembre 2012 y 20 julio 2015). Es de destacar también que en dichas Resoluciones la Dirección General considere preciso recordar expresamente tanto a notarios como a registradores la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los Derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 del Reglamento Hipotecario– y, excepcionalmente a los artículos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional–, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia.”

²⁷ https://e-justice.europa.eu/content_european_judicial_atlas_in_civil_matters-321-es.do tal y como aparece expuesto en la página web “El portal europeo está pensado para ser en el futuro una ventanilla única en el ámbito de la justicia. Lo primero que procurará es facilitar la vida del ciudadano ofreciéndole información sobre los sistemas jurídicos y mejorando el acceso a la justicia en la UE en 23 lenguas”.

²⁸ *Vid.* en el marco de la Unión Europea C.E Odriozola Mariscal “Aplicación del Derecho extranjero a la luz de la globalización: referencia al modelo europeo”, *La Ley: Unión Europea*, nº 31 (2015).

Cabe destacar también, en este ámbito, la labor encomiable que realiza la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil²⁹ (Decisión del Consejo 2001/470, 28 mayo 2001 art. 3 (2) b), sin olvidar tampoco la existencia de Convenios internacionales multilaterales y bilaterales sobre información de Derecho extranjero. Baste mencionar los dos Convenios más importantes al respecto: el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero³⁰ y el Convenio interamericano sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero³¹, amén de un buen número de Convenios bilaterales.

Atención particular merece las dos vías establecida por el Título III de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (art. 34 a 36): la posibilidad abierta de comunicaciones judiciales directas y la solicitud de información del Derecho a las autoridades extranjeras a través de la autoridad central.

Respecto de la primera posibilidad no debe olvidarse que el artículo cuarto de la norma habilita a los órganos jurisdiccionales españoles para el establecimiento de comunicaciones directas, con la condición de respetar la legislación en vigor en cada Estado. Además, el precepto ofrece una definición de lo que se debe entender por comunicación directa; será aquella que tiene lugar *entre órganos jurisdiccionales nacionales y extranjeros sin intermediación alguna*. En realidad, la Ley viene a dar cobertura a un cauce que ya se utilizaba con anterioridad.

La segunda posibilidad tiene como protagonista a la autoridad central. A ella se podrán elevar las solicitudes de información de Derecho extranjero mediante oficio, tal y como dispone el art. 35. Así pues, corresponde al Ministerio de Justicia, como autoridad central española en materia civil³², recibir las solicitudes y darles el cauce correspondiente. La autoridad central, las enviará a la autoridad competente del Estado requerido (art. 35.3º). Obsérvese que el art. 8 apartado e) de la Ley de Cooperación³³ extiende el deber de proporcionar información sobre Derecho extranjero a la autoridad central española, no obstante, no es ésta, en verdad, su función, como se acaba de exponer. Su función es la de hacer llegar las solicitudes a la autoridad competente del Estado requerido.

La información la puede solicitar los órganos judiciales (además de los notarios y registradores). No obstante, las partes dentro de la colaboración que se establece con el Tribunal en el ámbito de la prueba, se lo pueden pedir. De esta forma, se

²⁹ Considerando 14 Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010, DO L343 de 29.12.2010.

³⁰ Hecho en Londres el 7 junio 1968, en vigor en España desde el 20 febrero 1974, BOE 7.10 octubre 1974.

³¹ Hecho en Montevideo de 8 mayo 1979, ROF 13 I 1988

³² Art. 7: "La autoridad central española en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil es el Ministerio de Justicia"

³³ Art. 8 e): "Proporcionar información sobre Derecho español cuando proceda con arreglo a lo previsto en el art. 36, así como información sobre Derecho extranjero, conforme a lo dispuesto en los arts. 34 y 35".

pone al alcance de los órganos judiciales, los notarios y registradores y de manera indirecta de las partes, una vía que puede dar buenos frutos.

Ahora bien, conviene no desconocer que la efectividad de este sistema, basado en la cooperación, puede, en ocasiones, verse frustrado. Recuérdese, que al margen de normativa internacional, no existe obligación por parte de las autoridades extranjeras de proporcionar información acerca de su Derecho. El mismo Preámbulo de la ley hace una advertencia clara al respecto al señalar que no deben generarse falsas expectativas en este campo³⁴. Por lo demás, el Tribunal puede valerse de otros medios de averiguación, incluyendo su conocimiento privado del Derecho del que se trate. También son especialmente útiles los informes y dictámenes que se pueden aportar sobre Derecho extranjero y a los que el art. 33 les dedica el apartado cuarto. Serán objeto de análisis en este estudio más adelante.

V. Imposibilidad de acreditación del Derecho extranjero (art. 33.3º LCJIMC)

De todo lo expuesto y en aras a la normalización de los procesos en lo que el Derecho aplicable al supuesto es extranjero, hay que convenir (como lo hace la Exposición de Motivos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional) que lo normal es que se proceda a la prueba del Derecho extranjero y el Tribunal pueda aplicarlo para resolver el asunto, sin mayores dificultades. Lo excepcional, por tanto, será la falta de acreditación del Derecho extranjero, lo que ocurrirá cuando las partes no consigan probar tal Derecho, incluso en los supuestos en lo que el Tribunal haya cooperado en la acreditación de aquel. Estos supuestos descritos como excepcionales (conviene tenerlo en cuenta) generan un problema en el ámbito de la prueba del Derecho extranjero. Esto es así, porque hacen imposible su aplicación y cuando ello ocurre, se produce el efecto directo de incumplir el mandato del art. 12.6º Cc. El Tribunal, como se recordará, está obligado de oficio a aplicar la norma de conflicto y a resolver el fondo del asunto conforme a un determinado Derecho extranjero, sin embargo, la imposibilidad de probar tal Derecho le impide el cumplimiento de su mandato.

El plato fuerte del art. 33 es, precisamente, su apartado tercero con el que el legislador trata de resolver esta complicada cuestión que no había recibido solución legislativa hasta la aprobación de esta Ley. La intención es loable pero la consecución no lo es tanto, dado el matiz ambiguo que introduce.

³⁴ *Vid.* al respecto el Preámbulo de la ley que hace una advertencia clara en el apartado VI “En el art. 35, por ejemplo, se regulan las peticiones de información de Derecho extranjero por los órganos judiciales, y por los notarios y registradores. En este campo no deben generarse falsas expectativas, pues la regulación se aplica en defecto de norma convencional o europea y no hay garantía alguna de que las autoridades extranjeras accedan a proporcionar dicha información”.

Para poder realizar una correcta aplicación de este precepto conviene concretar, con la mayor exactitud posible, el supuesto al que se refiere. Literalmente el art. 33.3º alude únicamente a los supuestos en los que “con carácter excepcional, no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero”. Lo que significa que las partes lo han intentado, el Tribunal ha colaborado cumpliendo con su deber y aún así, ha sido imposible. Se trata, por ende, de supuestos extremos. Es común identificarlos con Derechos correspondientes a países en situación bélica, catástrofe natural, de nueva creación etc.³⁵.

Siendo esta la situación, es evidente que la imposibilidad de probar no se debe a un mal cumplimiento de la carga de la prueba por las partes. Es evidente, también, que debe darse una solución y que está no debería ser la desestimación de la demanda puesto que en tal caso, se conculcaría la tutela judicial efectiva, ya que las partes verían frustradas, por circunstancias extraordinarias, su actividad probatoria. Estos casos extremos son los únicos a los que se refiere el apartado tercero.

La ambigüedad a la que antes me refería se deriva de la solución articulada por el precepto. Pese a que la Exposición de Motivos afirma que dentro de las soluciones propuestas por la práctica judicial (a saber, la desestimación de la demanda y la aplicación de la *lex fori*³⁶) se decanta por la segunda, no es eso exactamente lo que dice el precepto que se limita a establecer que en tales supuestos extremos *podrá aplicarse el Derecho español*³⁷.

¿Significa esto que siempre habrá de aplicarse el Derecho material español? La utilización del verbo “poder” en futuro, únicamente apunta a una posible solución, lo que no descarta otras también posibles. Así pues, al Tribunal en estos supuestos se le ofrece una solución, sin que se excluya el que pueda optar por otra más adecuada, atendiendo al caso concreto.

Otra posible solución, respetuosa con la norma de conflicto, sería la de aplicar el Derecho al que remitiera la segunda o ulteriores conexiones contenidas en ella, en el caso en que se trate de una norma que contenga varios puntos de conexión.

³⁵ Un ejemplo significativo de las graves dificultades para acreditar el Derecho extranjero que pueden existir en casos excepcionales lo ofrece el supuesto conocido por el Tribunal Constitucional en Sentencia 10/2000 de 17 enero 2000 al que ya se ha hecho referencia.

³⁶ Vid. análisis jurisprudencial en F. Garau Sobrino “La no- doctrina constitucional sobre alegación y prueba del Derecho extranjero”, *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013 p. 429 a 443. Del mismo autor y en relación con la correcta interpretación del art. 281.2º LEC; *id.* “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista General de Derecho*, nºs 678–679 marzo–abril 2001, pp. 2343 a 2366.

³⁷ Solución que califica P.–P. Miralles Sangro como “alarde de nacionalismo retrogrado y restrictivo” “Proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional”, *Derecho internacional privado*, UNED, 2016, pp. 163 a 190, esp. p. 183.

La norma de conflicto podría remitir, a través de esas otras conexiones, a otro Derecho material extranjero o incluso al mismo Derecho material español. Sin duda, esta solución es la más escrupulosa con el mandato de la norma de conflicto. El hecho de que el art. 33, en este apartado, permita optar por diferentes soluciones al Tribunal es motivo de incertidumbre. Las partes, en estos, casos no sabrán exactamente por cual solución optará el Tribunal, lo que abre paso a una cierta inseguridad jurídica³⁸. Si bien, puede que más teórica que práctica, dada la tendencia constatada de los Tribunales españoles a aplicar el Derecho material español.

Capítulo aparte merecen los supuestos en los que la norma de conflicto que determina el Derecho aplicable, proceda del Derecho internacional privado de la Unión Europea. Obsérvese que el tratamiento procesal del Derecho extranjero es diferente en los distintos Estados miembros. Las soluciones que se alcanzarán serán, por consiguiente, diferentes. Valga como ejemplo de ello, frente a nuestra solución ambigua, el Derecho belga que establece que cuando sea manifiestamente imposible establecer el contenido del Derecho extranjero en tiempo útil, se aplicará el Derecho belga. Por su parte el Derecho Italiano dispone que en estos supuestos, el juez determinará la ley aplicable mediante los otros criterios de relación previstos eventualmente para la misma hipótesis normativa. En su defecto, se aplica la ley italiana³⁹.

Es evidente, por tanto, que en situaciones iguales la respuesta judicial dependerá del cual sea el tratamiento que se da a esta cuestión procesal por parte del Derecho que rige el proceso. Esto es, según qué Tribunal sea competente, y conozca del caso, se adoptará una solución u otra en los supuestos en los que sea imposible la acreditación del Derecho extranjero. Esta situación viene a romper la armonización que destila la normativa europea. Lo mismo cabría decir en los supuestos en que la norma de conflicto proceda de normativa convencional. La unificación pretendida encontraría este escollo⁴⁰.

³⁸ Así lo señala A. Rodríguez y A. Ybarra Boreas “Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero ...”, *loc. cit.*, p. 293 “Ello, lógicamente, genera inseguridad jurídica para las partes, quienes van a desconocer *a priori* la solución efectiva que finalmente podrá seguir el juez ante la imposibilidad material y real de acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero”. Esta autor se muestra crítico con el apartado tercero del precepto e indica que el “art. 33.3º puede ser considerado como una norma carente de sentido desde un punto de vista práctico, y máxime si tenemos en cuenta que son mucho más numerosos los supuestos en los que la inaplicación del Derecho extranjero viene dada por una actitud pasiva o poco diligente de las partes, supuestos que, como hemos indicado, siguen sin tener una regulación en nuestro sistema tras el art. 33 LCJIMC (ello, lógicamente, salvo que en un futuro la jurisprudencia incluyese también estos supuestos dentro de los casos “excepcionales”)” nota 139. *Vid.* análisis crítico general en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, 2016 reproducido en A.L. Calvo Caravaca, “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *REDI*, 2016.2, pp. 133–156.

³⁹ Art. 15 y 14 respectivamente v. nota anterior.

⁴⁰ Ante esta situación P. Orejudo Prieto de los Mozos, propone la introducción de una norma específica

A falta de una regulación expresa, al respecto, en la normativa de la Unión Europea o en su caso convencional, sería quizás más acertado buscar la norma aplicable conforme al siguiente o siguientes puntos de conexión si los hubiese. Esta solución, como ya se ha indicado, es la más respetuosa con el mandato de la norma de conflicto y por ende, con la normativa en la que se enmarca y con la finalidad de la misma en el plano institucional.

Dejando al margen esta concreta cuestión y sea como fuere, dos conclusiones deben quedar claras a la hora de aplicar correctamente el apartado tercero del art. 33. La primera, es que únicamente se refiere a supuestos excepcionales de imposibilidad cierta de prueba del Derecho extranjero. La segunda, es que el Tribunal podrá aplicar el Derecho material español o podrá optar por otra solución que considere más idónea, como la que se acaba de exponer. *A sensu contrario*, en los supuestos no excepcionales no cabrá, en principio, la aplicación del Derecho español, solución que como se ha visto se reserva sólo a casos extremos de imposibilidad real de acreditación del Derecho extranjero.

VI. Actuación fraudulenta o de mala fe de las partes

Aún cuando, como se acaba de ver, el art. 33 supone un paso adelante en la concreción del régimen procesal de la prueba del Derecho extranjero, sigue sin existir un sistema estructurado que dé respuesta integrada a la casuística que la practica forense plantea. La pregunta qué sigue en el aire y que no recibe respuesta directa en este precepto es ¿qué ocurrirá en el resto de supuestos en los que las partes no hayan probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero y en los que no concorra ese carácter excepcional? Si bien, según indica la Ley, y conviene insistir en ello, no son los casos normales, es más, no deberían ser los casos normales (habida cuenta de los medios y recursos que existen para acreditar el Derecho extranjero), sí son casos que se plantean en la práctica.

Esta cuestión debe ser enfocada desde el prisma de procedimiento a seguir ante esta situación. Esto es, ante una actitud de total pasividad de las partes ¿cómo se debe proceder?

La inadmisión de la demanda hubiera, quizás, podido ser una solución razonable. No obstante, el art. 403 LEC no lo prevé, con lo que esta posibilidad no está abierta, al no contar con el correspondiente anclaje normativo.

“Aunque no quepa otra interpretación de las normas institucionales, de manera que, en puridad, no sea preciso advertir expresamente acerca de la referida imperatividad, ni de la obligación de aplicación de la ley extranjera *ex officio*, quizás convenga introducir una norma específica en los instrumentos institucionales, para despejar cualquier duda al efecto” “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del derecho extranjero en los Reglamentos...”, *loc. cit.*, p. 15.

Por su parte, la aplicación del Derecho material español conllevaría un flagrante incumplimiento del mandato del art. 12.6° Cc totalmente injustificado. Ello es así, porque la parte interesada no ha cumplido con la carga de la prueba, no concurriendo circunstancias extraordinarias que permitieran activar la solución del art. 33, tal y como se ha expuesto, y que en ningún modo debe jugar como regla general⁴¹, por tentador que ello resulte.

Desde esta perspectiva se viene a cerrar el capítulo abierto en la Historia del Derecho Procesal Internacional por la legislación previa a la Ley de Enjuiciamiento Civil y la práctica jurisprudencial. El derogado art. 12.6° II Cc y la jurisprudencia asentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y la misma jurisprudencia constitucional⁴² condujeron a aplicar sistemáticamente el Derecho material español. Se produjo así, una gran perturbación en todo el sistema de solución de conflictos de leyes, al convertirlo, en la práctica, en un sistema facultativo⁴³. El art. 33 apartado tercero reconduce las aguas a su cauce y lo hace, como no debía de ser de otra manera, consagrando el carácter imperativo de las normas de conflicto y reservando su excepción a supuestos excepcionales⁴⁴.

Pues bien, no siendo procedente inadmitir la demanda ni pasar directamente a la aplicación del Derecho material español ¿Qué es lo que debe hacer el juez?

Ante esta situación el Tribunal, conforme a lo señalado en el art. 231 LEC, requerirá a las partes para que aporten prueba suficiente y subsanen el defecto en

⁴¹ Tal y como señalan J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 179 y 180 “La aplicación del Derecho español en caso de falta de acreditación del Derecho extranjero es, en todo caso, una solución residual y excepcional como establece el art. 33.3° LCJIMC. La regla deber ser, pues, la acreditación y aplicación del Derecho extranjero indicado en la norma de conflicto”

⁴² Especialmente significativas la ya mencionada STC 10/2000 y SSTs 30 abril 2008, 27 diciembre 2006 o 4 julio 2007.

⁴³ F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, Madrid, 3ª ed., 2016, p. 240. “En la práctica, esto suponía cierto sacrificio de la aplicación *ex officio* de la norma de conflicto y el funcionamiento del sistema conflictual español como un sistema facultativo: por eso, no resulta exagerado decir que en nuestro DIPr la ley aplicable a cualquier litigio internacional era la española salvo que (a) existiese una norma de conflicto que designará como aplicable una ley extranjera y (b) la parte interesada probase el contenido de dicha ley”.

⁴⁴ Atrás quedaron, también, los análisis doctrinales que abogaban por la aplicación subsidiaria de la ley española como solución general *vid.* entre otros ejemplos V. Cuartero Rubio, “Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 14, 2000, pp. 21–71, que señalaba que “es la propuesta que mejor cumple lo que se espera de una solución de reemplazo” en concreto p. 59 y 60 o I. Heredia Cervantes y E. Rodríguez Pineau, “Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 28, 2013–II, pp. 91–106 que señalaban que “En nuestro caso somos partidarios además de apostar por la solución tradicionalmente seguida por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: esto es, la aplicación subsidiaria de la ley española, único modo de garantizar los intereses procesales de todas las partes dentro del respeto a la cláusula de tutela judicial efectiva”, p. 105.

el que están incurriendo⁴⁵. A. Rodríguez Benot describe las vías procesales que la normativa española pone a disposición del juez

“Así, en la audiencia previa en el procedimiento ordinario, si considera que las pruebas propuestas pueden ser insuficientes, el juez tiene la facultad de advertirlo y señalar a las partes la prueba o pruebas que considere más apropiadas (art. 429.1.III); o en el trámite de diligencias finales puede el juez adoptar, mediante auto, la práctica de determinadas actuaciones probatorias que pueden afectar a la acreditación del Derecho extranjero (art. 435); en el juicio verbal el juez tiene la facultad de indicar a las partes la práctica de determinadas pruebas también ex art. 429.1^o”⁴⁶.

Al respecto conviene, no obstante, indicar por lo que se refiere a las diligencias finales que el margen de actuación del juez no es el mismo en el proceso civil que en el laboral. En el primero las mencionadas diligencias sólo se podrán practicar a instancia de parte (art. 435 LEC mencionado), mientras que el Tribunal social tiene más facultades (art. 88 de la ley reguladora de la jurisdicción social) y podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias.

El Tribunal, asimismo, colaborará con las partes, cuando estas hayan presentado un principio de prueba. De esta manera, el juez cumplirá el mandato del art. 12.6º Cc y también, satisfará su deber de colaboración con las partes, cuando éstas necesiten tal colaboración. Ya se ha visto en qué términos puede desarrollarse la correspondiente cooperación.

Ahora bien, si finalmente las partes continúan su pasividad y no cumplen con la carga de la prueba pudiendo hacerlo, pese al requerimiento efectuado por el Tribunal, entonces puede afirmarse que su actuación es fraudulenta o de mala fe⁴⁷. Obsérvese que esto es así, porque no existe ninguna circunstancia excepcional que les impida acreditar el Derecho extranjero. De existir, deberían haberla puesto en conocimiento del Tribunal.

En este punto, conviene retener que una situación parecida tiene (o debería tener) tintes excepcionales. Lo normal es que recibido el requerimiento del Tribunal,

⁴⁵ Nótese que el juez podrá en la audiencia previa al juicio ordinario utilizar las facultades que le otorga el art. 416.5, 424 y 429 de la LEC amen de su extensión al juicio verbal v. al respecto J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 180.

⁴⁶ A. Rodríguez Benot y A. Ybarra Bore, “Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero...”, loc. cit., p. 215.

⁴⁷ Así lo describe F.A. Domènech, “Soluciones a la prueba del Derecho extranjero”. *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2011 nº 1–2, pp. 75–95 “*Actuación fraudulenta de las partes*. Alguna de las partes del proceso puede verse tentada de adoptar actitudes fraudulentas o de mala fe, sancionadas por los arts. 11 LOPJ y 247 LEC, que se concretarían en el hecho de que la parte interesada, consciente de que la aplicación de la norma extranjera pudiese resultar contraria, o cuanto menos poco favorable a sus intereses, adoptase una postura de pasividad, encaminada a evitar su alegación, previendo, ante el posible desconocimiento por parte del órgano judicial del derecho extranjero, la resolución del procedimiento con la aplicación de la legislación española, que podría resultar más beneficiosa para sus intereses”, pp. 91 y 92.

las partes actúen en consecuencia. La explicación a ese comportamiento “anormal” se puede encontrar en el hecho de que la parte sobre la que recae la carga de la prueba es consciente de que la aplicación del Derecho extranjero puede ser poco favorable a sus intereses, por ello, adopta una actitud pasiva o poco diligente. El objetivo no sería otro que forzar la coyuntura, para que el Tribunal terminara aplicando el Derecho material español, que pudiera ser más favorable a sus intereses⁴⁸. Se trata, por tanto, de una actuación fraudulenta que en ningún caso puede condicionar el resultado final del proceso.

Llegado a este punto, deberá examinarse el caso concreto para adoptar la solución más conveniente. Téngase en cuenta que la aplicación de oficio del Derecho extranjero quizás pudiera operarse en determinados supuestos. El art. 10 de la Ley de Jurisdicción voluntaria⁴⁹ dibuja un marco en el que cabe esta posibilidad, al disponer lo siguiente:

Art. 10. “Ley aplicable a los expedientes de jurisdicción voluntaria en los casos internacionales. Los órganos judiciales españoles aplicarán a los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria respecto de los cuales resultaren competentes, la ley determinada por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”.

Obsérvese que el mandato no se refiere a la mera aplicación de la norma de conflicto, sino a la ley determinada por la norma de conflicto de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea o española. Así pues, recae en el órgano judicial la obligación de aplicar el Derecho extranjero cuando así lo determine la norma de conflicto de referencia. No parece coherente con este mandato su incumplimiento, fundado en la mala fe de las partes en la actividad de acreditación del Derecho extranjero⁵⁰, máxime cuando el juez debe estar implicado en la acreditación de aquel Derecho.

Por lo que se refiere a los procesos especiales y en aras al interés público que en ellos concurre, puede ser posible que la prueba del Derecho extranjero se incorpore de oficio por el mismo juez. Tal y como ha señalado el Profesor GARAU SOBRINO los procesos especiales a los que se refiere el Título I del Libro IV de la LEC. “se benefician de la excepción, contenida en el inciso final del art. 282, a

⁴⁸ Vid. la descripción de esta conducta estratégica en la STS Sala de los Civil de 22 mayo 2001 a la que se ha hecho referencia más adelante.

⁴⁹ Ley 15/2015 de 2 julio la jurisdicción voluntaria.

⁵⁰ Además de este supuesto J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, op. cit., hacen referencia a dos más; los casos es que la aplicación del Derecho extranjero viniese designada por una norma de conflicto materialmente orientada o si se establece la aplicación de normas de intervención extranjera y los supuestos en los que la remisión al Derecho extranjero procede de una norma de conflicto de origen convencional (supuestos a los que ya se ha hecho referencia en este trabajo en el apartado anterior), pp. 182 y 183.

la regla general del art. 281 *ab initio* sobre la carga de la prueba del Derecho extranjero. De acuerdo con dicho precepto, las pruebas se practicarán a instancia de parte, pero “el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, *cuando así lo establezca la ley*. “La consecuencia no es otra que el cambio del régimen de prueba del Derecho extranjero para este tipo de procesos. Así, en palabras de este autor “el art. 752 LEC determina que, con independencia de las pruebas practicadas a instancia de las partes y del Ministerio Fiscal, “el tribunal podrá decretar de oficio cuantas [pruebas] estime pertinentes” (art. 752.1º, p. 2º)”⁵¹.

En los casos en que haya que utilizar mecanismos de acreditación del Derecho extranjero que supongan un coste económico, se puede proceder de manera similar a como se procede en la prueba pericial de designación judicial. El coste podrán anticiparlo las partes y posteriormente, reintegrarse del mismo mediante la condena en costas⁵².

Una vez analizadas las posibilidades de actuación que se abren al Tribunal competente para conocer del asunto, corresponde analizar la última vía de actuación que sería la posible desestimación de la demanda. Visto el margen de actuación del juez, y las posibilidades que existen para reconducir el proceso, esta vía debería tomarse en última instancia y siempre que se fundamentase suficientemente el recurso a ella. Obsérvese que lo dispuesto en el art. 400 LEC parece impedir la interposición de una nueva demanda, en cuyo caso, quizás dependiendo del caso concreto, se pudiera ver afectado el mismo principio general de la tutela judicial efectiva. Para evitar esta grave consecuencia debería de aceptarse que la desestimación no impidiera la presentación de una nueva demanda⁵³. Sin embargo, parece difícil evitar la cosa juzgada negativa y admitir una nueva demanda sobre la misma materia, puesto que la primera no se desestimó por acoger una excepción

⁵¹ F. Garau Sobrino “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares nº 549/2002 (Sección 5ª), de 9 octubre 2002 pp. 395–399 Recurso de Apelación nº 644/2002. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaume Massanet Moragues” *REDI*, pp. 395–399, esp. p. 399. *Vid.* igualmente esta fundamentación en “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista General de Derecho*, nº 678–679 marzo–abril 2001 p. 2343 a 2366 nºs 7 y 20.

⁵² Así lo formula J. Picó i Junoy “Causas de la falta de aplicación judicial del Derecho extranjero...”, *loc. cit.*, p. 72. En nuestra doctrina S. Álvarez González ha defendido la implicación directa del juez en la acreditación del Derecho extranjero, asumiendo el coste las partes *vid.* “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional...”, *loc. cit.* pp. 205–223; *id.*, “Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales...”, *loc. cit.*, pp. 2004–2007.

⁵³ A pesar de lo que dispone el art. 400. *Vid.* en este sentido F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado... op. cit.*, p. 240. Este autor plantea el problema de la demostración de que no se ha podido acreditar el contenido de la ley extranjera y considera que constituye casi una prueba diabólica o de hechos negativos.

sino por los motivos analizados que ponen de manifiesto una estrategia procesal fraudulenta inaceptable.

VII. Valor probatorio de las pruebas practicadas (art. 33.2º y 4º LCJIMC)

La Ley de Enjuiciamiento Civil no determina los medios de prueba idóneos para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Este extremo tampoco es aclarado por el art. 33 por lo que deberá seleccionarse entre los medios de prueba establecidos en el art. 299.1º LEC aquellos que sean idóneos para este menester. La práctica revela que los medios utilizados, habitualmente, son la prueba documental y la pericial⁵⁴. Los dictámenes sobre Derecho extranjero están especialmente adaptados a esta tarea. El art. 33 les dedica el apartado último, dando así, cuenta de su relevancia en el terreno de la acreditación del Derecho extranjero.

Hasta la aprobación de la nueva Ley de Cooperación jurídica internacional, no se había determinado, a nivel legislativo, cuál era el valor probatorio de las pruebas practicadas, pues bien, el art. 33 en sus apartados segundo y cuarto viene a dar respuesta a esta cuestión. Como ya estaba ocurriendo en la práctica procesal, el valor probatorio se deja a la libre apreciación del Tribunal cristalizada en la “sana crítica”.

El 33.2º dispone de manera genérica que “*los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica*”. Se debe entender, por consiguiente, que la citada libertad de apreciación del Tribunal estará asentada en las ya referidas reglas.

Este concepto, de la sana crítica, aparece en la Ley de Cooperación jurídica internacional tan sólo en este apartado, si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil lo recoge de manera profusa en más de diez ocasiones. Se trata de un concepto indeterminado que trata de apartarse de la total discrecionalidad para llegar a un punto intermedio entre la libre convicción del Tribunal y la prueba legal⁵⁵. A decir de Montero Aroca las reglas de la sana crítica son máximas de la experiencia judicial, que integran la experiencia de la vida del juez y que este debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba⁵⁶.

⁵⁴ Dictamen pericial art. 335, Documentos públicos art. 317, Documentos privados, art. 324.

⁵⁵ A. Rodríguez Benot al respecto que “Se persigue con ello recalcar la relevancia del papel del juzgador en este campo y del necesario equilibrio en la toma en consideración de los múltiples factores que inciden en la prueba de un Derecho extraño” “La Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 234 a 259, esp. p. 247.

⁵⁶ J. Montero Aroca, “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 2000 p. 61.

El necesario desarrollo judicial y el margen amplio que confiere este principio al juez, fue objeto de crítica en el Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de Ley elaborado por el Gobierno⁵⁷. En el informe se pone de manifiesto la necesidad de concretar criterios que permitan al órgano judicial actuar con bases prefijadas. De ésta manera, se evitaría el que cada órgano judicial pueda exigir diferentes condiciones de prueba del Derecho extranjero. Se alude a la inseguridad jurídica que esto genera⁵⁸.

Una mirada a la práctica jurisprudencial es especialmente interesante, en este punto, para poder comprobar cómo se aplica éste criterio. Hasta la fecha de elaboración de este estudio sólo una Sentencia aplica el novedoso art. 33 de la Ley de Cooperación Jurídica internacional. Se trata de la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 29 diciembre 2016⁵⁹. En ella se aborda la cuestión relativa a la prueba del Derecho marroquí.

La prueba sobre el Derecho extranjero, practicada en autos, consistió en la documental aportada por la parte demandada, más documental aportada con posterioridad a dicho acto. Junto a la contestación de la demanda se acompañaron: el texto traducido al español del *Dahir*, copia, traducida al español, de la Sentencia de fecha 28/5/2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de *Ibn Soulaïmane*, del Tribunal de Apelación de Casablanca, relativa a un caso similar al que fue el objeto de litigio y copia del oficio de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia. En la audiencia previa, la parte demandada, aportó un informe/dictamen de un abogado marroquí⁶⁰.

Debe llamarse la atención sobre la aceptación de la solicitud de la parte demandada de que se dirigiera oficio al Ministerio de Justicia, a fin de que por el órgano correspondiente, se informara sobre la legislación aplicable en el Reino de Marruecos en la materia objeto de disputa. Obsérvese como la vía abierta por el art. 35 ya tiene su plasmación en la práctica en los Tribunales. Estos colaboran con las partes en la acreditación del Derecho extranjero, sin mayores problemas. Se camina, de esta manera, a una normalización del proceso a la que contribuye lo dispuesto (y ya analizado) en la Ley de Cooperación Jurídica internacional.

⁵⁷ 20 septiembre 2014, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/25_09_2014_Informe_CF_Cooperacion_jur%C3%ADdica_Internacional_materia_civil?id-File=ce5bb0d3-8f5c-4a1c-8cda-28d6cea4ccde.

⁵⁸ En concreto en informe señala que “La actual práctica forense indica la necesidad de concretar algún criterio que permita a las partes actuar con cierta seguridad y al órgano judicial actuar con unas bases prefijadas que no sometan esta cuestión como hasta ahora a un sistema tan flexible e inconcreto que permite a cada órgano judicial exigir diferentes condiciones de prueba de ese derecho, incluso aunque provenga de organismos oficiales de ese Estado”. Vid. ref. nota anterior p. 13.

⁵⁹ N° 70/2016 N° de Recurso: 63/2016.

⁶⁰ Vid. FJ 3°.

La Sentencia recuerda el juego de la sana crítica a la hora de tener por acreditado el Derecho extranjero. En el FJ 3º señala que “estas reglas no están codificadas, y han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana, pudiendo impugnarse la valoración de estas pruebas si es contraria en sus conclusiones a la racionalidad o conculca las más elementales directrices de la lógica⁶¹”

A su vez, incide en la forma en que deben tenerse en cuenta los distintos medios de prueba, de manera que “no se valoran de forma inconexa con los demás, sino en conjunto poniendo en relación unos con otros”. La Sentencia da ejemplo práctico de la aplicación de este criterio. En el caso concreto, la respuesta de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional al oficio remitido por el Juzgado al Ministerio de Justicia que, como ya se ha señalado, tenía por objeto solicitar información sobre el Derecho marroquí, se recibió de forma extemporánea. Ello no fue óbice para concederle valor probatorio. La respuesta de la Subdirección fue valorada en su conjunto con relación a las demás pruebas practicadas⁶².

El art. 33, como ya se ha tenido ocasión de indicar, cuenta con un último apartado dedicado a los informes o dictámenes nacionales o internacionales sobre Derecho extranjero. Estos medios de prueba se utilizan habitualmente en la práctica procesal y suelen gozar de buena acogida. Valga como ejemplo el dictamen que yo misma elaboré sobre el régimen económico matrimonial en Derecho marroquí y que fue admitido en Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 diciembre 2005. Era una de las primeras ocasiones en las que se aceptaba este medio de prueba.

Pues bien, el mencionado apartado cuarto del art. 33 se ocupa de esta cuestión. En coherencia con la pauta ya expuesta en el apartado dos, dispone que ningún informe o dictamen *tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles*, lo cual, por lo demás, ya venía siendo así. La misma normativa lo señalaba específicamente respecto de los procesos especiales⁶³.

Por último, cabe hacer una postrera consideración acerca de la sistemática interna que el legislador ha seguido en este precepto. Nótese que el orden lógico de contenidos del art. 33 se rompe con el salto al apartado cuarto de esta cuestión. En

⁶¹ Se hace referencia a la STS 11 abril 1998, y las numerosas que a su vez cita).

⁶² En concreto la Sentencia señala que “Partiendo de estas dos premisas, el mero hecho de que la parte actora haya impugnado la documental aportada con la contestación a la demanda y que la respuesta dada por la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional al oficio remitido por el Juzgado al Ministerio de Justicia solicitando información sobre la legislación marroquí se recibiera de forma extemporánea, no puede significar que tales documentos carezcan en absoluto de valor probatorio, sino que deben ser valorados en su conjunto con relación a las demás pruebas practicadas”.

⁶³ Vid. al respecto art. 752.2 LEC y art. 316 de la misma Ley.

buen orden y lógica, el apartado cuarto debería haber seguido inmediatamente lo dispuesto en el apartado dos.

VIII. Consideraciones finales

En el presente estudio se ha analizado el impacto que la Ley de Cooperación Jurídica internacional produce en el tratamiento procesal de la acreditación del Derecho extranjero. Con ser, significativo, no lo ha sido tanto como para contribuir a la creación de un sistema estructurado general de aplicación del Derecho extranjero. Nuestro sistema sigue siendo de “corte casuístico” si bien, existen elementos de integración del método de acreditación del Derecho extranjero. Estos elementos y su plasmación en la práctica, deben ocupar la primera línea de aproximación a este importante tema por parte de todos los operadores jurídicos.

Ya es hora de que se normalicen los procesos en los que el Derecho aplicable al supuesto de fondo es un Derecho extranjero. En estos casos, lo normal es que se proceda a la acreditación del Derecho extranjero, sin especiales incidencias. Así, el Tribunal cumplirá el mandato de la norma de conflicto, tal y como corresponde a un sistema de solución de conflictos de leyes imperativo (art. 12.6 CC).

Nuestro sistema mixto dispone que la carga de la prueba corresponde a la parte interesada con la colaboración del Tribunal. Pues bien, la parte aportará principio de prueba y cuando sea suficiente el juez aplicará el Derecho extranjero. Ahora bien, cuando los medios que tiene a su alcance no lleguen a ser suficientes para acreditar satisfactoriamente el Derecho extranjero, el juez estará obligado a colaborar con las partes. En estos casos, la facultad reconocida al juez por el art. 281.2 LEC, deviene en un deber.

El siglo XXI es el siglo de la información. En una sociedad interconectada y en un entorno digital, la acreditación del Derecho extranjero ha dejado de ser una tarea ardua y casi imposible (salvo casos particulares). Como se ha visto, son muchos los medios al alcance de las partes y del Tribunal para lograr el objetivo, páginas oficiales de los Estados y de la Unión Europea, Convenios multilaterales y bilaterales, informes periciales etc.

Mención especial, requiere las vías establecidas por el Título III de la Ley de Cooperación jurídica internacional: comunicaciones judiciales directas y la solicitud de información del Derecho a las autoridades extranjeras a través de la autoridad central. La primera vía ya se utilizaba. La segunda, ha sido ya introducida en la práctica jurisprudencial.

Por su parte, el art. 34 de la Ley de Cooperación relativo a la información jurídica, ofrece una muestra del contenido que podría ser objeto de acreditación del

Derecho extranjero. Bien entendido, que la intensidad con la que se debe operar tal acreditación, dependerá del caso concreto.

La realidad de los Tribunales demuestra que en muchas ocasiones la correspondiente norma de conflicto conducirá a la aplicación de los Derechos de los diferentes países de la Unión Europea. Este contexto, es especialmente sensible a la acreditación, en cuanto que son ordenamientos de nuestro entorno que son y deben ser accesibles.

Ahora bien, puede ocurrir que pese a la labor de las partes con la correspondiente colaboración del Tribunal, no se haya podido acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Estos supuestos, como es evidente, serán extremos y son a los que da respuesta el apartado tercero del art. 33.

La solución acogida en el precepto introduce un matiz ambiguo. En estos casos extremos el Tribunal podrá aplicar el Derecho español, pero también, podrá optar por otra solución más adecuada. La incertidumbre que genera el que el juez pueda recurrir a otras soluciones (como la de aplicar el Derecho al que conduzca la siguiente conexión de la norma, si la hubiese) cristaliza en inseguridad para las partes. Si bien, la trayectoria de nuestros Tribunales, siempre receptivos a aplicar el Derecho español, hace que tal inseguridad sea más teórica que real.

Aceptado que lo normal es que se acredite el Derecho extranjero y que en supuestos extremos justificados, la norma aporta solución, debe enfocarse otra situación que no recibe una contestación específica de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Me refiero a los supuestos de pasividad de las partes en la acreditación del Derecho extranjero, sin que concurran las circunstancias excepcionales del supuesto descrito en el art. 33.3º.

Es cierto que la coyuntura de la aprobación de la nueva Ley, era óptima para haber incorporado una solución concreta a este problema. Se ha dejado pasar esta oportunidad, pero ello no debe impedir el avance en la integración del sistema a partir de los diferentes elementos que la misma normativa proporciona y que deben orientar el protocolo a seguir por los Tribunales.

El Tribunal, a través de los cauces articulados en la Ley de Enjuiciamiento civil y en la Ley reguladora de la jurisdicción social, a los que se ha hecho referencia, requerirá a las partes para que aporten prueba suficiente y subsanen el defecto en el que han incurrido. En los supuestos en que sea necesario se desarrollará la colaboración entre las partes y el Tribunal. Finalmente, este aplicará el Derecho extranjero, cumpliendo así, el mandato del art. 12.6º Cc.

Si pese a la actuación del Tribunal y los requerimientos correspondientes, las partes continúan con su pasividad, debe convenirse que tal comportamiento es “anormal”. En efecto, puede afirmarse, en los términos que se han expuesto en este trabajo, que su actuación es fraudulenta o de mala fe. Llegado a este punto,

habrá que examinar el caso concreto para adoptar la mejor solución. A este respecto, conviene recordar los supuestos en los que la misma normativa (como ocurre respecto de los procesos especiales) permite la aplicación de oficio del Derecho extranjero.

El margen de actuación del juez en estos casos “anormales” que, como tales deben ser residuales, es lo suficientemente amplio como para reconducir el proceso. Sólo cuando esto no fuera posible, podría recurrirse a la vía de la desestimación de la demanda, a condición de que estuviera suficientemente fundamentada. Al respecto, conviene tener presente que para que no se viese alterado el principio general de la tutela judicial efectiva, debería aceptarse la presentación de una nueva demanda; si bien, parece difícil evitar la cosa juzgada negativa y admitir una nueva demanda sobre la misma materia, puesto que la primera no se desestimó por acoger una excepción. Ello debería producir un mayor efecto disuasorio para las partes que trazan una estrategia procesal fraudulenta inaceptable en el contexto procesal internacional actual.

Bibliografía

- Álvarez González, S.: “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, 2002, nº 1, pp. 205–223.
- Álvarez González, S.: “Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa”, *Diario La Ley*, nº 6287, 4 jul. 2005 pp. 2004 a 2007.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, 2016.
- Calvo Caravaca, A.L.: “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas” *REDI*, 2016.2, pp. 133–156.
- Carballo Piñero, L.: “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 483–503.
- Cuartero Rubio, V.: “Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 14, 2000, pp. 21–71.
- Diago Diago, Mª P.: “Comentario al art. 36: de las solicitudes de información del Derecho español” *AAVV Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, pp. 426–432.
- Diago Diago, Mª P.: “La tutela judicial efectiva en el marco internacional: equilibrio entre los derechos del demandante y los derechos de demandado”, *Retos para la acción exterior de la Unión Europea* (en prensa).
- Domènech, F.A.: “Soluciones a la prueba del Derecho extranjero” *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2011, nº 1–2, pp. 75–95.
- Esplugues Mota, C., Iglesias Buhigues, J.L. y Palao Moreno, G.: *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Valencia, 2016.

- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- Fernández Rozas, J.C.: “Artículo 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (eds.), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995. pp. 973–1082.
- Garau Sobrino, F.: “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. *Revista General de Derecho* nº 678–679, marzo–abril 2001 pp. 2343 a 2366.
- Garau Sobrino, F.F.: “La no–doctrina constitucional sobre alegación y prueba del derecho extranjero”, en J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss, y R. Viñas Farré, (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 429–443.
- Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho internacional privado*, Madrid, 3ª ed., 2016.
- Gutiérrez de Cabiedes, P.: “Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el título preliminar del Código civil”, *Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. II, 1975.
- Heredia Cervantes, I. y Rodríguez Pineau, E.: “Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 28, 2013–II, pp. 91–106.
- Maseda Rodríguez, J.: “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia constitucional”, *Actualidad Civil*, nº 12, 2002, pp. 420–430.
- Montero Aroca, J.: “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 7, 2000.
- Muñoz Aranguren, A.: “*Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc.* (Tres apuntes sobre la prueba del Derecho extranjero, los remedios ante el incumplimiento contractual y el concepto de “*efficient breach*””, *InDret*, 2012–2.
- Odrizola Mariscal, C.E.: “Aplicación del Derecho extranjero a la luz de la globalización: referencia al modelo europeo”, *La Ley Unión Europea*, nº 31 (2015).
- Orejudo Prieto de los Mozos, P.: “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los Reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, *La Ley*, 2011, disponible en <http://eprints.ucm.es/26673/1/Eprints%2023274.pdf>.
- Palao Moreno, G.: “Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero”, *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, pp. 390 a 400.
- Palao Moreno, G.: “La falta de alegación y prueba del Derecho extranjero en el orden social”, *Revista del Poder Judicial*, 2006, nº 84, pp. 189–212.
- Pecourt García, E.: “Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por las normas de conflicto”, *Revista General de Derecho* 1963, pp. 783–791.
- Picó I Junoy, J.: “Causas de la falta de aplicación judicial del Derecho extranjero”, *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2011, pp. 67–73.
- Rodríguez Benot, A.: “La Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 234–259.
- Rodríguez Benot, A. e Ybarra Bores, A.: “Comentario al art. 33: de la prueba del Derecho extranjero”, *Comentarios a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Madrid 2016.
- Vaquero López, M.C.: “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas julio 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2015.

Virgos Soriano, M., Heredia Cervantes, I., Garcimartín Alférez, F.J. y Díaz Fraile, J.M.: “Una propuesta de ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (o cómo colmar una laguna legislativa difícil de entender y fácilmente remediable)”, *Bol. Inf. Mº Just.*, junio de 2012.

Recepción: 12 mayo 2017

Aceptación: 2 junio 2017

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS NOTIFICACIONES EN LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

Nuria MARCHAL ESCALONA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Sobre la notificación y el traslado de documentos en la Ley 29/2015. 1. Introducción. 2. Ámbito y requisitos de aplicación. III. De las vías de notificación y traslado de documentos. 1. Introducción. 2. De las vías de notificación de documentos judiciales. 3. De las vías de notificación de documentos extrajudiciales. IV. De la tramitación y de la ejecución de la notificación transfronteriza. 1. Del proceso de la notificación transfronteriza: A) Dimensión *ad extra*; B) Dimensión *ad intra*. 2. Sobre los motivos de denegación del traslado y de la ejecución de la notificación. V. De los requisitos formales de la notificación transfronteriza. 1. Introducción. 2. De la solicitud de notificación. 3. Del idioma del documento a notificar: A) Introducción; B) Del idioma en los supuestos *ad extra*; C) Del idioma en los supuestos *ad intra*. VI. Garantías procesales de defensa. 1. Introducción. 2. La fecha de la notificación transfronteriza. 3. Sobre la incomparecencia del demandado. VII. Conclusiones.

RESUMEN: En este trabajo se analiza el nuevo régimen legal de las notificaciones introducido por la nueva Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Se trata de una Ley que ha supuesto la modernización del sistema estatal y su alineación con las soluciones europeas e internacionales. El fin es evaluar cómo y hasta qué punto la Ley 29/2015 se adecúa al objetivo de facilitar la notificación transfronteriza.

PALABRAS CLAVE: COOPERACIÓN INTERNACIONAL — *AD EXTRA* — *AD INTRA* NOTIFICACIÓN — DOCUMENTOS JUDICIALES — DOCUMENTOS EXTRAJUDICIALES.

ABSTRACT: *The Legal System of Service of Process in the International Legal Cooperation Law*

This paper analyses the new legal regime of Service of process introduced by the new Law 29/2015, of 30 July, of International Legal Cooperation in Civil Matters. It is a Law that led to the modernization of the State System and its alignment with the European and International standards. The purpose of this work is to assess how and to what extent the Law 29/2015 achieves the aim of facilitating cross-border service.

* Profesora titular de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

KEY WORDS: INTERNATIONAL COOPERATION – AD EXTRA – AD INTRA – SERVICE OF PROCESS – JUDICIAL DOCUMENTS – EXTRAJUDICIAL DOCUMENTS.

I. Introducción

El 20 agosto 2015 entraba en vigor la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil (en adelante Ley 29/2015¹). Ha sido larga la espera², pero dicha Ley nace con un claro objetivo aportar seguridad jurídica y certidumbre (Preámbulo Ley 29/2015), y en la que el legislador español ha procurado alinear las soluciones nacionales con las soluciones europeas e internacionales, promoviendo con ello la idea de unidad y coherencia del sistema, y evitando que dicha pluralidad se traduzca en diferentes filosofías de cooperación conviviendo dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

Esta Ley parte de un presupuesto evidente, a saber: que la cooperación jurídica internacional es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como se recoge en el art. 24.1º de la Constitución Española (art. 2.3º Ley 29/2005)³. Se abandona así el paradigma que ha informado durante años a la normativa estatal basado en la idea de reciprocidad (art. 277 Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁴, en adelante, LOPJ)⁵. Un cambio de perspectiva que debe ser valorado positivamente y que ha supuesto, sin duda alguna, un giro radical del sistema transformándolo en otro basado en el principio general favorable a la cooperación, cuya finalidad es la tutela judicial efectiva, y del que se desprenden los principios de cooperación y flexibilidad (art. 3.4º).

La entrada en vigor de dicha Ley ha supuesto, como veremos, un antes y un después para el régimen jurídico de las notificaciones internacionales en España,

¹ BOE 31.7.2015. Disposición final sexta. Por su parte, el apartado primero de la Disposición Transitoria Única de esta Ley determina el *dies a quo* para aplicar la Ley a las solicitudes de cooperación jurídica internacional recibidas por las autoridades españolas con posterioridad a su entrada en vigor.

² Sobre los orígenes de la misma y las propuestas doctrinales existentes vid. A. Rodríguez Benot, “La Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 6, 2016, pp. 234–259; I. Heredia Cervantes y E. Rodríguez Pineau, E.: “Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 28, 2013, pp. 91–106.

³ M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Álferez, *Derecho procesal civil europeo. Litigación internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas/Thomson /Reuters, 2007, pp. 41–45.

⁴ BOE 2.7.1985, corr.err., 4.11.1985.

⁵ Ahora bien, dicha oferta de colaboración no es incondicionada. La Ley incluye una cláusula de salvaguardia (art. 3.2º), que prevé que, ante denegación reiterada de cooperación o prohibición legal de prestadla por parte de las autoridades del Estado requirente, el Gobierno podrá, mediante Real Decreto, establecer que las autoridades españolas no cooperaran.

cuya regulación se ha caracterizado no sólo por su dispersión –en preceptos aislados de códigos, leyes especiales y disposiciones reglamentarias–, sino por resultar parca, obsoleta, inadecuada e insuficiente. Las nuevas pautas y cánones trazados en la Ley 29/2015 han tenido fiel reflejo en los preceptos dedicados a la notificación y traslado de documentos. La nueva regulación impide que las autoridades españolas puedan exigir reciprocidad alguna como condición para la práctica de la solicitud de notificación (art. 3.1º Ley 29/2015), ya que toda negativa a cooperar debe ser excepcional y requiere ser debidamente justificada (art. 14 Ley 29/2015). Además, la apuesta del legislador por la instauración de un sistema de comunicación directa entre autoridades [arts. 4, 9 c) 12.1º 21 b) y 22 Ley 29/2015]⁶ garantiza el cumplimiento efectivo del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, lo que implica la consecución y eventual agotamiento de las actuaciones pertinentes para la práctica regular del acto⁷, obligando así a las autoridades españolas a establecer una comunicación fluida con las autoridades extranjeras con las que ha de cooperar (principio de coordinación) a través de la utilización de mecanismos abiertos y no tasados (principio de flexibilidad), que faciliten la ejecución sin dilación de las solicitudes de notificación.

El objeto del presente trabajo es verificar si y en qué medida el nuevo régimen de las notificaciones internacionales regulado en la Ley 29/2015 y, especialmente, lo establecido para la práctica de la notificación judicial, ha supuesto un avance útil y significativo a los fines de la previsibilidad, de la seguridad y de la tutela judicial efectiva en este ámbito. En él pasaremos revista tanto a las luces como a las sombras presentes en dicha Ley, realizando aquellas propuestas *de lege ferenda* que se estimen pertinentes.

II. Sobre la notificación y el traslado de documentos en la Ley 29/2015

1. Introducción

Antes de la entrada en vigor de la Ley 29/2015, el sistema interno español de auxilio judicial se podía encontrar en los arts. 276–278 Ley 6/1985 modificada, posteriormente, por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio⁸, el art. 177 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC⁹), así como en lo dispuesto en el capítulo

⁶ F.J. Forcada Miranda, “Las comunicaciones judiciales directas y la nueva Ley 29/2015, de 30 julio cooperación jurídica internacional en materia civil: una propuesta de Guía práctica para el establecimiento y desarrollo de comunicaciones judiciales directas en casos específicos”, *Bol. Inf. Mº Just.*, nº 2190, 2016, pp. 1–57.

⁷ A. Font i Segura, “Art. 3”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 66–83.

⁸ BOE 22.7.2015.

⁹ BOE 8.1.2000, corr.err., BOE 14.4.2000 y BOE 28.7.2001.

II del título IV del Acuerdo de 15 septiembre 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2007, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (arts. 74–80¹⁰). Mientras que el auxilio extrajudicial se regulaba en lo dispuesto en el art. 35 de la Ley Orgánica de 28 mayo 1862 del Notariado¹¹, en su redacción dada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre –norma que no ha tenido el desarrollo reglamentario que requería–¹² y en el art. 96 del Reglamento del Registro Civil¹³. Normas estas que, aun cuando, no hayan sido expresamente derogadas, como así ha sucedido con los arts. 951–958 LEC 1881¹⁴, deben ser consideradas como tales, según dispone la Disposición Derogatoria Única de la Ley 29/2015, en la medida en que aquellas se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

Por esta razón cabe afirmar que dentro de este conjunto de normas de producción interna, la Ley 29/2015 se erige, *de facto*, en una pieza fundamental, ya que ni el art. 177 de la LEC ni los arts. 276 y 277 LOPJ (en su nueva redacción) plantean problemas de compatibilidad con aquella, en la medida en que se trata de normas que remiten a lo establecido en la normativa internacional (institucional e internacional) vigente, sin voluntad de alterar o modificar la regla en vigor. Tampoco es posible afirmar, por otro lado, que exista incompatibilidad alguna entre la Ley 29/2015 y el Reglamento 1/2005¹⁵, así como entre aquella y el art. 35 de la Ley del Notariado. Cuestión distinta se plantea respecto del art. 278 LOPJ (en su nueva redacción); norma esta encargada de regular los motivos de denegación de la cooperación. Y es que, aunque en términos generales el contenido de este precepto y de su análogo en la Ley 29/2015 (art. 14) son similares, entre ellos existen considerables diferencias. Así, mientras que el art. 278 LOPJ exige que para que las autoridades españolas denieguen la cooperación a las autoridades extranjeras el objeto o la finalidad de la misma debe ser manifiestamente contraria al orden público, el art. 14.1º a) de la Ley 29/2005 prescinde del adverbio “manifiestamente”, lo que parece indicar que la Ley 29/2015 fija una estándares más elevados

¹⁰ BOE 27.9.2005.

¹¹ Gaceta 29.5.1862.

¹² BOE 18.12.1990.

¹³ BOE 11.12.1958.

¹⁴ Apartado primero de la Disposición Derogatoria única.

¹⁵ Así lo entendemos, en la medida en que el propio Reglamento utiliza la expresión: “[...] salvo que la norma aplicable disponga otra cosa (art. 74.2º apartado segundo, art. 78.3º *in fine*)”. Si se considera que la norma aplicable a la que hace referencia dicho precepto es la Ley 29/2015, no cabe afirmar la existencia de incompatibilidad entre estas dos normas. No obstante, somos conscientes de la necesidad de reformar dicho Reglamento. Al respecto *vid.* F.J. Forcada Miranda, “Art. 4”, *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación jurídica internacional en materia civil* (A. Fernández-Tresguerres García, coord.), *Hospital de Llobregat* (Barcelona), Wolters Kluwer España, 2017, pp. 86–108 en esp. pp. 106–107.

que aquella, de cara a la tutela del orden público¹⁶. Además de esta distinción, el art. 14.1º e) Ley 29/2015 incorpora lo dispuesto en el art. 3.2º de la misma, que prevé que, ante una denegación reiterada de cooperación o prohibición legal de prestarla por parte de las autoridades del Estado requirente, el Gobierno podrá mediante Real Decreto, establecer que las autoridades españolas no cooperarán con las autoridades de un Estado extranjero; previsión esta que no viene reflejada en el art. 278 LOPJ. Por lo que, aun cuando dicho precepto no haya sido expresamente derogado, es evidente que contiene una regulación que no es compatible con lo establecido en la Ley 29/2015. Lo mismo cabe decir del art. 96 Reglamento Registro Civil que contempla la posibilidad de auxilio internacional entre el Registro Civil en España y los registros extranjeros a través del principio de reciprocidad¹⁷.

Dicho esto, puede mantenerse que *de facto* el régimen actual de las notificaciones internacionales está regulado en los Capítulos I, II y III del Título I de la Ley 29/2015. En el Capítulo I encontramos disposiciones que se aplican a cualquier solicitud de cooperación jurídica (notificación y traslado de documentos, obtención de pruebas, etc.), y que se ocupan de regular las vías de transmisión (arts. 9 y 15), los efectos de los actos de cooperación (art. 6), el contenido y los requisitos mínimos de las solicitudes de cooperación (art. 10), el idioma (art. 11) y su tramitación (art. 12), así como su ejecución (art. 13), los gastos y costas (art. 18) y los motivos de denegación de la cooperación (art. 14). El Capítulo II, dedicado en su integridad a la regulación de la notificación de documentos judiciales (arts. 20–26), ofrece una regulación bidireccional de la cooperación, es decir, regula tanto los supuestos en los que las autoridades españolas solicitan cooperación a las autoridades extranjeras (*ad extra*), como aquellos otros en los que las autoridades extranjeras son las que solicitan la cooperación de las autoridades españolas (*ad intra*), y dentro del cual se prevé una regulación específica para los emplazamientos y comunicaciones judiciales dirigidos a Estados extranjeros (art. 27). Por último, el Capítulo III disciplina la notificación y el traslado de documentos extrajudiciales (art. 28), al que le son, igualmente, aplicables las disposiciones previstas para el traslado de documentos judiciales (art. 28.1º *in fine*), atendiendo, obviamente, a la especial naturaleza que tales documentos poseen.

La técnica legislativa utilizada en la formulación de tales preceptos resulta repetitiva y cartesiana, ocasionando, en determinados casos, según veremos, ciertas discrepancias e incoherencias, previsibles por el legislador español. No obstante, las novedades incorporadas a esta Ley son de incuestionable valor y un fiel reflejo del loable esfuerzo del legislador español por modernizar el sistema. De positiva

¹⁶ Vid. F.P. Puig Blanes, “Art. 14”, *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación jurídica internacional...*, op. cit., pp. 146–161, esp. p. 147.

¹⁷ Vid. J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, S.A., *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson/Reuters/Civitas, 2017, p. 337.

debe valorarse que el legislador español ofrezca una regulación bidireccional de la notificación internacional, si bien, no hay que perder de vista que, por razones evidentes, fuera del ámbito institucional y convencional, la cooperación entre autoridades sólo puede tener una perspectiva unilateral. Es decir, las autoridades extranjeras sólo cooperarán con las españolas en la forma y en la medida en que dicha posibilidad esté prevista y sea admitida en su propio ordenamiento jurídico.

2. *Ámbito y requisitos de aplicación*

Antes de analizar cómo la Ley 29/2015 disciplina el régimen de la notificación internacional, especialmente, de documentos judiciales, resulta preciso saber cuándo resultan aplicables sus disposiciones. Es sabido que el régimen estatal se aplica en supuestos residuales [art. 2 a) Ley 29/2015¹⁸], es decir, en defecto de norma institucional y convencional (multilaterales y bilaterales) aplicable. Por lo que, sus disposiciones serán de aplicación cuando sea necesario remitir una notificación a un Estado o cuando esta proceda de un Estado con el que no nos vincule ningún instrumento internacional —ni institucional ni convencional—. *A priori* ello nos puede llevar a pensar en la inoperatividad práctica del sistema, debido a la complejidad normativa que existe tanto en el ámbito judicial¹⁹ como extrajudicial²⁰, hecho que complica sobremanera la tarea de la delimitación normativa²¹. No obstante, esta afirmación hay que situarla en sus justos términos, puesto que lo dispuesto en la Ley 29/2015 será de aplicación también en aquellos casos en los que: a) aun existiendo norma institucional o convencional aplicable, esta no pudiera serlo, como así sucede, por ejemplo, con el Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 noviembre 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (“notificación y traslado de documentos”) [art. 1.2°]²² y el Convenio de La Haya de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, de 15 noviembre 1965 [art.

¹⁸ Dicha Ley es, igualmente, de aplicación supletoria respecto de las normas especiales del Derecho interno. Al respecto *vid.* P.A. De Miguel Asensio, “Coordinación de la Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *REDI*, vol. 68/1, enero-junio, 2016, pp. 99–108.

¹⁹ *Legislación básica de Derecho internacional privado*, última edición, Granada, Comares.

²⁰ En este ámbito no sólo existen convenios de asistencia judicial internacional que se aplican a la cooperación entre autoridades extrajudiciales, sino también, otros convenios (multilaterales y bilaterales), que si bien no regulan específicamente dicha cuestión contienen disposiciones tendentes a facilitar el auxilio (*v.gr.*, Convenios CIEC). Además, de aquellos otros en los que existen sistemas de cooperación de autoridades (*v.gr.*, menores, alimentos). *Cf.* J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 335–336.

²¹ Sobre esta cuestión en el ámbito judicial *vid.* N. Marchal Escalona, *Garantías procesales de defensa y notificación internacional*, Granada, Comares, 2001, pp. 80–84.

²² DO L324 de 19 diciembre 2012.

1.1²³], que excluyen su aplicación en los supuestos en los que el domicilio del destinatario es desconocido²⁴, y b) así como en aquellos en los que la normativa institucional y convencional no ofrecen una regulación detallada y precisa sobre un aspecto en particular, es decir, para colmar las posibles lagunas existentes, como así sucede, por ejemplo, con los arts. 8 y 9 del Convenio de La Haya de 1965. La falta de predeterminación legal existente en tales instrumentos en torno, por ejemplo, a la cuestión del idioma del documento a notificar, exige resolver dichas carencias de regulación aplicando lo dispuesto en el Derecho autónomo de cada Estado contratante²⁵. Quiere esto decir que la Ley 29/2015 goza de una mayor vocación de aplicación de la que *a priori* se podría pensar. Y es que, aunque, la aplicación del Derecho institucional y convencional prevalezca sobre el Derecho autónomo, podría plantearse la posibilidad de que este último resultara de aplicación cuando contuviera un régimen de notificación más favorable a la cooperación (*favor notificatio-nis*). Es cierto que esta regla de delimitación, que juega un papel esencial en el ámbito del reconocimiento²⁶, no está expresamente recogida en los instrumentos normativos que regulan la disciplina de las notificaciones. Pero, aun cuando ello no se regule de forma expresa, consideramos que puede inferirse de la propia naturaleza y función de las normas que regulan la cooperación judicial, con carácter general, y la notificación de documentos, en particular. Con todo, la cuestión de si el régimen estatal de notificaciones resulta más o menos favorable que el contenido en la normativa internacional, es en principio difícil determinar, dado que dependerá de las circunstancias concretas y presentes en cada caso.

En concreto, los artículos que disciplinan el traslado y la notificación de documentos judiciales (arts. 20–26 Ley 29/2015) se aplicarán siempre que sea preciso notificar un documento judicial relativo a una de las materias incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 29/2015. Ahora bien, la Ley no establece qué tipo de documentos judiciales podrán ser susceptibles de notificación o traslado a través de las disposiciones de la presente Ley. No obstante, a partir de lo establecido a lo largo de su articulado y, en concreto, su art. 5 puede considerarse que la misma resultará aplicable a la notificación de cualquier acto procedente de autoridad judicial (emplazamiento, citación, requerimiento, sentencia, auto o providencia o diligencia de ordenación, etc.) dirigida a los que son parte del proceso o a aquellos a los que se refiera o afecte. Por tanto, la cuestión que se plantea de

²³ BOE 25.9.1978.

²⁴ Aunque, dicha exclusión sólo podría operar en aquellos casos en los que no se tiene ningún dato sobre el mismo (N. Marchal Escalona, *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Comares, Granada, 2002, pp. 53–69).

²⁵ N. Marchal Escalona, “Art. 25”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González, G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 332–345, esp. p. 334.

²⁶ J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, op. cit., p. 186.

inmediato es la de determinar qué tipo de solicitudes cubren tales preceptos. En términos generales, la Ley 29/2015 resulta aplicable en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional del que haya emanado la petición de notificación, y con inclusión en todo caso de la responsabilidad civil derivada del delito y de los contratos de trabajo (art. 1.2º Ley 29/2015). Por lo que, tales preceptos serán aplicables a la notificación de documentos que afecten o versen sobre una materia de Derecho privado. Es cierto que en este ámbito podrían plantearse problemas de calificación bidireccionales, es decir, podría suceder que las autoridades españolas recibieran solicitudes de notificación procedentes de tribunales extranjeros, cuyo contenido no constituyera materia privada para el Derecho español y viceversa. A nuestro juicio, la calificación de toda solicitud de colaboración debe atender al sector jurídico donde se localiza (Derecho procesal civil internacional) y, en particular, al cuerpo normativo y a la función que este cumple, que no es otra que coadyuvar más eficazmente a una adecuada realización de la justicia, y no sólo de la justicia procesal, sino también material. Coincidiendo con A. Font I Segura, no cabe otra calificación que aquella que parte de criterios funcionales²⁷. Somos conscientes, no obstante, que aceptar una interpretación de estos términos condicionada o forzada por la *ratio legis*, puede conllevar a resultados indeseables. Por ello, a nuestro juicio, esta interpretación funcional cuya utilidad no negamos, debería complementarse con otros criterios, como la presencia de los intereses en juego (*inter privatos*). De forma que siempre que existan tales intereses, la Ley 29/2015 debería ser aplicada. Esta postura permitiría sostener su aplicación a las peticiones de notificación de demandas procedentes de tribunales extranjeros en las que se solicitasen *punitive damages* o de *antisuit injunctions*; instituciones que son desconocidas para los sistemas de Derecho civil, y que poseen una naturaleza mixta [privada/pública (penal/procesal)]²⁸.

Por otra parte, las disposiciones que regulan la notificación o el traslado de documentos judiciales resultan de aplicación en aquellos casos en los que las autoridades extranjeras solicitan cooperación a las españolas cooperación, y viceversa (art. 20). Así, la primera cuestión que se suscita es la de saber en qué casos una notificación debe ser remitida a otro Estado. Como mantuvimos en otra sede, el carácter internacional de la notificación debe venir proporcionado por el criterio de localización efectiva del destinatario, es decir, será necesario remitir una notifica-

²⁷ *Id.*, “Art. 1”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 39–51 en esp. 49–50.

²⁸ Sobre su concepto y la problemática que plantean en este ámbito *vid.* N. Marchal Escalona, *Garantías procesales...*, *op. cit.*, pp. 28–34.

ción a otro Estado cuando el destinatario esté efectivamente localizable en otro Estado distinto de aquel que está conociendo del proceso²⁹. No obstante, somos conscientes de que hay supuestos en los que, a pesar de que el destinatario resida y esté efectivamente integrado en otro Estado, es posible y deseable que la notificación sea practicada en el Estado de origen (notificación interna). Ello sucede cuando se designa a un representante o un domicilio a efectos de notificaciones en el mismo Estado donde se desarrolla el proceso³⁰. Esta es una cuestión de vital importancia sobre la que el legislador estatal, no obstante, no ha dispuesto nada.

Mención especial merece el art. 27 Ley 29/2015 que regula de forma novedosa los emplazamientos y comunicaciones judiciales dirigidas a Estados extranjeros (cómo notificar, las formalidades que deben cumplir los órganos judiciales españoles y el plazo a partir del cual se entiende notificado el Estado extranjero³¹). Si bien es cierto su regulación no es completa, dado que sólo se ocupa de los supuestos *ad extra*, es decir, nada dice sobre las demandas formuladas en el extranjero contra el Estado español, sobre cómo se deben realizar, etc.³². Con todo, este resultará aplicable cuando sea preciso realizar un emplazamiento o comunicación a un Estado que sea considerado, según la *lex fori* (ex art. 2 LO 16/2015, de 27 de octubre sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España³³), como tal, y siempre que no resulte aplicable instrumento internacional alguno. Lo que implica prestar especial atención a la STJ 1ª el 11 junio 2015 (as. C-226/13: *Stefan Fahrenbrock y otros contra Hellenische Republik*), en la que dicho Tribunal consideró que en el caso de la emisión de obligaciones por parte del Estado griego no procedía hablar de un supuesto *iure imperii* y, por tanto, que la notificación de la demanda presentada por particulares contra el Estado debía realizarse por los cauces previstos en el Reglamento comunitario³⁴.

Sin duda alguna, uno de los aciertos y de las novedades más destacables de la Ley 29/2015 es haber regulado de forma expresa el régimen jurídico de la notifi-

²⁹ N. Marchal Escalona, *El nuevo régimen de la notificación...*, op. cit., pp. 54–55.

³⁰ M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal...*, op. cit., pp. 446–447.

³¹ Cfr. Gómez Jene, M.: “Art. 27”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 351–361, esp. pp. 355–356.

³² Tales casos están regulados por el art. 35.2º del RD 997/2003 de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado (BOE 7.8.2003), última modificación 10 julio 2012. Sobre este tipo de notificaciones vid. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 442.

³³ BOE 28.10.2015.

³⁴ ECLI:EU:C:2015:383.

cación de documentos extrajudiciales (art. 28), como así sucede en los instrumentos internacionales (arts. 16 del Convenio Haya 1965 y del Reglamento comunitario³⁵)³⁶. Dicho precepto será aplicable, siempre que no resulte de aplicación ningún instrumento internacional y deba notificarse un documento extrajudicial.

El problema reside en que, lamentablemente, el legislador español no ofrece una definición expresa de lo que debe entenderse por tal, aunque la doctrina es unánime a la hora de considerar que debe tratarse de un “documento que no proceda autoridad judicial, lo que engloba tanto los documentos autorizados o expedidos por notario, autoridad o funcionario competente, (art. 28.1º), así como los documentos privados, en sintonía con lo establecido en la STJ 11 noviembre 2015 (As. C-233/2014: *Tecom Mican S.L./José Arias Domínguez*)³⁷, cuya notificación sea necesaria para el ejercicio, la prueba o la salvaguardia de una pretensión jurídica”.

III. De las vías de notificación y traslado de documentos

1. Introducción

El traslado o notificación de un documento puede realizarse, según la Ley 29/2015, a través de diferentes vías; vías que, dada la visión bilateral de cooperación que ofrece dicha Ley, pueden ser utilizadas tanto en los casos en los que las autoridades españolas solicitan la cooperación a autoridades extranjeras (*ad extra*), y viceversa (*ad intra*). Sin duda alguna, la propia idea de proporcionar al demandado el conocimiento de un determinado documento aconseja esta diversidad.

A continuación, nos ocuparemos de analizar la regulación que la Ley 29/2015 ofrece de las vías de transmisión, así como los medios a través de los cuales se puede proceder al traslado y a la notificación de documentos judiciales y extrajudiciales *ad extra* y *ad intra*.

2. De las vías de notificación de documentos judiciales

Las solicitudes de cooperación de notificación de documentos judiciales podrán transmitirse, según el art. 9 Ley 29/2015, a través de diferentes vías. Tales vías han

³⁵ Interpretado por el TJ en la Sentencia dictada el 25 junio 2009 (As. C-14/08 *Roda Golf & Beach Resort, S.L.*).

³⁶ M.P. Diago Diago, “Art. 28”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 362–370, esp. pp. 364–365.

³⁷ ECLI:EU:C:2015:744. Para un comentario sobre la misma *vid.* J.J. Forner Delaygua, “Concepto de documentos extrajudiciales que deben ser objeto de una transmisión formal a los destinatarios residentes en otros Estados”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 1121–1124.

sido igualmente previstas, salvo ciertas particulares, para la transmisión de solicitudes de notificación al extranjero (art. 21) y en España (art. 22), y son: a) la vía consular y diplomática; b) a través de la Autoridad Central³⁸; c) directamente entre los órganos jurisdiccionales; y d) por conducto notarial.

El legislador español a la hora de redactar tales preceptos no sólo ha hecho gala de una inadecuada técnica legislativa, que pone en tela de juicio la utilidad y proyección práctica de algunas de las vías de cooperación reguladas en el art. 9, sino que complica sobremanera el *iter* a seguir para la práctica de las notificaciones judiciales como consecuencia del “principio de concentración” que preside la Ley 29/2005, y que ha supuesto la atribución a una única autoridad, en concreto, al Ministerio de Justicia como Autoridad Central, la competencia para tramitar y recibir, salvo en ciertos casos, la notificación o el traslado de documentos judiciales³⁹. Ella será, por ejemplo, la encargada de tramitar y hacer llegar la notificación a las autoridades judiciales extranjeras a través de los agentes diplomáticos o consulares. Este proceso de centralización hace que esta sea una vía absolutamente desaconsejable para la transmisión de una notificación al extranjero, puesto que implica la intervención de un número considerable de autoridades –incluyendo el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación–, tanto en España como en el extranjero, lo que puede retrasar de forma considerable en la entrega de los documentos. No obstante, somos conscientes de que, en ocasiones, esta es la única vía que puede ser operativa para la práctica de las notificaciones⁴⁰. De ahí que el legislador español debió haber previsto la utilización de esta vía sólo en supuestos excepcionales.

A nuestro juicio, la regulación que la Ley 29/2015 hace de las vías de notificación debe de ser objeto de crítica, dado que ni todas las vías que se regulan el art. 9 pueden utilizarse en la práctica de notificaciones de documentos judiciales, ni todas las vías que pueden utilizarse se contemplan en los arts. 21 y 22. Así, por ejemplo, resulta evidente la inoperatividad de la vía notarial para notificar actos de naturaleza jurisdiccional. Por su parte, ni en el art. 21 ni en el 22 Ley 29/2015

³⁸ La Ley 29/2015 designa al Ministerio de Justicia como Autoridad Central española (art. 7), y concreta en el art. 8 sus competencias. Sobre las mismas *vid.*, Herránz Ballesteros, M.: “Art. 8”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 105–117.

³⁹ A nuestro juicio, la opción adoptada en el art. 35 del Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica internacional 1997 (*Bol Inf. Mº Just.*, nº 1854, 1 octubre 199, pp. 313–350) era más adecuada, en la medida en que habilitaba un elenco de autoridades tanto para recibir como para transmitir. Sobre el mismo *vid.*, Marchal Escalona, N.: *Garantías procesales...*, *op. cit.*, p. 157. Lo mismo sucedía en la Propuesta doctrinal de 2012 (arts. 10 y 15).

⁴⁰ Como subrayó el Informe del Consejo General del Poder Judicial (en lo sucesivo CGPJ) de 30 septiembre 2014 (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-cooperacion-juridica-internacional-en-materia-civil>).

hacen referencia alguna a la posibilidad de transmitir los documentos a través de la llamada “vía diplomática directa”, regulada en el art. 15 Ley 29/2015. Por lo que, la duda está en saber si esta vía resulta o no operativa en el ámbito de la notificación de documentos judiciales. A nuestro juicio, no hay inconveniente alguno en que ello suceda. Se trata, por tanto, de una vía operativa, aunque, con limitaciones (art. 15). De la misma manera, hay que señalar que los arts. 21 y 22, a diferencia de lo establecido en el art. 9 Ley 29/2015, hacen referencia a la facultad de practicar las comunicaciones directamente a los destinatarios, por correo postal certificado o medio equivalente, con acuse de recibo u otra garantía que permita dejar constancia de su recepción. Es decir, admiten la operatividad práctica de la notificación por vía postal o medio equivalente, siempre que ello sea admitido la legislación del Estado requerido. De forma que, si dicho Estado se opusiera, y aun así fuera remitida la notificación estaríamos ante una notificación irregular con las consecuencias que ello podría implicar en el ámbito del reconocimiento y ejecución de la sentencia judicial que posteriormente pudiera recaer.

La vía postal resulta igualmente operativa, según el art. 22 Ley 29/2015, cuando el destinatario esté domiciliado o tenga su residencia en España (*ad intra*), siempre que se garantice la recepción por parte del demandado bien a través del acuse de recibo o de cualquier medio equivalente (fax, telegrama, burofax, etc.), y sean, además, observados los requisitos que en materia de idioma prevé el art. 25.2º Ley 29/2015. Es decir, siempre que el documento que se notifique venga acompañado de una traducción al español o en su caso, a la lengua oficial de la Comunidad Autónoma de que se trate, o a una lengua que el destinatario entienda⁴¹. Al menos en el plano teórico, ello implica que si el documento no está traducido a una de las lenguas previstas en dicha norma, el destinatario tiene opción de rechazarlo. Ahora bien, ¿de qué plazos dispone el destinatario? ¿quién debe informarle de que posee dicha opción? Estos son, sin duda alguna, algunos de los problemas que, a nuestro juicio, puede presentar la práctica de esta vía en nuestro país. Cuestiones estas que el legislador español ni ha previsto ni se ha planteado. No obstante, somos conscientes de las dificultades de regular dichos extremos de forma unilateral.

No hay género de duda alguna de que la “vía postal o por medio equivalente” resulta una vía eficiente en términos económicos, porque es rápida (autoridad competente extranjera a destinatario)⁴², pero también lo es que su utilización sobre nuestro territorio puede afectar al efectivo al respeto de las garantías procesales de defensa. Desde nuestro punto de vista, se trata de una vía, cuya utilización *ad*

⁴¹ Vid. *infra*, pp. 26–32.

⁴² Aunque también es cierto que se ha revelado como una vía cuya operatividad práctica es problemática. Al respecto vid. A. Simoni, *Study on the Service of Documents. Comparative legal analysis of the relevant laws and practices of the Member States. Final Report, No JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0049 5th October 2016*, p. 86.

intra no debió haber sido prevista por el legislador español en nuestro territorio, en la medida en la que escapa al control de las autoridades española, es decir, de si es compatible o no con nuestro ordenamiento jurídico, si cumple con las exigencias de idioma requeridas, etc.

Con todo, es preciso saber que no existe jerarquía alguna entre las distintas vías de notificación previstos en la Ley 29/2015. De hecho, se trata de fórmulas alternativas que pueden ser aplicables incluso de forma cumulativa, y para cuya determinación se tomará como referencia la fecha de la primera notificación debidamente efectuada⁴³. No obstante, la existencia de esta pluralidad de vías de comunicación hace preciso saber cuál es el mecanismo más idóneo para transmitir la notificación de un documento al extranjero. Una cuestión para nada baladí, pues, como expusimos en estudios anteriores del tema, de la vía que sea utilizado para remitir una notificación (vía judicial directa, vía Autoridad Central, vía diplomática o consular, etc.), dependerá la forma en la que esta deberá ser practicada (*lex loci executionis*, forma particular, etc.), los requisitos formales que tendrá que observar (solicitud de notificación, traducción del documento a notificar, etc.), y si habrá de someterse o no al control de la autoridad requerida (cláusula de orden público)⁴⁴. A tales efectos, para el traslado de los documentos judiciales y extra-judiciales, salvo en aquellos en los que el destinatario sea un Estado —en cuyo caso, como hemos visto, existe una previsión específica (art. 27) —, el operador jurídico deberá tener en cuenta, por un lado, si el mecanismo elegido constituye un mecanismo operativo en el Estado de destino y, por otro, si constituye una vía que simplifica de forma considerable los trámites de la notificación, reduce sus costes y agiliza su transmisión. Así, de entre las distintas vías de notificación que contempla la Ley 29/2015, las más recomendables son las vías directas, en la medida en que su tramitación se realiza sin “intermediación alguna” de la Autoridad Central y, por ende, son más rápidas⁴⁵. Ahora bien, para que estas vías sean efectivas deben ser vías aceptadas en el Estado de destino. Y aun así, aunque resultaren operativas en dicho Estado, debería respetarse lo establecido tanto en la legislación del Estado de origen, como en la de destino. Para que la vía de la comunicación directa entre autoridades resulte una vía operativa para transmitir una notificación al extranjero, deberían observarse, tanto los requisitos establecidos en el art. 10 Ley 29/2015 sobre el contenido y los requisitos que deben observar las solicitudes de cooperación, amén, de respetar los límites que el legislador español

⁴³ Sobre esta cuestión en el ámbito de la UE *vid.* STJCE 9 febrero 2006, as. C. 473/04; *Plumex*.

⁴⁴ N. Marchal Escalona, *El nuevo régimen de la notificación...*, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁵ Y, si bien es cierto que, del tenor literal del art. 10 Ley 29/2015 cabe deducir que su intervención es necesaria en todas las vías de notificación que la Ley contempla, una interpretación sistemática del mismo con lo establecido en los arts. 12 y 8 a) Ley 29/2015 aboga por considerar que esta no es necesaria en las vías directas

establece en dicha Ley (ex. art. 4)⁴⁶. En la práctica, la limitación apuntada supondría asimismo la falta de operatividad de la vía postal o medio equivalente para la notificación al extranjero de resoluciones judiciales dictadas en rebeldía del demandado, dado que, salvo que se desconozca el paradero del destinatario, según lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, estas deben ser notificadas personalmente (art. 497.2º LEC).

Mención especial merece la regulación que la Ley 29/2015 proporciona sobre las vías de notificación de los documentos judiciales destinados a Estados extranjeros, dado que, según lo establecido en el art. 27.1º, las notificaciones siguen un cauce específico, concreto y diferente de los establecidos en la Ley para documentos judiciales (arts. 9, 21 y 22). Así, por ejemplo, cualquier emplazamiento, citación, o acto de comunicación dirigido a un Estado extranjero se realizará por vía diplomática a través del Ministerio de Asunto Exteriores y de Cooperación, debiendo comunicarse por nota verbal –medio normal de comunicación en este ámbito–, según lo dispuesto en el Convenio de Viena de 16 abril 1961 sobre relaciones diplomáticas⁴⁷. Coincidimos con M. Gómez Jene, cuando afirma que dicha formalidad deberá cumplirse sólo para notificar el primer emplazamiento, dado que de aceptar la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales, lo normal es que este proceda a nombrar un representante legal, al que, por razones lógicas y de economía procesal, se le deberán remitir el resto de las comunicaciones⁴⁸.

3. De las vías de notificación de documentos extrajudiciales

Según el art. 28 Ley, los documentos extrajudiciales podrán ser objeto de traslado o notificación de conformidad, según lo establecido en el Capítulo II para el traslado documentos judiciales, con las adaptaciones oportunas en atención a la especial naturaleza que revisten los mismos⁴⁹. Así, el novedoso conducto notarial previsto en el art. 9 d) Ley 29/2015 resulta una vía de transmisión especialmente

⁴⁶ A tales efectos, se ha tenido en cuenta el documento de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, “Lineamientos emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de la Haya y de principios generales sobre comunicaciones judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos en el contexto de la red internacional de jueces de La Haya” [https:// assets.hcch.net/docs/cd5caab9-918b-4b24-8688-16ced76631ae.pdf](https://assets.hcch.net/docs/cd5caab9-918b-4b24-8688-16ced76631ae.pdf).

⁴⁷ BOE 24.4.1968.

⁴⁸ Cf. M. Gómez Jene, “Art. 27”, *loc. cit.*, p. 356.

⁴⁹ Lo que la Ley no parece permitir es que los Notarios extranjeros puedan cursar peticiones de auxilio a las autoridades judiciales españolas en las que se solicitan la práctica de notificaciones (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, 16ª ed., vol. I, 2016, Granada, Comares, p. 929).

adecuada para ser utilizada por autoridades notariales para notificar actos notariales. Se ha echado en falta, sin embargo, que no se haya hecho mención expresa a dicha vía en este precepto, donde se contempla, en concreto, dos formas a través de las cuales se podrá notificar los documentos extrajudiciales (art. 28.2º). En concreto, estos podrán ser remitidos: a) a notario, autoridad o funcionario público a través de la Autoridad Central, según hemos visto, o b) de forma directa. Es evidente que esta última opción hace refiere a la vía de la comunicación directa *ex* arts. 21 y 22 Ley 29/2015. Ahora bien, lo que no lo está del todo claro es si en este ámbito existe también la posibilidad de notificar tales documentos por correo certificado o medio equivalente, como así sucede con los documentos judiciales. La cuestión en la doctrina es pacífica⁵⁰. Dicha opción resulta factible, siempre que sea admitida en la Ley del Estado de destino. Aunque, a nuestro juicio, y según hemos expuesto más arriba, no es la más recomendable, en la medida en que puede poner en peligro la tutela judicial efectiva del destinatario de la notificación.

IV. De la tramitación y de la ejecución de la notificación transfronteriza

1. Del proceso de la notificación transfronteriza

La tramitación y la ejecución de la notificación transfronteriza de un documento dependen básicamente de la vía de notificación elegida para trasmitirla. Una cuestión que está regulada y prevista en el art. 12 Ley 29/2015, y que resulta aplicable para la transmisión y la ejecución de notificaciones de documentos judiciales, al cual remiten los arts. 21 y 22 de la misma e, igualmente, con las adaptaciones pertinentes, a la de documentos extrajudiciales (art. 28.1º *in fine*). Dicho precepto debe de ser objeto de crítica, puesto que ofrece una regulación exigua e incompleta del proceso a seguir para la práctica de una notificación transfronteriza, que en la práctica puede generar muchas dudas⁵¹.

A) Dimensión *ad extra*

En concreto, para las peticiones acordadas por las autoridades judiciales españolas se prevé que estas deberán ser enviadas mediante oficio a la Autoridad Central española (Ministerio de Justicia) que las transmitirá a su vez —una vez comprobado que la petición cumple los requisitos establecidos en el art. 10 de la Ley 29/2015— a las autoridades competentes del Estado requerido, por cualquier medio

⁵⁰ Al respecto *vid.* E. García Parra, “Art. 28”, *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación jurídica internacional...*, *op. cit.*, pp. 214–215.

⁵¹ En este sentido la Propuesta doctrinal de 2012 era mucho más completa.

que garantice la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones (incluyendo los electrónicos *ex art.* 17), bien por vía diplomática o consular, bien a través de la Autoridad Central de dicho Estado, si existiere y no se opusiere a su legislación (art. 12.1º)⁵². Asimismo cabe, como hemos ya manifestado, hacer uso de la vía consular y diplomática en su modalidad directa. Una vía que resulta más atractiva que en su modalidad indirecta, puesto que, aun cuando, en su tramitación interviene la Autoridad Central española, es el propio agente diplomático y consular quien hace entrega de la notificación al destinatario y, cuya utilización no plantea mayores problemas que superar las limitaciones establecidas tanto en la normativa de Derecho internacional público (Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas y sobre relaciones consulares de 24 abril 1963⁵³), como en el art. 15 de la Ley 29/2015, que impide el uso de coacción, coerción o compulsión –exigencia común en los textos supraestatales–, siempre que actúe en su demarcación consular y la Ley del Estado de destino no se oponga⁵⁴.

Es decir, tal y como hemos señalado, se centraliza el proceso de notificación *ad extra*, salvo, en aquellos casos, en que se utilicen las vías directas de comunicación (postal y comunicación entre autoridades); vías sobre las que el art. 12 nada dispone. Así, por ejemplo, es factible que las autoridades españolas procedan a remitir la notificación directamente a las autoridades competentes del Estado requerido, según lo previsto en el art. 9, siempre que dicha opción fuera permitida en la legislación de dicho Estado (art. 12.1º *in fine*). Una vía, cuya utilización resulta atractiva y conveniente al ser eficiente en términos de análisis económico del Derecho, pero cuya principal dificultad para ponerla en práctica radica en saber quién es la autoridad homóloga en el Estado de destino⁵⁵. También es posible que las autoridades españolas remitan la notificación por “vía postal o medio equivalente” [art. 21.1º.c)]. Aunque sobre esta vía nada dispone la Ley, supone, en principio, el envío de la notificación por parte de la autoridad judicial competente al destinatario de la misma a través de dicho medio.

Con todo, y salvo excepciones, las autoridades extranjeras procederán, en el caso de que decidan dar trámite a la misma, según lo dispuesto en su ordenamiento jurídico (*lex fori*). Nada dispone la Ley 29/2015, por razones obvias, dado que

⁵² La Autoridad Central española, según el art. 18 de la Ley 29/2015 no estará obligada a asumir gasto alguno “en ningún caso”, ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado, procurador u otro profesional requerido. Si lo considera, podrá solicitar una provisión de fondos “si la autoridad extranjera con la que coopere le exigiere algún pago vinculado a la solicitud”.

⁵³ BOE 6.3.1970.

⁵⁴ Vid. A. Rodríguez Benot, “Art. 15”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp.199–203.

⁵⁵ En este ámbito la Red Judicial Europea puede jugar un papel fundamental.

dicha posibilidad debe ser admitida en el ordenamiento jurídico del Estado de destino, sobre la posibilidad de que las autoridades españolas soliciten a las extranjeras una forma especial o particular de ejecución de la notificación, como así sucede en los instrumentos internacionales o cuando, como veremos, la notificación debe ser practicada en España (art. 13 Ley 29/2015). A nuestro juicio, no hay inconveniente alguno que impida a las autoridades españolas realizar una petición de dicha naturaleza, pero también es cierto que en ausencia de marco normativo internacional resulta difícil determinar si y en qué medida dicha petición será o no atendida.

Una vez realizada la diligencia solicitada por la autoridad extranjera competente, cabe pensar que esta remitirá a las autoridades españolas el documento acreditativo que pruebe las circunstancias de la práctica de la notificación (tiempo, lugar, modalidad, etc.), o bien los motivos de su fracaso. Una cuestión sobre la que no hay duda alguna en el ámbito supraestatal, donde dicha cuestión está perfectamente regulada y prevista⁵⁶, pero cuya operatividad práctica resulta dudosa en el ámbito estatal. Por ello, consideramos un acierto que el art. 26 de la Ley 29/2015 disponga la posibilidad de solicitar la emisión por la autoridad del Estado requerido de una certificación de la diligencia de notificación o traslado, puesto que su obtención puede desempeñar un papel esencial a la hora de aplicar la cautela, como veremos, establecida en el art. 24 Ley 29/2015, así como para el posterior reconocimiento/ejecución de la resolución judicial finalmente pronunciada. Dicho precepto habilita, por tanto, a las autoridades españolas a solicitar “prueba” de la práctica de la notificación pudiendo para ello utilizarse el idioma del propio Estado requerido. Una opción que entendemos no debería ser facultativa sino obligatoria, dada la importancia y transcendencia que puede tener el mismo para el correcto desarrollo del proceso⁵⁷, y debería ser solicitada, pese a que el tenor de dicho precepto no aclara, por la autoridad española competente⁵⁸, lo que dependerá del mecanismo de notificación elegido. A pesar de la bondad de esta disposición, cuya utilidad podría proyectarse en la práctica de las peticiones *ad intra*, es cierto que el que autoridades extranjeras accedan a dicha petición dependerá de su “buena voluntad”, dado que sólo para la remisión por correo o medio equivalente está tasada la forma de probar la entrega [ex art. 21 c) y 22]⁵⁹.

⁵⁶ De hecho, a nivel internacional se ha optado por la creación de formularios que recogen los datos necesarios para llevar a cabo la comunicación entre las autoridades de los diferentes Estados; formularios, cuya utilización, según la STJ 1ª 16 septiembre 2015, as. C-519/13: *Alpha Bank Cyprus* (ECLI:EU:C:2015:603), resulta obligada.

⁵⁷ Al respecto *vid.* L.F. Carrillo Pozo, “Art. 21”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 268–286, esp. p. 285.

⁵⁸ *Vid.* J.J. Castelló Pastor, “Art. 26”, *ibid.*, pp. 347–350.

⁵⁹ *Vid.* A. Rodríguez Benot, “La Ley de Cooperación...”, *loc. cit.*, p. 350.

Es evidente que el éxito de una notificación que debe de practicarse en el extranjero dependerá de que las autoridades españolas cumplan escrupulosamente con las exigencias establecidas en la Ley del Estado de destino, para lo cual será necesario recabar toda la información que sea de utilidad (si se opone o no a una determinada vía, requisitos de idioma, etc.). De hecho, en este ámbito, puede jugar un papel destacado la cuestión relativa al coste de la notificación, esto es, si la Ley del Estado de destino exige que la solicitud venga acompañada de la pertinente provisión de fondos, está claro que deberá de procederse a ella, so pena de que las autoridades extranjeras no le den trámite⁶⁰.

Mención especial merece la tramitación de los documentos judiciales destinados a Estados extranjeros, dado que estos, según el art. 27 Ley 29/2015, se realizarán por vía diplomática a través del Ministerio de Asuntos Exteriores⁶¹, a tenor de lo establecido en el art. 54 Ley sobre privilegios e inmunidades (autoridad judicial / Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación/Misión diplomática / Ministerio de Asuntos Exteriores Extranjero) y respetando lo establecido en el art. 27 de la Convenio de Viena sobre Relaciones diplomáticas⁶².

Respecto a la tramitación y ejecución de los documentos extrajudiciales será de aplicación *mutatis mutandis* las reglas contenidas en la Ley de cooperación en materia de cooperación judicial. Por lo que, esta cuestión dependerá de la vía de notificación utilizada.

B) Dimensión *ad intra*

Más breve, si cabe, es la regulación que la Ley 29/2015 ofrece de cómo se tramitan las solicitudes de cooperación acordadas por autoridades extranjeras (*ad intra*). El art. 12.2º sólo establece que este tipo de peticiones deberán transmitirse a la Autoridad Central española, que procederá a remitirla a la autoridad competente para su ejecución. Y ello, siempre y cuando, las autoridades extranjeras no hayan optado por transmitir la notificación a través de una vía de comunicación directa (judicial o vía postal). Del mismo modo, aunque nada indique la Ley 29/2015, no habría problema alguno en admitir la realización de diligencias procesales en territorio español por autoridades consulares acreditadas en nuestro país a instancia de autoridades judiciales extranjeras, siempre que sean observadas los

⁶⁰ L.F. Carrillo Pozo, "Art. 21", *loc. cit.*, pp. 284-285.

⁶¹ Antes de ello, el órgano jurisdiccional español deberá comunicar al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación la existencia de cualquier procedimiento contra un Estado extranjero. La finalidad de esta medida es la emisión por aquel de un informe en relación con las cuestiones relativas a las inmunidades de jurisdicción y de ejecución. El Ministerio dará traslado del informe al órgano jurisdiccional competente por la misma vía que la haya recibido.

⁶² M. Gómez Jene, "Art. 27", *loc. cit.*, p. 358.

mismos requisitos y fueren respetadas las mismas limitaciones que las establecidas para la tramitación de solicitudes de cooperación *ad extra*. Si bien es cierto, que la utilización de esta vía en nuestro territorio, siempre han despertado, por razones evidentes, nuestro recelo y rechazo⁶³.

Una vez ejecutada la notificación, la autoridad española procederá a su devolución por la misma vía de transmisión utilizada para cursarla (art. 12.3⁶⁴). Ejecución que se llevará a cabo sin dilación alguna⁶⁵ (*ex art. 3.4º*), de conformidad con lo dispuesto en la normativa española (*lex fori regit procesum*), salvo que, excepcionalmente, la autoridad extranjera indicara formalidad o procedimiento especial alguno —aspecto que deberá constar en la petición de cooperación *ex art. 10*— para su práctica, siempre que ello resulte practicable y compatible con la legislación española (art. 13). A tales efectos, en España se considerará incompatible toda formalidad o procedimiento de notificación que suponga un ataque a nuestros valores o derechos fundamentales en el ámbito del proceso (igualdad procesal, contradicción, etc...).

2. Sobre los motivos de denegación del traslado y de la ejecución de la notificación

En España, toda petición de notificación deberá ser ejecutada, siempre que esta cumpla los requisitos legales (de forma e idioma) establecidos en el art. 10 Ley 29/2015⁶⁶, y que la autoridad judicial encargada de ejecutar la notificación compruebe que no existe ninguno motivo alguno para denegar dicha ejecución (art. 14 Ley 29/2015). Es decir, superado el primer control, que se refiere a la admisión de la petición de notificación hay que superar el segundo, referido a su ejecución. En el primer control, llevado a cabo normalmente por la Autoridad Central —siempre que esta intervenga (*v.gr.*, vía Autoridad Central—Autoridad Central, vía consular y diplomática directa e indirecta)—, esta deberá comprobar que la petición de notificación ha observado los requisitos formales exigidos y que no hay defecto alguno que pueda conducir a su inadmisión (arts. 10 y 11). Mientras en el segundo control, será el órgano judicial el encargado de practicar la notificación —salvo en la vía consular y diplomática directa, donde no intervienen autoridades españolas en la

⁶³ N. Marchal Escalona, *Garantías procesales...*, *op. cit.*, pp. 190–191.

⁶⁴ Solución establecida en el art. 78.3º Reglamento 1/2005.

⁶⁵ Lamentablemente, la Ley no establece plazo alguno. Sobre la posibilidad de aplicar en este ámbito los mismos plazos previstos en el Reglamento de notificaciones (art. 7.2º) *vid.* B. Campuzano Díaz, “Art. 13”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F. P. Méndez González, G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 160–169 en esp.168.

⁶⁶ De hecho, si la Autoridad Central española comprobara que la solicitud de cooperación no reúne tales requisitos, devolverá la petición a la autoridad requirente, indicando los motivos concretos de la devolución (art. 10.2º *in fine*).

práctica de la notificación— quien deberá comprobar que la petición de notificación puede ejecutarse⁶⁷.

La admisión de una petición no siempre supone que esta pueda ejecutarse. De hecho, el art. 14 Ley 29/2015 limita los casos en los que la ejecución de una notificación puede denegarse. Ello ocurrirá, siempre que:

i) El objeto o finalidad de la cooperación solicitada por la autoridad extranjera resulte contrario al orden público [art. 14.1º a)]. Es cierto que el tenor literal de este artículo, a diferencia de lo que sucede en el actual 278 LOPJ, no restringe la operatividad de esta “cláusula” a supuestos excepcionales, lo cual debe ser objeto de crítica. No obstante, coincidimos con A. Rodríguez Benot, cuando afirma que la operatividad de dicho precepto podría ser limitada, ya que sólo podría operar en aquellos supuestos en los que la solicitud de notificación afrontare de forma manifiesta a un valor jurídico esencial de nuestro ordenamiento de alcance constitucional⁶⁸. Una interpretación de signo contrario haría truncar el mandato de cooperación que informa a la Ley (art. 3). No es fácil imaginar casos en los que podría resultar de aplicación dicha cláusula. Podría aplicarse ante ciertas instituciones, como así sucede con las *antisuit injunctions*, por cuanto tal orden impide a los ciudadanos el libre acceso a los Tribunales de Justicia⁶⁹, o ante la asunción de competencias por el tribunal extranjero en base a un foro exorbitante, y en particular cuando la competencia se apoya en la notificación⁷⁰.

ii) Tampoco se prestará cooperación cuando la autoridad extranjera se halle conociendo de un proceso cuya competencia sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española [art. 14.1º b)]. Se trata de un motivo de denegación que, aunque comprensible, no resulta razonable, dado que supone un criterio de control extrapolado desde el ámbito del reconocimiento⁷¹; máxime teniendo en cuenta que el art. 6 de la Ley 29/2015 establece que “los actos de cooperación realizados no prejuzgan el reconocimiento y ejecución en España de resoluciones judiciales extranjeras”. Además, el hecho de que una petición de dicha naturaleza sea denegada en modo

⁶⁷ La cuestión que surge de inmediato es la de saber si el órgano encargado de realizar la notificación puede discrepar de lo decidido por la Autoridad Central. La Ley 29/2015 no establece nada acerca de dicha posibilidad, pero, en cualquier caso, es una opción deseable (R. Arenas García, R.: “Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 231–260).

⁶⁸ *Id.*: “La Ley de Cooperación ...”, *loc. cit.*, p. 241.

⁶⁹ Sobre los mismos M. Requejo Isidro, “Antisuit injunctions y su notificación en el contexto del Convenio de La Haya de 15 noviembre 1965”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 421–432; N. Marchal Escalona, *Garantías procesales...*, *op. cit.*, pp. 256–258.

⁷⁰ Al respecto *vid.* L.F. Carrillo Pozo, L.F. y M.J. Elvira Benayas, *Instrumentos procesales de la UE. Los reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*, Granada, Comares, 2012, pp. 54–55.

⁷¹ Sobre el tema *vid.* J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 334.

alguno impide que las autoridades extranjeras remitan una nueva notificación, por una de las vías que escapa al control de la autoridad española (vía postal).

iii) Será asimismo motivo de denegación de la cooperación que el contenido del acto cuya realización la autoridad extranjera solicite no corresponda a las atribuciones propias de la autoridad judicial española requerida. En cuyo caso, se admite que esta pueda remitir la solicitud a la autoridad judicial española oportunamente competente, informando de ello a la autoridad extranjera requirente [art. 14.1º c)]. Esta norma permite subsanar el error cometido en la tramitación de la notificación coherente con el *favor cooperationis* que informa la Ley 29/2015.

iv) De igual manera, cabe denegar la solicitud de cooperación internacional si el contenido y los requisitos exigidos por la Ley 29/2015 (arts. 10 y 11) para su tramitación no son observados [art. 14.1ºd)]. E) Así como cuando se diere el supuesto de hecho del art. 3.2º de la Ley [art. 14.1ºe)]. Es decir, si las autoridades extranjeras denegaran de forma reiterada la cooperación solicitada por las autoridades españolas o si su ordenamiento dispusiera de una prohibición de hacerlo. Todo ello, claro está, previa aprobación de un Real Decreto por el Gobierno español que ordenase la denegación de cooperación en cuestión.

Es evidente que cuando la remisión se realice directamente a la autoridad judicial competente la verificación de tales requisitos (arts. 10, 11 y 14) corresponderá a dicho órgano. Sin embargo, en el caso de la notificación vía postal o medio equivalente, será el particular quién deba denunciar que la notificación no cumple con la legalidad vigente, puesto que en este tipo de notificación no interviene autoridad alguna. El problema está en que la Ley no ha previsto cauce alguno para que dicha posibilidad tenga lugar. Tales motivos serán aplicables, *mutatis mutandis*, para la denegación del traslado y ejecución de los documentos extrajudiciales. Si bien es cierto que el tenor literal del art. 14 se refiere sólo a “autoridades judiciales”, no hay razón para no considerarlo aplicable cuando la solicitud de cooperación vaya dirigida a un notario, autoridad o funcionario competente⁷².

V. De los requisitos formales de la notificación transfronteriza

1. Introducción

Normalmente, cuando se notifica un documento a otro Estado, salvo excepciones, se notifica, por una parte, la solicitud de cooperación –dirigida a la autoridad extranjera– y el acto a notificar –dirigido al destinatario–. Ahora bien, la pregunta que surge

⁷² E. García Parra, “Art. 28”, *loc. cit.*, p. 223.

de inmediato es la de saber qué documentos deben remitirse y qué requisitos formales deben cumplir estos. La cuestión que no es baladí, dado que el incumplimiento de los requisitos formales puede hacer que la notificación no llegue a ser tramitada o, en caso de que sí lo sea, esta sea irregular. A continuación, analizaremos cómo la Ley 29/2015 regula los requisitos formales que deberán de cumplir tanto la solicitud de cooperación como el documento (judicial/extrajudicial) que se notifica.

2. De la solicitud de notificación

En el art. 10 Ley 29/2015 el legislador español se ocupa de enumerar el contenido y los requisitos que deben de cumplir las solicitudes de cooperación realizadas a través de esta Ley, y que son comunes tanto para las solicitudes de notificaciones como de obtención de pruebas. La ventaja que presenta esta opción legislativa empleada por el legislador es que los mismos se erigen en requisitos únicos y comunes aplicables con independencia de cual sea la vía de vía de notificación utilizada para la transmisión del documento judicial. Ello salvo, en aquellos supuestos, por razones evidentes, en los que se utilice la vía postal. Así, toda solicitud de notificación de un documento judicial deberá especificar los datos identificativos de las autoridades y de las partes en el litigio [arts. 10.1º a) a c)], así como del proceso [arts. 10.1º d) a g)]; datos que han de ser verificados bien por la Autoridad Central española o bien por la autoridad judicial competente, en aquellos casos en los que aquella no intervenga⁷³. Así, en los casos, en los que no conste alguno de los mismos, el apartado 2º habilita a la Autoridad Central y, por ende, también a la autoridad judicial competente —cuando aquella no intervenga—, a devolver la solicitud a la autoridad judicial exhortante indicando los motivos por los que se devuelve, entendemos que para que la misma proceda a subsanar los errores, así como las ausencias detectadas. Si bien es cierto, que la Ley 29/2015 no establece nada al respecto ni sobre la posibilidad de subsanación ni sobre los plazos para la subsanación de los mismos.

Además, dicha solicitud debe contener una relación detallada de los documentos que se adjunten debidamente legalizados o apostillados, en su caso [art. 10.1º f)]. Desde nuestro punto de vista, la exigencia de este requisito, aunque comprensible, puede constituir un obstáculo de entidad considerable para la efectiva tramitación de la notificación contrario al espíritu de cooperación que preside la Ley 29/2015. Queda por saber si dicha solicitud debe de ser redactada o traducida en una determinada lengua y, en el caso, de que ello sea así en cuál. Esta cuestión está expresamente regulada en el art. 11 de la Ley. La redacción de esta norma es desafortunada y confusa, dado que una interpretación literal del mismo nos lleva a concluir que regula el

⁷³ Dado que, como hemos visto, no siempre interviene aquella. En contra, C. Parra Rodríguez, “Art. 10”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 133.

régimen lingüístico tanto de la solicitud como de los documentos que acompañan a la solicitud (sentencia, demanda, etc.). No obstante, una interpretación coherente y sistemática con lo dispuesto en el art. 25 de la Ley 29/2015 exige, como ha indicado acertadamente A. Rodríguez Benot, considerar que los requisitos lingüísticos a los que el art. 11 se refieren son los de la solicitud de cooperación⁷⁴; mientras que los del documento que se notifica se contemplan, como veremos, en el art. 25 de la misma.

Aclarada esta primera cuestión, es preciso saber el idioma en el que deben ser traducidas las solicitudes de cooperación que se dirijan a la autoridad extranjera (art. 11.1º) y viceversa (art. 11.2º). Así, las solicitudes activas han de ser remitidas debidamente traducidas “a una lengua oficial del Estado requerido o aceptada por este”. Nada dispone la Ley sobre qué sucede si el Estado de destino dispusiera de más de una. Dicha cuestión, dependerá de lo establecido en el ordenamiento jurídico de dicho Estado, aunque no hubiera estado de más una previsión expresa en dicho sentido. En cuanto a la traducción de las solicitudes *ad intra*, estas deben venir acompañadas “de una traducción con arreglo al art. 144 LEC al castellano o, en su caso, a la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate”. En caso de no venir traducida dicha notificación en uno de esos idiomas la autoridad competente procedería a la denegación de la cooperación internacional solicitada desde el extranjero, debiendo indicar los motivos a efectos de que aquella proceda a su subsanación.

Por su parte, el art. 28.3º Ley 29/2015 viene a referirse al contenido que deberá contener la solicitud de notificación de un documento extrajudicial. A tales efectos, establece que toda solicitud deberá contener, entre otros datos, la naturaleza, fecha e identificación del documento, la identificación del notario, autoridad o funcionario que lo haya autorizado o expedido, la pretensión y consecuencias, en su caso de su incumplimiento, así como el plazo requerido para ello. Nada dispone sobre el idioma en el que debe ser redactada dicha solicitud. Por lo que, resultarán de aplicación las dispuesto con carácter en general, *mutatis mutandis*, en el art. 11 sobre las solicitudes de cooperación.

3. Del idioma del documento a notificar

A) Introducción

Tanto la petición de notificación como el acto que se notifica sea una citación, demanda, sentencia, etc., deben observar ciertos requisitos de forma. En concreto, la cuestión que se plantea de inmediato es la de saber en qué idioma deben estos

⁷⁴ *Id.*, “Art. 11”, *ibíd.*, pp. 138–151, esp. p. 146. El legislador comete el mismo error que ya cometiera en el Anteproyecto de Ley 1997. Sobre dicha cuestión *vid.* N. Marchal Escalona, *Garantías procesales.*, *op. cit.*, pp. 221–222.

últimos estar redactados o traducidos. El art. 25 Ley 29/2015 responde a esta cuestión teniendo en cuenta que dicho precepto establece los requisitos que en materia lingüística deben cumplir las notificaciones *ad extra* como *ad intra* tanto de documentos judiciales como extrajudiciales.

B) Del idioma en los supuestos *ad extra*

El 25.1º de la Ley 29/2015 establece los requisitos que en materia de idioma han de cumplir los documentos que deban expedirse o notificarse *ad extra*. Dicho precepto establece, en primer lugar, la obligación de cumplir con lo dispuesto al respecto en la ley de ejecución de la notificación (*lex loci executinis*). Esta regla, pese a resultar coherente, plantea el problema de saber qué sucede si dicha Ley no estableciera nada al respecto. Según el art. 25.2º, los documentos a notificar en el extranjero deberán ser acompañados de una traducción a la lengua oficial del Estado de destino o a una lengua que el destinatario entienda. La aplicación práctica de dicho precepto supondría transmitir toda notificación que deba remitirse al extranjero, redactada en español y acompañada de la correspondiente traducción bien en el/os idioma/s oficial/es existentes en dicho Estado. Ello salvo que la normativa procesal del Estado de destino estableciera otra cosa. Es cierto que este precepto sólo se refiere a la traducción del documento al idioma oficial del Estado de destino de la notificación. No obstante, hay que entender que dicha remisión comprende, igualmente, a todas y cada una de las lenguas oficiales existentes en dicho Estado, en el caso de que existiera más de una. Es cierto que en este ámbito el legislador español podría haber sido más preciso y concretar este extremo a la hora de redactar el precepto, pero, en ningún modo, este *lapsus* debe interpretarse de forma restrictiva.

En el supuesto de que fuera precisa la traducción del documento, la cuestión que resta por resolver es saber a qué parte se deben imputar los costes de la traducción. En principio, estos costes en consonancia con lo establecido en el art 18 Ley 29/2015, debería soportarlos el demandante, dado que es este quién decide iniciar un litigio, debe ser él quien soporte los gastos de la traducción. Ahora bien, en última instancia, esta es una cuestión que está íntimamente relacionada con cómo se configuran los gastos de traducción en el ordenamiento jurídico español, es decir, si se consideran como costes privados o como gastos del proceso (art. 241.4º LEC). Ello, salvo para aquellos que gocen del Derecho a la asistencia jurídica gratuita (*ex art. 6.5º*)⁷⁵.

En cualquier caso, ¿la traducción debe ser necesariamente oficial o puede ser privada? ¿Qué extremos deben traducirse, es decir, a qué aspectos concretos alcanza la obligación de traducir? ¿Sólo a la demanda o a la demanda y documentos

⁷⁵ BOE 12.1.19996 y sus diferentes modificaciones.

anexos? La Ley 29/2015 nada dice. En cuanto a la primera cuestión, es evidente que dependerá de lo establecido en la *lex loci executionis*. De forma que, si en dicho Estado se exige que la traducción sea oficial, deberá hacerse, so pena que de no hacerlo así, la autoridad competente en el Estado de destino no procedería a tramitar dicha notificación⁷⁶. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, puede afirmarse que en Derecho comparado los ordenamientos nacionales muestran disparidades en relación a si los documentos que acompañen a la demanda forman parte de ella o no y, por tanto, si deben estar traducidos o no. En el ámbito comunitario, la STJ 18 mayo 2008 (as. C-14/07: *Industrie-und Handelskammer Berlin/N. Grimshay*)⁷⁷ tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto. Para el Tribunal de Justicia, es evidente que no existe un derecho a que sean traducidos todos los documentos. Basta con que se aporte el documento o los documentos que permitan al demandado comprender el objeto y la motivación de la acción ejercitada por el demandante, así como la existencia de un procedimiento judicial en el curso del cual puede hacer valer sus derechos. Desde nuestro punto de vista, esta es la opción más conveniente⁷⁸, pero hay que tener presente que fuera del ámbito comunitario esta es una cuestión que, en última instancia, depende de la Ley del Estado de destino.

No obstante, el art. 25.2º contempla asimismo la posibilidad de que la notificación sea remitida al extranjero en una lengua que el destinatario entienda. Se trata así de evitar costes y gastos inútiles en el caso de que el destinatario del acto esté en condiciones de entenderla. El problema está en precisar qué hay que entender por “lengua que el destinatario entienda”; una fórmula que persigue facilitar la notificación, pero cuya prueba puede resultar “diabólica”⁷⁹. Es cierto que en un mundo globalizado como en el que vivimos exigir en todos los supuestos la traducción del acto que se notifica al extranjero está fuera de toda realidad y puede acarrear, incluso, la indefensión del demandado. Así, por ejemplo, podría suceder que se demandara en España a un ciudadano español residente en el extranjero. Cabe pensar que este tendría una mayor capacidad de comprensión y discernimiento si esta le fuera remitida en español, en lugar, de hacerlo en el/os idioma/s oficial/s del Estado de destino. Además, somos conscientes de que conocer un idioma, no implica comprender la terminología jurídica. No obstante, a tenor de lo establecido en el art. 3 de la Constitución Española⁸⁰, se puede afirmar que un nacional español debe conocer y entender el idioma español, incluso, aunque, probablemente, nunca haya tenido contacto con nuestro país y haya podido perder el

⁷⁶ De hecho, esta es la solución aportada en el art. 26 de la Propuesta doctrinal presentada en 2012.

⁷⁷ ECLI:EU:C2008:264.

⁷⁸ En este sentido se pronunciaba el art. 26.2º de la Propuesta doctrinal presentada en 2012.

⁷⁹ A. Rodríguez Benot. “La Ley de Cooperación...”, *loc. cit.* n. 244.

⁸⁰ Según el cual: “El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla”.

idioma⁸¹. Así, la determinación de si un ciudadano debe conocer entender el idioma oficial existente en el Estado cuya nacionalidad ostenta depende de lo establecido en la normativa de dicho Estado.

También es cierto que no existe un derecho a ser notificado en la lengua materna, es decir, la notificación puede ser remitida en una lengua distinta de la existente en el Estado cuya nacionalidad ostenta el demandado, y que esta no sea lengua oficial en el Estado de destino. En tales casos, determinar si el destinatario de la notificación entiende o no el idioma en el que está redactada la notificación que ha recibido es una cuestión meramente probatoria. Pero, ¿cómo se demuestran, en tales casos, las habilidades lingüísticas del destinatario de la notificación? Es más, ¿cuáles son los conocimientos lingüísticos exigibles a una persona física? ¿Y a una jurídica? Ciertamente, la concreción del conocimiento de un idioma sólo puede realizarse a través de indicios, como así admitió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 8 mayo 2008. De hecho, sorprende, como así ha admitido este Tribunal, que la existencia de un pacto contractual en que se estableciera que las comunicaciones se hagan en una determinada lengua constituye solo un indicio –eso sí de gran solidez– de conocimiento de esta. En cualquier caso, esta es una cuestión a valorar, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, pudiendo considerarse a tales efectos las cartas, los documentos precontractuales o comunicaciones existentes entre las partes, etc. Se trata de determinar si el documento que se pretende notificar se halle redactado o traducido en una lengua que le permita al demandado tener conocimiento de lo que se le notifica de manera suficiente para organizar su estrategia procesal.

A pesar de la bondad de esta última regla, somos conscientes que esta plantea una serie de interrogantes y de problemas prácticos. El primero, saber qué sucede si la notificación no se remite traducida a una de las lenguas oficiales del Estado de destino y el destinatario considera que no entiende la lengua en la que está redactado el documento que le ha sido notificado. Es decir, hasta qué punto el notificando puede exigir que se le notifique en el idioma oficial del Estado de destino. ¿Puede el demandado rechazar el documento que se le notifica si este no está redactado en un idioma para él comprensible? Y, en caso de que así fuera, ¿de qué plazo dispone? ¿Cuáles serían las consecuencias jurídicas que ello supondría? ¿Podría subsanarse ese defecto de forma? Lamentablemente, el legislador no se ha ocupado ni preocupado de regular estos aspectos que, a nuestro juicio, son de capital importancia, y que podrían ser fuente de problemas prácticos en el futuro⁸². A nuestro modo de ver, el legislador español no sólo debió contemplar

⁸¹ En contra L.F. Carrillo Pozo y M.J. Elvira Benayas, *Instrumentos procesales...*, op. cit., p. 85.

⁸² En el Dictamen del Consejo de 26 marzo 2015 sí se contemplaba la posibilidad de que el demandado rechazara la notificación si el documento era redactado en una lengua que no comprendiera (<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-236>), así como el Informe del CGPJ.

la posibilidad de que en estos casos pudiera rechazarse la notificación, sino también en qué plazos debía producirse. La ausencia de toda regulación al respecto podría no sólo ser fuente de una elevada dosis de inseguridad jurídica, sino también de dilaciones y costes innecesarios, y que podría haber solucionado adoptando la fórmula establecida en el art. 8 del Reglamento nº 1393/2007⁸³. No obstante, ¿hasta qué punto el legislador español puede obligar a las autoridades de otro Estado a informar al demandado de la posibilidad que tiene de rechazar el documento? Además, ni siquiera esta fórmula está ausente de problemas en la práctica a nivel institucional, como así se ha evidenciado en la Sent. del TJ de 2 marzo 2017 (As. C-354/15: *Henderson*), donde se cuestionaba la nulidad de una notificación practicada por correo sin estar acompañada del formulario normalizado donde se informaba al demandado de su derecho a negarse a aceptar el documento que se le notifica⁸⁴.

Por otra parte, es cierto que la operatividad práctica de esta regla depende del talante y buena fe del demandado. No es descartable que este alegue desconocimiento absoluto del idioma en el que ha sido redactado el documento que le ha sido notificado y, por tanto, que exista un comportamiento contrario a las reglas de buena fe, actuando de manera abusiva o fraudulenta, en cuyo caso, a tenor de lo establecido en los art. 11.2º LOPJ en relación con el art. 274 LEC, el tribunal podrá imponerle una multa.

C) Del idioma en los supuestos *ad intra*

Según lo establecido en el art. 25.2º, en las comunicaciones *ad intra*, es decir, aquellas que están dirigidas a un demandado que está en España, los documentos deberán ir acompañados de una traducción al español o, en su caso, a la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, o a una lengua que el destinatario entienda en los términos establecidos en el apartado anterior.

Este precepto merece una valoración positiva por dos razones. En primer lugar, porque es la primera vez que el legislador español regula el idioma del documento que se notifica, frente al anterior régimen normativo que sólo contemplaba el idioma en el que debía de redactarse las solicitudes o peticiones de notificación (art. 278.I.3º LOPJ en su versión anterior). Y, en segundo lugar, porque pretende preservar los derechos de defensa del demandado que se encuentra en España,

⁸³ Según este precepto, “[...] el organismo receptor informará al destinatario, mediante el formulario normalizado que figura en el anexo II de que puede negarse a aceptar el documento, bien en el momento de la notificación o traslado, o bien en el plazo de una semana, si no está redactado en una de las lenguas que el Reglamento admite”.

⁸⁴ ECLI:EU:C:2017:157.

pues impone que el documento que se notifique venga acompañado de la correspondiente traducción (al español o lengua oficial de la Comunidad Autónoma) o a una lengua que el destinatario entienda. De hecho, se puede afirmar que es una regulación mucho más afortunada que la establecida en el art. 38 del Anteproyecto de Ley de Cooperación jurídica internacional, cuya fórmula resultaba altamente criticable, pues se apoyaba en la nacionalidad del destinatario como criterio clave para regular el régimen de la traducción. Un criterio que no resultaba adecuado fundamentalmente por los problemas que su concreción y determinación generaban, así como los de índole probatoria⁸⁵.

No obstante, en torno a dicho precepto surgen cuatro cuestiones básicas. La primera es la de saber si la traducción debe ser necesariamente oficial o puede ser privada. Esta es una cuestión que no está expresamente resuelta en el mismo. Aunque, si aplicamos por analogía lo dispuesto en el art. 144.2º LEC, podemos concluir que bastará una traducción privada. Sólo si el destinatario impugna su validez, sería, entonces, necesaria y precisa una traducción oficial⁸⁶. La segunda es saber qué extremos del documento que se pretenden notificar deben traducirse, a saber: todos los documentos (demanda+anexos) o sólo la demanda. Esta es una cuestión que el legislador español tampoco ha previsto expresamente⁸⁷ y, aunque, somos partidarios de que sólo se traduzca los documentos que permitan comprender al demandado el objeto y la motivación de la acción ejercitada, si aplicamos lo dispuesto en el art. 144.1º LEC, todo documento que se notifique en España debe venir acompañado de la correspondiente traducción, es decir, la obligación de traducción alcanza a todo, y no sólo lo fundamental⁸⁸. La tercera cuestión que plantea la lectura de este precepto trae origen en la doctrina derivada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC). Según esta, no está del todo claro si sería posible o no entregar un documento a un destinatario domiciliado en una Comunidad Autónoma tanto en español como la lengua oficial de dicha

⁸⁵ Sobre la misma *vid.* N. Marchal Escalona, “La fecha y el idioma de la notificación internacional: perspectivas de futuro” *AEDIPr*, 2000, t. 0, n.º 308.

⁸⁶ Al respecto *vid.* la disposición adicional décima sexta de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado se ocupa de regular los requisitos para la realización de traducciones e interpretaciones de carácter oficial (BOE 26.3.2014), modificada por la Disposición final cuarta de la Ley 29/2015. Sobre la misma *vid.* A. Lara Aguado, “Comentario a la Disposición Final Cuarta”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González, G. Palao Moreno, Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp.1077–1088; *id.*, “La reforma de la traducción e interpretación oficial en Derecho internacional privado español”, *REEI*, n.º 32, 2016, pp. 1–36.

⁸⁷ Si lo hacía, por el contrario, el art. 26.3º de la Propuesta doctrinal presentada en 2012.

⁸⁸ No obstante, la jurisprudencia española no se muestra unánime al respecto. *Vid.* en este sentido, las sentencias citadas por L.F. Carrillo Pozo y M.J. Elvira Benayas, *Instrumentos procesales... op. cit.*, p. 98 esp. nota 186.

Comunidad, tal y como admite este precepto⁸⁹. Y ello porque, el Tribunal Constitucional no ampara esa absoluta fungibilidad de los idiomas nacionales, al afirmar que el único idioma que hay que conocer es el español, sin imponer ni presumir el conocimiento de los demás cooficiales, pues el art. 3 de la Constitución española no establece para ellas ese deber, sin que ello pueda considerarse discriminatorio (Sentencia TC 337/1994, de 23 diciembre 1994⁹⁰). Significa que el destinatario en caso de recibir unos documentos redactados en algunas de estas lenguas regionales podría –al menos en teoría– rechazarlos y solicitar que le fuera notificado en español. La tercera y última cuestión que queda por aclarar es la dificultad de probar, tal y como hemos apuntado más arriba, que el demandado entiende el idioma en el que está redactado el documento que le ha sido notificado, tal y como permite este precepto. En suma, el cambio de rumbo que el legislador español ha adoptado en la regulación de la cuestión del idioma de las notificaciones internacionales es evidente. No obstante, a pesar de que la regulación contenida en los preceptos objeto de comentario ha supuesto un avance significativo en este ámbito, hemos detectado ciertas deficiencias técnicas, así como carencias o lagunas significativas, amén de los problemas que su aplicación práctica podría acarrear en el futuro.

VI. Garantías procesales de defensa

1. Introducción

Todo proceso equitativo aconseja la búsqueda de un razonable equilibrio entre los intereses del demandante y demandado, entre el derecho a obtener una tutela judicial efectiva y el derecho a no quedar indefenso. Pero es preciso tomar en consideración que el demandado se presenta como parte débil en la relación procesal, razón por que requiere de una mayor protección. En concreto, los derechos procesales de defensa encuentran una adecuada protección en la Ley 29/2015, en la determinación de la fecha de la notificación (*ad intra* y *ad extra*), por una parte, y en la suspensión del proceso en caso de incomparecencia del demandado, por otra.

2. La fecha de la notificación transfronteriza

La notificación o traslado de un acto presupone una serie determinada de efectos o consecuencias jurídicas. Uno de estos efectos lo constituye el transcurso de los plazos para el ejercicio de una determinada acción (comparecer, interponer recurso

⁸⁹ Muestra de ello es que el art. 25.2º del Anteproyecto de Ley de Cooperación jurídica internacional de 4 julio 2014 no hacía referencia alguna a las lenguas oficiales de las Comunidades autónomas. En este mismo sentido, se pronunciaba la Propuesta doctrinal de 2012.

⁹⁰ BOE 23.1.1995.

o excepción procesal, etc.). A tales efectos, resulta fundamental saber a partir de qué momento transcurren dichos plazos, es decir, cuándo se considera efectiva la notificación. El art. 23 Ley 29/2015 responde a dicha cuestión. Según el cual, la fecha de notificación o traslado de un acto jurisdiccional es: “[...] aquella en que el documento haya sido efectivamente notificado o trasladado de conformidad con el Derecho interno del Estado requerido o del lugar de la notificación y traslado”⁹¹.

A priori, la valoración que merece dicho precepto es positiva por tres razones. En primer lugar, porque es la primera vez que el legislador español prevé una solución expresa y concreta a la cuestión de la fecha de la notificación internacional. En segundo lugar, porque la solución que ofrece está en perfecta sintonía con la normativa procesal y la doctrina constitucional existente al respecto. Es sabido que, desde la óptica del Derecho español, la regla general es que la fecha para considerar efectiva la notificación es la fecha de recepción de la misma, es decir, cuando esta llega al efectivo conocimiento del demandado. No es una posibilidad de conocimiento lo que se exige, sino un conocimiento efectivo. Ello supone la obligación que tiene el juez de velar que el acto ha sido notificado, y que ha llegado a la esfera de cognoscibilidad del destinatario en tiempo y forma. Por otra parte, difícilmente sería legítima y admisible, desde el punto de vista constitucional, tomar como punto de referencia una fecha diferente a la de la entrega efectiva al destinatario. Y, en tercer y último lugar, porque dicha solución resulta aplicable, como hemos indicado, sea cual sea el medio de notificación elegido, de los que se enuncian en el art. 21 de la Ley, para remitir la notificación al extranjero. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el legislador español debería de haber optado por una fórmula más decidida y concreta. *De lege ferenda*, debería haber contemplado tal fecha es la de la entrega efectiva al destinatario o en domicilio⁹². Además, hubiera sido deseable que esta fórmula hubiera sido completada con una cláusula que permitiera la duplicación de los plazos previstos en la legislación procesal española en el ámbito internacional, como así propugnaba la Propuesta doctrinal presentada en 2012 con la posibilidad, discrecional y excepcional, de que el juez prorrogase dicho plazo, siempre que ello estuviera justificado. Por otra parte, sería aconsejable eliminar cualquier referencia a la *lex loci executionis* en este ámbito, por los problemas prácticos e interpretativos que ello pudiera ocasionar. Es evidente que la Ley del Estado de destino está llamado a desempeñar un papel importante en la cuestión de la fecha; pero, en modo alguno, debe ser este quien determine cuando se considera efectiva una notificación internacional, pues el proceso se desarrolla en España y resulta, por tanto, aplicable lo establecido al

⁹¹ Un análisis de los antecedentes legislativos en N. Marchal Escalona, “Art. 23”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 305–310.

⁹² En este sentido *vid.*, N. Marchal Escalona “La fecha y el idioma...”, *loc. cit.*, p. 304.

respecto en la *lex fori* (*lex fori regit procesum*). Ahora bien, también es cierto que la notificación se ejecuta en el Estado de destino y, por tanto, la fecha de recepción y de entrega, es decir, la fecha a partir de la cual –según hemos determinado– debería comenzar a computar los plazos, sería aquella que especificasen las autoridades del Estado de destino. Eso sí, en los casos en los que estas interviniese, cosa que no sucede en todos los medios de notificación admitidos en la Ley de Cooperación Jurídica internacional.

Es destacable que la fecha de las notificaciones judiciales dirigidas a Estados extranjeros gocen de un régimen específico, pues, según lo establecido en el art. 27.3º, la notificación realizada se entenderá efectuado dos meses después de la fecha que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción⁹³. Ahora bien, también es cierto que el plazo se aplica sólo al primer emplazamiento (notificación de la demanda).

3. Sobre la incomparecencia del demandado

El art. 24 Ley 29/2015 obliga al órgano jurisdiccional que está conociendo de un asunto, en caso de incomparecencia del demandado, a suspender el proceso, mientras no se acredite que la demanda o el documento de que se trate ha sido regularmente notificado. De esta manera se asegura de que el proceso no continúe sin que sea garantizado que el demandado ha recibido la notificación y ha tenido, por tanto, oportunidad de defenderse. No obstante, según el párrafo segundo de dicho precepto, se puede instar, transcurridos seis meses desde la fecha de envío de la demanda o del documento en cuestión, la continuación del proceso y el consiguiente levantamiento de la suspensión aun cuando no se haya podido certificar que la notificación ha tenido lugar. Se intenta proporcionar así una solución justa y conciliar los intereses de las partes en presencia (demandado/demandante). Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de adoptar medidas cautelares.

Este precepto contempla una regulación similar a la prevista en los arts. 15 del Convenio Haya 1965 y el 19 del Reglamento comunitario, lo cual debe ser valorado de forma positiva, si bien es cierto ello dependerá de si y en qué medida las autoridades españolas aplican en la práctica lo dispuesto en el mismo. No obstante, la regulación que ofrece el legislador español se diferencia de lo dispuesto en el ámbito internacional en tres aspectos. En primer lugar, en que sólo obliga a suspender el procedimiento hasta que se acredite que el documento ha sido regularmente notificado, pero nada dice sobre la necesidad de verificar que el documento haya sido notificado en tiempo oportuno para que el demandado pueda defenderse. *Lapsus*

⁹³ A diferencia de lo establecido en la Propuesta doctrinal de 2012 donde consideraba que la notificación se consideraba practicada con la recepción de los documentos por el Ministerio de Asuntos Exteriores extranjero.

calami del legislador español que, en modo alguno, debe constituir un obstáculo para que ello no suceda así. En segundo lugar, reconoce que el juez proveerá a instancia de parte cuando transcurran los seis meses señalados; mientras que en la regulación internacional, dicha cuestión, parece ser una facultad discrecional de la autoridad judicial en la medida en que utiliza la expresión “podrán” proveer⁹⁴. En tercer y último lugar, nada se establece sobre la posibilidad de eximir al demandado de los plazos de la preclusión resultante de la expiración de los plazos de recursos contra una resolución dictada contra él; carencia que en modo alguno significa que el demandado rebelde quede indemne⁹⁵.

VII. Conclusiones

La aprobación de la Ley 29/2015 ha supuesto un avance significativo en la regulación de la notificación internacional en el ámbito estatal. Comporta la modernización del sistema y su alineación con las soluciones ofrecidas en los textos internacionales, y donde la protección de los derechos de defensa del demandado constituye un valor acuñado y asumido. La principal virtud de esta Ley frente a la normativa anterior reside en que regula de forma expresa la cuestión de la fecha y del idioma del documento que se notifica, así como la obligación de los órganos jurisdiccionales españoles de suspender el procedimiento hasta que se acredite que la notificación del inicio del proceso se ha producido en tiempo y forma. Debe también valorarse de forma positiva que la Ley 29/2015 haya incluido previsiones específicas sobre la notificación de documentos extrajudiciales, así como de documentos judiciales, cuyo destinatario sea un Estado extranjero, si bien es cierto que la regulación que ofrece de los mismos es parca e insuficiente. Con todo, no es menos cierto que la técnica legislativa utilizada por el legislador español es, en ciertos casos, deficiente, además, de existir innegables carencias y algunos desaciertos. Echamos en falta una disposición en la que se indique expresamente cuándo una notificación es internacional y reprobamos el que se haya optado por centralizar el proceso de notificación en una única autoridad (la Autoridad Central), que complica y ralentiza sobremanera el proceso de notificación. Por su parte, el legislador debería de haber sido más claro y preciso a la hora de regular las vías o mecanismos de notificación. A nuestro juicio, no todas las vías de notificación que están reguladas y resultan operativas en el ámbito institucional y convencional, como así sucede con la vía postal, deberían de haber sido previstas e incorporadas a la Ley 29/2015. En cualquier caso, se trata de una regulación que

⁹⁴ L.F. Carrillo del Pozo y M.J. Elvira Benayas, *Instrumentos procesales...*, op. cit., p. 111. Para este autor dicha cuestión no puede quedar a la discreción del juez. Proveer debe de ser una obligación del actor.

⁹⁵ L.F. Carrillo del Pozo, “Art. 24”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 329.

puede contribuir a una mejor realización de la Justicia, cuyo éxito dependerá de si y en qué medida las autoridades extranjeras atiendan y satisfagan las solicitudes de cooperación de las autoridades españolas, y de cómo aquellas respeten lo establecido en la presente Ley.

Bibliografía

- Arenas García, R.: “Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento”, *AEDIPr*, t. 0, 2000,, pp. 231–260.
- Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, 16ª ed., vol. I, 2016, Granada, Comares.
- Carrillo Pozo, L.F.: “Art. 21”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 268–286.
- : “Art. 24”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 315–331.
- Carrillo Pozo, L.F., Elvira Benayas, Mª.J.: *Instrumentos procesales de la UE. Los reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*, Granada, Comares, 2012.
- Castelló Pastor, J.J.: “Art. 26”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 347–350.
- Campuzano Díaz, B.: “Art. 13”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 160–169.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Coordinación de la Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *REDI*, vol. 68/1, enero–junio, 2016, pp. 99–108.
- Diago Diago, Mª.P.: “Art. 28”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 362–370.
- Fernández Rozas, J.C., Sánchez Lorenzo, S.A.: *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson/Reuters/Civitas, 2017.
- Forner Delaygua, J.J.: “Concepto de documentos extrajudiciales que deben ser objeto de una transmisión formal a los destinatarios residentes en otros Estados”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 1121–1124.
- Font I Segura, A.: “Art. 3”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González, G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 66–83.
- : “Art. 1”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 39–51.
- Forcada Miranda, F.J.: “Las comunicaciones judiciales directas y la nueva Ley 29/2015, de 30 julio cooperación jurídica internacional en materia civil: una propuesta de Guía práctica para el establecimiento y desarrollo de comunicaciones judiciales directas en casos específicos”, *Bol. Inf. Mº Just.*, nº 2190, 2016, pp. 1–57.

- : “Art. 4”, *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación jurídica internacional en materia civil* (A. Fernández-Tresguerres García, coord.), Hospitalet de Llobregat (Barcelona), Wolters Kluwer España, 2017, pp. 86–108.
- García Parra, E.: “Art. 28”, *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación jurídica internacional en materia civil* (A. Fernández-Tresguerres García, Coord), Hospitalet de Llobregat (Barcelona), Wolters Kluwer España, 2017, pp. 214–215.
- Gómez Jene, M.: “Art. 27”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González, G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 351–361.
- Herránz Ballesteros, M.: “Art. 8”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González, G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 105–117.
- Heredia Cervantes, I., Rodríguez Pineau, E.: “Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 28, 2013, pp. 91–106.
- Lara Aguado, A.: “Comentario a la Disposición Final Cuarta”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1077–1088.
- : “La reforma de la traducción e interpretación oficial en Derecho internacional privado español”, *REEI*, nº 32, 2016, pp. 1–36.
- Marchal Escalona, N.: “Art. 23”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 305–310.
- : “La fecha y el idioma de la notificación internacional: perspectivas de futuro”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 299–310.
- : *Garantías procesales de defensa y notificación internacional*, Granada, Comares, 2001.
- : *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Comares, Granada, 2002.
- : “Art. 25”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González, G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 332–345.
- Parra Rodríguez, C.: “Art. 10”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González, G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 130–137.
- Puig Blanes, F.P.: “Art. 14”, *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación jurídica internacional en materia civil* (A. Fernández-Tresguerres García, Coord.), Hospitalet de Llobregat (Barcelona), Wolters Kluwer España, 2017, pp. 146–161.
- Requejo Isidro M.: “Antisuit injunctions y su notificación en el contexto del Convenio de La Haya de 15 noviembre 1965”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 421–432.
- Rodríguez Benot, A.: “La Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 6, 2016, pp. 234–259.
- : “Art. 11”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González, G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 138–151.
- : “Art. 15”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. Méndez González, G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 199–203.

Simoni A.: *Study on the Service of Documents. Comparative legal analysis of the relevant laws and practices of the Member States. Final Report, No JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0049* 5th October 2016.

Virgós Soriano, M. y Garcimartín Álferez, F.J.: *Derecho procesal civil europeo. Litigación internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas/Thomson /Reuters, 2007.

Recepción: 21 abril 2017

Aceptación: 2 junio 2017

ENTRE LA HAYA, HAMBURGO Y ROTTERDAM: LA COMPLEJA OPCIÓN LEGISLATIVA INTERNA ANTE LAS CUESTIONES DE JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE EN EL DERECHO MARÍTIMO

Juan José ÁLVAREZ RUBIO*

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. II. Contratación marítima internacional y autonomía de la voluntad. Acuerdos atributivos de jurisdicción y cláusulas arbitrales en el Derecho internacional y en el Derecho interno español. 1. Libertad contractual en el ámbito marítimo: los usos del sector. 2. Jurisdicción y arbitraje en el sistema de “Las Reglas de La Haya” y “La Haya-Visby”. 3. La regulación sobre competencia judicial internacional y arbitraje contenida en el Convenio de Hamburgo de 1978. 4. Competencia judicial internacional y arbitraje en el Convenio UNCITRAL de 2008 (“Reglas de Rotterdam”). 5. La LNM y su interacción con otros bloques normativos. A) Las previsiones de la LNM y del RB I bis en materia procesal. B) Los acuerdos de elección de foro y las cláusulas arbitrales en el sector marítimo. III. Conclusiones finales.

RESUMEN: Esta reflexión tiene por objeto el análisis y valoración crítica de la evolución normativa experimentada en el sector de la contratación marítima internacional. En particular, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, el análisis se centrará en el estudio comparado del bloque normativo interno o nacional (LNM), el bloque normativo europeo (RB I bis), y el bloque normativo internacional (Reglas de la Haya y Reglas de la Haya-Visby, así como el Convenio de Hamburgo de 1978 y las Reglas de Rotterdam de 2008) aplicable a las materias de jurisdicción y arbitraje. De este modo se valorará el grado de autonomía de la voluntad de las partes previsto en cada una de las citadas normas en relación a los acuerdos atributivos de jurisdicción y las cláusulas arbitrales, y poder así valorar en qué medida tal heterogénea y divergente ordenación normativa genera incertidumbres e inseguridad jurídica que perjudican a los operadores jurídico-empresariales de este importante sector del comercio internacional.

PALABRAS CLAVE: DERECHO MARÍTIMO INTERNACIONAL – JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE – DERECHO EUROPEO – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – LEY INTERNA – CONVENIOS INTERNACIONALES.

ABSTRACT: *Between The Hague, Hamburg and Rotterdam: the Complex Internal Legislative Option for the Questions of Jurisdiction and Arbitration in the Maritime Law*

* Catedrático de Derecho Internacional Privado. UPV/EHU.

This reflection is aimed to the analysis and the critical assessment of the normative evolution experienced in the international maritime contracting sector. In particular, from the perspective of private international law, the analysis will focus on the comparative study of the domestic or national regulatory system block (LNM), the European legislative framework (RB I bis) and the international legislative framework (the Hague–Visby Rules, as well as the Hamburg Convention of 1978 and the Rotterdam Rules of 2008) applicable to matters of jurisdiction and arbitration. In this way, it will be valued the degree of autonomy of the will of the parties provided for in each of the above mentioned rules in relation to agreements granting jurisdiction and the arbitration clauses, and to be able to appreciate to what extent such heterogeneous and divergent regulation generates uncertainty and legal insecurity that prejudices to legal–business operators of this relevant sector of international trade.

KEYWORDS: INTERNATIONAL MARITIME LAW – JURISDICTION AND ARBITRATION – EUROPEAN LAW – INTERNATIONAL PRIVATE LAW – INTERNAL LAW, INTERNATIONAL CONVENTIONS.

I. Consideraciones preliminares

El sector del transporte marítimo de mercancías, inherentemente internacional y con alta incidencia en nuestra economía estatal requiere altas dosis de coherencia normativa y de seguridad jurídica para aportar a los operadores empresariales y jurídicos un marco regulador bien definido. Esta exigencia proyecta su operatividad tanto en el plano estrictamente mercantil como en la dimensión técnico–procesal.

El objeto de estas reflexiones es comprobar en qué medida la suma de bloques normativos en presencia de fuente convencional, institucional e interna y que convergen en nuestro ordenamiento español no contribuye en modo alguno a lograr ese escenario de clara delimitación del régimen jurídico aplicable a cuestiones claves o troncales tales como la concreción del régimen de derechos y obligaciones de las partes o toda la dimensión procesal civil internacional y en particular la cuestión vinculada al papel que haya de reconocerse a la autonomía de la voluntad de las partes en el plano de la jurisdicción ordinaria y de sometimiento a arbitraje en los siguientes bloques normativos: la Ley de Navegación Marítima española (Ley 14/2014 –en adelante LNM–)¹, el marco jurídico internacional convencional compuesto por el Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento², enmendado por el Protocolo de Bruselas de 23 febrero 1968 y el Protocolo de Bruselas de 1979 (sistema de “Las Reglas de la Haya” y “La Haya Visby”)³, el Convenio de Hamburgo de 1978 sobre transporte marítimo de mercancías, las previsiones normativas del Convenio UNCITRAL de 2008 (Reglas de Rotterdam) y por último el conjunto normativo de fuente institucional derivado de los Reglamentos europeos.

¹ Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. BOE 25.7.2014.

² Gaceta 31.7.1930.

³ BOE 11.2.1984.

El inagotado debate en torno al complejo equilibrio entre los intereses en presencia en este sector y en particular el centrado en el binomio porteador *versus* cargador ha constituido el verdadero motor de toda esa secuencia de textos normativos, que podría resumirse así: las denominadas “Reglas de la Haya” de 1924 trataron de materializar una primera solución normativa equilibrada entre ambos colectivos (empresas navieras–portadores frente a cargadores), pero la práctica mostró la evidencia de una desprotección de este segundo colectivo, el de los propietarios de las mercancías transportadas, lo cual acabó motivando la aprobación de un segundo régimen normativo plasmado en dos Protocolos secuenciados en su aprobación en once años (1968 y 1979), conocidos como “Reglas de La Haya–Visby”.

El consenso alcanzado para su aprobación se basaba en realidad en una redacción premeditadamente ambigua y que no terminaba de aportar la seguridad jurídica necesaria en un sector especialmente necesitado de normas que clarificasen *ex ante*, con anterioridad a la *litis*, los derechos y obligaciones sinalagmáticos de ambas partes en el contrato principal de transporte y su proyección al haz de contratos coaligados o conexos a la operación de transporte, con frecuente intervención de terceros.

El intento por revisar de forma profunda ese primer eslabón normativo representado por las “Reglas de La Haya” y las “Reglas de La Haya–Visby” culminó, gracias a los trabajos desplegados en el seno de la CNUDMI, con la aprobación en 1978 de las “Reglas de Hamburgo”. Sus notas características, además de intentar una revisión *in toto* del sistema anterior y no una mera reforma o adecuación del mismo, se concretaron en plasmar un nuevo sistema de distribución de riesgos más favorable o protector para los intereses de los cargadores y en dotar al nuevo sistema de una más cuidada y mejor articulada regulación. Esta orientación, técnicamente irreprochable, chocó de facto con los intereses de la industria porteadora representada por los Estados con mayor relevancia y peso en el concierto marítimo mundial y el resultado fue, como es conocido, que ese texto normativo entró en vigor en 1992 gracias a las ratificaciones de países con escasísimo peso en el contexto mundial.

¿Contribuyó realmente el Convenio de Hamburgo de 1978 al objetivo de alcanzar una regulación internacional uniforme del contrato de transporte marítimo de mercancías? F. Berlingieri formuló dos reflexiones de interés sobre el particular⁴: por un lado que si, como ocurre con el Convenio de Hamburgo, éste no es

⁴ F. Berlingieri, “Uniformité du Droit Maritime. Quelques problèmes”, *Il dir.mar.*, 1992–III, p.796 ss; sobre el particular, *vid.* igualmente J. Ramberg, “Unification of transport law: difficulties and possibilities”, *Dir.mar.*, 2010, pp.813–818. En relación a la historia de las Reglas de Rotterdam, *vid.* F. Berlingieri, “The history of the Rotterdam Rules”, *The United nations Convention on Contracts for the International*

ratificado por un número apreciable de Estados que integren a las grandes potencias marítimas del mercado mundial ello significa que tal Derecho uniforme no es juzgado de forma positiva, y, en consecuencia, su entrada en vigor no favorece la uniformidad efectiva del Derecho y puede incluso llegar a suponer un obstáculo frente a tal objetivo; en segundo lugar que si ya existe un cierto grado de uniformidad plasmado en un amplio consenso de los Estados es preciso ser prudente antes de promover una nueva reglamentación internacional.

De inicio, y tras la entrada en vigor del Convenio de Hamburgo de 1978 se agudizó el problema de la coexistencia de diferentes regímenes jurídicos dentro del sector⁵; en efecto, y en su intento de establecer un equilibrio más racional y equitativo entre los intereses de los cargadores y los transportistas y tratando de adecuar la regulación convencional al nuevo orden económico internacional, la citada entrada en vigor del Convenio representó, de hecho, la creación de dos grandes bloques normativos convencionales con incidencia en el mercado de fletes, seguros y en otros conexos⁶.

En definitiva, y como ha sido indicado, esta circunstancia motivó la vigencia simultánea de dos grupos de regímenes: uno de ellos mayoritariamente aceptado por Estados con preeminencia de intereses de los navieros o porteadores (Reglas de la Haya-Visby) y otro (Reglas de Hamburgo) ratificado por Estados de escasa flota naviera y con clara primacía de intereses vinculados a los cargadores. ¿Cómo superar esta situación? Tras un largo período de reflexión se decidió acometer la tarea de elaboración de un tercer instrumento normativo convencional que tratase de superar la dicotomía preexistente, a través de un texto convencional con vocación de imponerse sobre uno y otro de sus antecesores.

En este contexto surgió el Convenio UNCITRAL 2008, conocido como “Reglas de Rotterdam”, ratificado por España con fecha 19 enero 2011 y hoy día muy lejos todavía de poder llegar a recibir el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, nuevas Reglas de Rotterdam que fueron elaboradas con la pretensión de representar un nuevo parámetro de referencia normativo en el sector llamado a superar la suma de atomizadas respuestas normativas preexistentes; a tal fin, la nueva norma convencional subraya en su art. 89 que todo Estado que ratifique el nuevo Convenio o se adhiera a él deberá denunciar simultáneamente tanto el Convenio de Bruselas de 1924 (con sus Protocolos de 1968 y 1979, si fuera Parte en los

Carriage of goods Wholly or Partly by Sea— An Appraisal of the Rotterdam rules, M.D. Guner-Özbek (Ed.), Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2011, pp.1–63.

⁵ Sobre las consecuencias económicas y de otra índole que conlleva la entrada en vigor del Convenio de Hamburgo de 1978, vid. el informe elaborado por la Secretaría general de la UNCTAD, “The Economic and Commercial implications of the entry into force of the Hamburg Rules and the Multimodal transport Convention”, Doc. TD/B/C.4/315, de 31 diciembre 1987.

⁶ En tal sentido, J. Lopuski, “Les principales lignes d’évolution du Droit maritime privé: l’influence exercée par la pression des pays en développement”, *Le Droit maritime français*, 1987, pp. 217 ss.

mismos), como el Convenio de Hamburgo de 1978 (en el caso de éste fuese el Convenio vigente para dicho Estado).

Se reitera además que la eventual ratificación del Convenio carecerá de validez jurídica para cualquier Estado hasta que sus denuncias convencionales referidas al resto de Convenios del sector hayan surtido efecto en relación a dicho Estado. Se persigue así, de forma evidente, evitar los conflictos derivados de la clásica sucesión de Tratados internacionales sobre una misma materia e impone una solución que va más allá de los criterios de compatibilidad fijados en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

El objetivo de las Reglas de Rotterdam se concretaba en alcanzar la armonización y unificación progresiva del Derecho marítimo internacional y poder así disponer de un régimen universal obligatorio que contribuyera al buen funcionamiento de los contratos de transporte marítimo (y de aquéllos que prevean asimismo el empleo de otros modos de transporte), para garantizar y promover así la seguridad jurídica y la eficiencia del sector. A tal fin, las Reglas de Rotterdam incorporan una definición propia, autónoma, del contrato de transporte y singularizan un elenco de modalidades contractuales entre las que incluye de forma muy matizada el contrato de volumen, el de transporte de línea regular y el transporte no regular.

En cuanto a la dimensión subjetiva, el Convenio diferencia entre los diversos y potenciales sujetos intervinientes en la relación contractual de transporte: porteador, parte ejecutante, parte ejecutante marítima, cargador, cargador documentario, tenedor y destinatario no sólo de forma descriptiva sino con influencia directa en sus previsiones normativas, al consagrar a su vez soluciones materiales divergentes, por ejemplo, en materia de derivación de responsabilidad, o de admisibilidad de cláusulas contractuales de elección de ley o de selección del tribunal competente, en función de la parte contractual de que se trate. El nivel de matices que consagra el texto convencional es muestra evidente de la complejidad contractual y de la necesidad de descender al haz de relaciones creadas a partir de una inicial o troncal relación de transporte.

Otro de los objetivos del Convenio UNCITRAL 2008 se centraba en materializar un intento de conciliar los diferentes intereses en presencia, sobretudo en ámbitos como el del fundamento de la responsabilidad (contractual y/o extracontractual, otra novedad llamativa del nuevo Convenio), o el margen de maniobra conferido a la autonomía contractual (material y conflictual) de las partes⁷.

⁷ Sobre la primacía del respeto por la libertad de contratación y autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho marítimo, J.J. Álvarez Rubio, "Competencia judicial internacional en el transporte internacional. Especial referencia al transporte marítimo", en J.M. De Eizaguirre Bermejo, *El Derecho del trans-*

Así, estas Reglas de Rotterdam restringen el alcance de la autonomía de la voluntad de forma material, al fijar una imperatividad jerarquizada de las disposiciones del Convenio, de manera que parte de ellas no podrán ser en ningún caso superadas por disposición de las partes frente a otras en las que, con requisitos de individualización expresa de los acuerdos, permite desviarse de las previsiones del mismo.

Y todo este extenso elenco de normas que proyectan su operatividad normativa sobre el sector del transporte marítimo se completa con la LNM, elaborada con la pretensión de adaptar el Derecho Marítimo interno español a las nuevas necesidades del tráfico marítimo internacional. Lo que por incoherente en clave de política legislativa no deja de sorprender es que, habiendo ratificado España el nuevo Convenio, regule en la LNM cuestiones ya contenidas en el mismo de forma diferente cuando no opuesta a las previsiones normativas de las propias Reglas de Rotterdam, y ello en ámbitos como el alcance de la autonomía de la voluntad conflictual y material de las partes o como el régimen de responsabilidad aplicable (en este caso claramente inspirado en la LNM por las Reglas de La Haya–Visby, tal y como posteriormente será analizado).

En efecto, cabe preguntarse si la LNM logra realmente sus objetivos, concretados de acuerdo con lo dispuesto en su propio Preámbulo en la pretensión de homogeneizar el ordenamiento jurídico español con el Derecho marítimo internacional, aportar seguridad jurídica al garantizar la coordinación entre las normas españolas, europeas y los Convenios internacionales vigentes, reflejar la realidad práctica actual del transporte marítimo y eliminar las carencias que se han detectado en relación a una pluralidad de intereses nacionales cuya tutela debe ser reforzada en diversos ámbitos materiales como el de la seguridad de la navegación o la protección del medio marino, entre otros.

La ordenación de la responsabilidad del porteador marítimo, regulada en los arts. 277 a 285 LNM viene caracterizada por un régimen que cabe calificar de heterogéneo o singular, ya que muestra un híbrido normativo entre las previsiones contenidas en la Reglas de La Haya–Visby y las Reglas de Hamburgo. Tan solo hay una mínima referencia a la multimodalidad claramente orientada en línea con la previsión de las Reglas de Rotterdam, pero realmente la LNM no adopta sino que se aleja del régimen de responsabilidad previsto en el Convenio internacional que ha sido ratificado por España. ¿Cómo casa esta regulación con el propio tenor del Preámbulo de la LNM, cuando alude a que “la ley ha tenido en cuenta los últimos Convenios en esta materia, especialmente las conocidas Reglas de Rotterdam, previendo así ulteriores modificaciones de su articulado cuando entren en vigor”?; ¿Y cómo se desandará el camino legislativo ahora seleccionado cuando

porte marítimo internacional, I jornadas sobre Transporte Marítimo Europeo, aspectos mercantiles y jurisdiccionales, Donostia (20 y 21 mayo 1993), Escuela de Administración Marítima– Itsas Arduralaritzazko Eskola, p. 133.

haya de cumplirse la propia previsión de la LNM, conforme a la cual (Disposición Final Primera) en caso de que tales Reglas de Rotterdam entren en vigor el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para introducir las modificaciones necesarias en esta ley?.

Se otorga así un carácter provisional o temporal a una ley promulgada. La LNM parece querer validar el régimen de las Reglas de Rotterdam (y hay que recordar que España ratificó el Convenio el 19 enero 2011) pero en cambio instaura un sistema claramente anclado en un sistema mixto, con retales normativos tanto del régimen de las Reglas de La Haya–Visby como de las Reglas de Hamburgo.

Tal y como concluye S. Badiola⁸, las Reglas de Rotterdam manifiestan así un futuro internacional notablemente incierto, contando hasta el momento sólo con tres ratificaciones (España, Togo y Congo), y en el caso de que finalmente llegase a entrar en vigor, tal y como acaeció con las Reglas de Hamburgo, se corre el riesgo de que lo sea con el apoyo de países que quedan al margen de las grandes potencias marítimas mundiales como son EEUU, China o el Reino Unido. Se trataría de una situación nefasta para España, puesto que el *grosso* del comercio marítimo mundial se seguiría rigiendo por las Reglas de La Haya–Visby; por tanto, la ratificación de las Reglas de Rotterdam no homogeneizaría el ordenamiento español con el Derecho marítimo internacional y colocaría a nuestro país en una situación poco conveniente desde el punto de vista del concierto marítimo mundial.

Si descendemos a cuestiones específicas presenta especial interés verificar el papel que deba reconocerse a la autonomía de la voluntad de las partes en el plano de la jurisdicción ordinaria y de arbitraje en la norma interna española y en las normas internacionales vigentes y esta cuestión es el objetivo de las siguientes reflexiones que deben partir necesariamente de un análisis comparado sobre las previsiones contenidas en los distintos instrumentos normativos citados y que coexisten en este sector.

Tales cuestiones están seleccionadas dentro de un elenco de normas contenidas en los referidos textos internacionales y en la norma interna española de aplicación, entre las que a título solo orientativo cabría destacar las contenidas en el ámbito de lo que genéricamente podríamos englobar bajo el epígrafe “jurisdicción”, “reclamaciones y acciones”, o “jurisdicción y arbitraje”.

⁸ S. Badiola, *La responsabilidad del porteador marítimo en las Reglas de Rotterdam*, Tesis doctoral (inédita), Pamplona, Universidad de Navarra, 2016, p.455; Sobre la situación generada con la prematura ratificación del Convenio y la previsión contenida en la LNM vid. J.M. Alcántara González, “Los Tratados internacionales en la Nueva Ley de Navegación Marítima” *Comentarios a la ley de Navegación marítima*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 60.

Pueden apreciarse las mismas en los arts. 12, 43, 44, 45, 50, así como en el muy desafortunado tenor del art. 468, o en el art. 469, entre otros, de la LNM, en los arts. 19, 20, 21, y 22 del Convenio de Hamburgo de 1978 y en los arts. 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, y 78 del Convenio UNCITRAL de 2008 (Reglas de Rotterdam).

No se agotan ahí, por supuesto, los ámbitos de trabajo valorativo de nuestra visión internacional privatista en un estudio de estas características⁹. Por enumerar tan solo otros campos de análisis que exceden del enfoque de estas reflexiones cabría citar las cuestiones vinculadas al ámbito de aplicación de los diferentes Registros previstos (art. 69 y art. 146 LNM), o el papel del capitán como encargado del Registro Civil (art. 178 LNM, y por cierto, en el art. 179 con única referencia al Código Civil y no al resto de Derechos civiles forales o especiales españoles), el régimen de responsabilidad del porteador marítimo y la figura de limitación de responsabilidad (arts. 227 a 286 LNM, arts. 4 a 11 del Convenio de Hamburgo de 1978, y los arts. 17 a 23 y 59 a 61 de las Reglas de Rotterdam), así como las disposiciones sobre responsabilidad contenidas en las Reglas de La Haya y La Haya-Visby.

Es cierto que la LNM española representa sin duda, pese a ciertas soluciones legislativas susceptibles de crítica desde nuestra perspectiva de análisis internacional privatista, un avance normativo relevante dentro de nuestro sistema autónomo al dotar al ordenamiento jurídico interno español de un marco legal moderno y sistematizado y que pretende fomentar además una mayor seguridad jurídica y previsibilidad¹⁰. Pero la cuestión que cabe plantearse es si la LNM consigue alcanzar estos objetivos con su regulación en esta dimensión procesal, en la que los Convenios internacionales en vigor y la regulación contenida en los Reglamentos europeos son técnicamente mucho más respetuosos con la autonomía de la voluntad de las partes y más acordes a los usos y costumbres comerciales vigentes en el sector.

Un claro ejemplo del interés práctico que despierta esta suma de interrogantes sin respuesta (o con respuesta heterogénea en los diversos textos normativos citados) puede apreciarse en la delimitación del margen de maniobra contractual material y conflictual que cabe conferir a las partes en una relación de transporte

⁹ Sobre este particular puede verse el capítulo sobre el contrato de transporte internacional de mercancías contenido en la excelente obra de los profs. J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García, y P.A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2009, pp.390–408.

¹⁰ Entre otros sobre los objetivos de la Ley de Navegación Marítima española puede verse: J.C. Fuente Gómez, “Principios y fines generales de la Ley de Navegación Marítima”, M.V. Petit Lavall, y A. Puetz, (dirs), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 361–366. Sobre los diversos anteproyectos y trabajos preparatorios vid. J.L. Goñi Etchevers, *Temas de Derecho Marítimo*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p.383 ss.

marítimo internacional a la hora de determinar el tribunal estatal competente (o, en su caso, el sometimiento a arbitraje), así como en el momento de seleccionar la normativa aplicable rectora de los derechos y obligaciones de las partes derivadas de dicho contrato¹¹.

Verificar el papel que deba reconocerse a la autonomía de la voluntad de las partes y en particular valorar, con referencia a la evolución de la disciplina internacional en materia de transporte marítimo internacional de mercancías, la relevancia de la autonomía privada en el ámbito procesal exige como reflexión previa atender a la variada tipología de cláusulas en presencia en este sector de la contratación internacional¹², de forma que no cabe dogmatizar en abstracto acerca de su calificación jurídica sin descender a la concreción de su redacción y de la variada y heterogénea tipología contractual existente en el sector. En efecto, para determinar su posible alcance y funcionalidad es preciso tener presente la cobertura normativa que subyace tras dichas cláusulas ya que el tratamiento que éstas reciben en los diferentes bloques normativos en presencia difiere o incluso revela contradictorias respuestas normativas ante una misma realidad contractual.

Todo ello responde a la citada nota de internacionalidad predicada del Derecho Marítimo y a la tendencia hacia su uniformidad normativa internacional que se ha plasmado históricamente en un protagonismo y una profusión de textos convencionales coexistentes con normas de fuente u origen autónomo e institucional, junto a la paulatina importancia de las prácticas y usos mercantiles elaborados por los operadores intervinientes en cada sector. Una uniformidad normativa internacional protagonizada hoy por la europeización del Derecho privado iniciada hace años con el Tratado de Ámsterdam¹³, consolidada y reforzada con la vigencia del Tratado de Lisboa, así como la proyección o dimensión externa de este proceso¹⁴, y que refleja claramente una problemática específica en “territorio jurídico europeo” debido a la mencionada coexistencia en el sector de bloques normativos diferenciados (estatal o interno, europeo e internacional/convencional)¹⁵.

¹¹ Puede verse entre otros: J. Carrascosa González, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *La Ley*, nº 7847, de 27 abril 2012.

¹² Tal y como destaca A. Briggs, “The validity of floating choice of law and jurisdiction clauses”, *Lloyd’s mar. and Com. Law Quart.*, 1986, pp. 508 ss. En la misma orientación, J. Ramberg, “Freedom of contract in maritime law”, *Lloyd’s mar. and Com. law quart.*, 1993, pp. 178 ss.

¹³ J.L. Iriarte Ángel, “La armonización del Derecho internacional privado por la Unión Europea”, *Jado: boletín de la Academia Vasca del Derecho*, nº 9, 2006, pp. 47–73.

¹⁴ Vid. A. Borrás, “La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria–Gasteiz (2001)*, Vitoria–Gasteiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 285–318; M. Guzman Zapater, “Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?”, *La Ley*, nº 7479, 2010, pp. 713 ss.

¹⁵ En este sentido vid. J.C. Fernández Rozas, “La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *RES*, nº 140, 2009, pp. 600 ss.

Esta pluralidad de fuentes normativas coexistentes debe permitir al legislador nacional, europeo e internacional explorar nuevas alternativas de elaboración normativa en un ejercicio de prospección futura que permita simplificar la compleja tarea que implica tratar de coordinar tal esfuerzo codificador en este concreto sector del Derecho marítimo. En efecto, en la actualidad el Derecho marítimo se caracteriza por la pluralidad de fuentes normativas que enriquecen su contenido y queda a su vez estructurado en diversos subsistemas con sentido interno propio y principios particulares. Esta novedosa y atomizada realidad conduce *de facto* a un menor protagonismo de los Convenios como técnica de unificación normativa¹⁶.

Se aprecia así una tendencia cada vez más acentuada hacia la coexistencia de tal herramienta jurídica clásica en la codificación del Derecho internacional con otros instrumentos más flexibles, orientados a ofrecer una respuesta más adecuada que permita a su vez atender a los diversos intereses públicos y privados en presencia mediante el diseño de principios y modelos normativos que garanticen una operatividad práctica adecuada a la compleja y dinámica realidad del sector¹⁷. Así, la metodología normativa tradicional comienza a compartir protagonismo con mecanismos como la autorregulación, que permite garantizar un mayor grado de seguridad jurídica. Sin duda, tal y como hemos advertido, la importancia que esta cuestión tiene en su proyección sobre el Derecho marítimo internacional exige delimitar el margen de maniobra de las partes en una relación contractual de transporte marítimo¹⁸.

La coexistencia de los citados bloques normativos diferenciados que presenta el marco jurídico aplicable al transporte marítimo en la UE genera, debido a una

¹⁶ En relación a la tendencia hacia la uniformidad normativa internacional del Derecho marítimo mediante una profusión de textos convencionales, T. Treves, "Il nuovo Diritto del Mare e le Convenzioni Internazionali sulla protezione dell'ambiente marino", *Dir mar*, 1999-I, pp. 219-231; S.M. Carbone y F. Munari, "Diritto internazionale e traffici marittimi: La codificazione internazionale della disciplina dei traffici marittimi ed il ruolo al riguardo riservato ai soggetti economici privati", *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionali*, Milán, Giuffrè Editore, 1990, pp.7-10. J.M. Alcántara González, *Colección Convenios internacionales de Derecho Marítimo. Visión práctica*. vol.I, *Transporte marítimo de mercancías y pasajeros*, Madrid, 2016, pp.15-19, alude a "una sepultura para el propósito de uniformidad internacional", al referirse a los nueve regímenes diferentes de responsabilidad del porteador y la complejidad derivada de tal atomización y dispersión normativa.

¹⁷ Sobre las insuficiencias de los Tratados multilaterales como cauce idóneo para la codificación internacional y la evolución europea del DIPr, *vid.* J.C. Fernández Rozas, "La ordenación de las relaciones privadas internacionales a través de tratados en las postrimerías de su ciclo histórico", *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 54-62.

¹⁸ Sobre el particular, G. Kaufmann-Kohler, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Frankfurt, 1980, p. 1.

parcial y sectorial armonización del tratamiento normativo de unas realidades contractuales tan complejas¹⁹, un resultado jurídico final que ni está suficientemente consolidado ni garantiza el objetivo de previsibilidad necesario para aportar suficientes dosis de seguridad jurídica a las partes²⁰.

El debate acerca de los posibles métodos de armonización del Derecho marítimo queda así abierto y exige analizar diferentes opciones que permitan alcanzar un grado de previsibilidad clave para el sector²¹. Es necesario resaltar que la unificación del Derecho privado del transporte marítimo mediante normas internacionales aporta sin duda un mayor índice de seguridad jurídica a los operadores del sector cuando, como es frecuente, en una relación contractual se ven implicados distintos ordenamientos jurídicos.

En efecto, una regla unificada en materia de transporte marítimo internacional permite simplificar la labor de prospección vinculada al conocimiento de cualquier conflicto o controversia que pueda acaecer en el desarrollo de un transporte y crea un marco estable de derechos y obligaciones de las partes²².

El legislador no puede obviar que en este sector particular de la contratación internacional partimos de un escenario normativo internacional integrado por la antes citada proliferación de Convenios internacionales aplicables²³, así como por todo un conjunto de prácticas y usos mercantiles confeccionados por los propios

¹⁹ Entre otro sobre esta cuestión: U. Belintxon Martin, "Derecho Internacional Privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n° 1, Marzo 2016, pp. 17–35.

²⁰ Pueden verse el Considerando 15 RB I bis (Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), conforme a cuyo tenor, "Las normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado. La competencia judicial debe regirse siempre por este principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las normas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción"; e igualmente el considerando 16 del R. Roma I (Reglamento (CE) n° 593/2008, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales), conforme al cual, y "Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación".

²¹ Sobre el análisis particular de las concretas necesidades de armonización de un específico sector de actuación normativa R. Luzzatto, "Metodi di Unificazione del Diritto Marittimo e interpretazione Uniforme", *Dir. mar.*, 1999–I, pp.148–151.

²² Entre otros, pueden verse las consideraciones realizadas sobre Derecho uniforme y Derecho internacional privado, con especial incidencia en el régimen convencional, de A. Malintoppi, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milan, Guiffre Editore, 1955, pp. 38–84.

²³ En relación al Derecho comunitario/europeo y su proyección sobre la dimensión del transporte en la UE, puede verse F. Munari, *Il Diritto Comunitario dei Trasporti*, Milan, Guiffre, 1996, pp.50–117.

operadores del sector y además por el nuevo sistema normativo representado por la citada europeización del Derecho privado²⁴. Esta hipertrofia normativa convierte este sector del Derecho en un obligado campo de estudio para nuestra disciplina del Derecho internacional privado²⁵.

En definitiva, y valorando la reflexión en torno al juego de reglas de compatibilidad entre los diferentes bloques normativos en su proyección sobre el ámbito del Derecho marítimo debe calificarse de forma positiva el posicionamiento doctrinal que sostiene la necesidad de emprender una “reunificación” del Derecho marítimo mediante el recurso a unas herramientas jurídicas que permitan minorar la rigidez de las normas convencionales y satisfacer las demandas de agilidad y flexibilidad del sector²⁶.

A su vez, y en el contexto del proceso codificador internacional seguido dentro del bloque del transporte marítimo internacional de mercancías es preciso relativizar las soluciones alcanzadas en cada sector específico, ya que el grado de armonización normativa depende no sólo del consenso formalmente plasmado en la firma de la norma convencional y su posterior ratificación o adhesión; en efecto, el progresivo desarrollo del DIPr revela una acusada sectorialización, de forma que es preciso analizar cada ámbito específico de actuación normativa para apreciar en primer lugar las necesidades de armonización y en segundo lugar el instrumento adecuado para la consecución de tal objetivo.

No es posible, en efecto, aludir genéricamente a la armonización normativa sin descender a cada sector específico. Debe determinarse de forma coordinada con las diversas instancias e intereses en presencia la fórmula más racional y adecuada al objetivo perseguido. Para la comprensión del verdadero significado de la variada tipología de cláusulas contractuales presentes en este sector es preciso atender, en primer lugar, a la compleja fenomenología de las modalidades contractuales a través de las cuales se materializa la prestación del transporte marítimo internacional.

Sin desconocer la existencia de relaciones contractuales mixtas, cabe aludir al fletamento por tiempo (*time-charter*), el fletamento por viaje (*voyage-charter*) y, por último, los contratos de transporte de mercancías en buques de línea, plasmados en conocimientos de embarque como las fórmulas contractuales más habituales en este sector.

²⁴ En cuanto a contratación internacional y el modelo en vigor en la Unión Europea: P.A. De Miguel Asensio, “Contratación internacional: La evolución del modelo de la Unión Europea”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, n° 29, septiembre de 2011, pp. 67–89.

²⁵ Sobre este particular y las múltiples aproximaciones que permite el Derecho marítimo, G. Diena, “Principes du Droit international privé maritime”, *Recueil des Cours*, t.51, 1935, pp. 405 ss.

²⁶ *Vid.* entre otros, A.V. Ziegler, “Alternatives and Methods of Unification or Harmonization of Maritime Law”, *Dir. mar.*, vol.101, n° 1, 1999, pp. 232–239.

Incluso dentro de un mismo sector el recurso a técnicas y soluciones normativas opuestas puede llegar a representar un serio obstáculo frente a la tarea de armonización pretendida: cabe citar como ejemplo el hecho de que tradicionalmente, y dentro del transporte marítimo internacional de mercancías, el sector del transporte a través de pólizas de fletamento ha quedado regulado por normas dispositivas, elaboradas por los propios operadores económicos y no se ha sentido la necesidad de establecer normas que restrinjan o modulen la libertad contractual de los sujetos intervinientes.

En cambio, el sector del transporte de línea regular o en régimen de conocimiento de embarque se ha caracterizado por la vigencia de normas coercitivas en materia de responsabilidad del porteador, plasmadas históricamente en las Reglas de La Haya, La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam.

Frente a la disparidad de técnicas normativas vigentes en ambos subsectores, la realidad contractual demuestra que también el sector de las pólizas de fletamento reclama la presencia de un esquema normativo uniforme de responsabilidad del porteador, un marco de referencia que aporte la necesaria seguridad jurídica a tales operadores, al determinar un régimen de distribución de riesgos y responsabilidades adecuado a tal tipo de contrato. En definitiva, la tendencia en favor de la autocomposición de intereses no se ajusta a la demanda de los intereses del sector y la reproducción de esquemas normativos elaborados para otra modalidad contractual es fuente de numerosos problemas interpretativos y de aplicación.

II. Contratación marítima internacional y autonomía de la voluntad. Acuerdos atributivos de jurisdicción y cláusulas arbitrales en el Derecho internacional y en el Derecho interno español

1. Libertad contractual en el ámbito marítimo: los usos del sector

La plena aceptación del postulado de la autonomía de la voluntad de las partes y su articulación como foro de competencia judicial internacional ha de ser ponderada en atención a los respectivos intereses en presencia, e indagar en la capacidad de discernimiento y de libertad que medie al establecer tales cláusulas atributivas de jurisdicción en favor de determinados órganos judiciales. La noción de libertad contractual como concepto básico del Derecho privado se articula en el ámbito marítimo a través de particulares manifestaciones, como las llamadas cláusulas flotantes de jurisdicción.

Otra problemática específica planteada en este sector se concreta en que dichos acuerdos de elección de foro “convenidos” entre cargador y porteador pueden llegar a producir efectos frente a terceros que no fueron parte en el contrato. Por ello,

deberá analizarse así el valor que, por ejemplo, tendrá para el destinatario de las mercancías objeto de transporte tal cláusula invocada por el transportista frente a la reclamación que el adquirente de las mismas efectúa por un deterioro o pérdida de éstas.

Desde el punto de vista material las normas convencionales englobadas en el ámbito del presente estudio ofrecen numerosos ejemplos en los que el interés de parte subyace en la regulación convencional establecida. En particular, la articulación de foros de protección en favor de la supuesta parte más débil de la relación contractual presenta particulares manifestaciones en el ámbito del transporte. Tal carácter tuitivo se instrumenta al admitir la validez de posibles acuerdos atributivos de jurisdicción siempre que éstos sean convenidos con posterioridad al nacimiento del litigio o a la materialización del hecho dañoso que genera la reclamación o mediante la exigencia de que tales acuerdos atribuyan competencia a los tribunales de un Estado contratante, con el fin de garantizar la aplicación de las disposiciones imperativas que en materia de responsabilidad del transportista establezca la norma convencional. A su vez, el concreto sector del arbitraje marítimo exige profundizar, desde nuestra óptica de estudio, en sus particularidades y analizar los formularios o clausulados-tipo existentes en la práctica negocial, la actuación de los organismos privados internacionales que desarrollan y promueven tal labor arbitral e indagar asimismo en la regulación contenida en las normas convencionales del sector respecto a tal mecanismo privado de solución de litigios, junto a la problemática derivada de prácticas muy habituales, como las llamadas “cláusulas de incorporación”²⁷.

Teniendo presente la permanente interacción existente en el proceso de aplicación de las diferentes normas convencionales vigentes en cada sector del Derecho marítimo y entre éstas y las respectivas legislaciones autónomas o internas correspondientes a los Estados contratantes, debe efectuarse una reflexión global sobre la operatividad práctica de ambas dimensiones procesales (jurisdicción frente a arbitraje) como cauce de solución de las controversias de naturaleza privada surgidas en el seno del Derecho marítimo. Toda reflexión sobre la opción jurisdicción/arbitraje en este ámbito del Derecho Marítimo debe partir de una doble premisa:

Por un lado, hay que desmitificar todo intento de teorizar en abstracto sobre las supuestas ventajas e inconvenientes de una alternativa frente a otra atendiendo a factores como la economía, seguridad jurídica, rapidez y especialidad, y en segundo lugar hay que relativizar toda conclusión formulada con pretensión de globalidad ya que debe descenderse a cada sector específico, al apreciarse ámbitos

²⁷ H.A. Grigera Naón, *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, Tubinga, Mhor, 1992, formula una atinada reflexión sobre la naturaleza y función propia del arbitraje comercial internacional y la problemática del Derecho aplicable por el árbitro.

donde la implantación del arbitraje es amplísima frente a otros en los que carece prácticamente de operatividad práctica.

Resulta muy extenso el elenco de cuestiones que han de ser valoradas atendiendo a la norma que resulte aplicable dentro de los diferentes bloques normativos en presencia. Así cabe citar las relativas a la modalidad a través de la cual se exteriorice la voluntad de las partes de someter a un juez o tribunal extranjero un determinado litigio (sumisión expresa o tácita), el doble efecto de la cláusula de elección de foro (*derogatio fori* y *prorrogatio fori*), la interacción existente entre *Forum/Ius*, las condiciones sustantivas y formales necesarias para la validez del acuerdo, la conexión entre el litigio y el Tribunal elegido, el momento de realización del acuerdo atributivo de jurisdicción (con anterioridad o tras el evento que constituya el fundamento de la eventual reclamación), la problemática concerniente a la oponibilidad de la cláusula atributiva de jurisdicción frente a terceros no parte en el acuerdo que contiene tal cláusula, o la caracterización del foro de competencia resultante del juego de la autonomía de la voluntad de las partes, y por último la dimensión del arbitraje.

2. Jurisdicción y arbitraje en el sistema de “Las Reglas de La Haya” y “La Haya–Visby”

En el específico ámbito del transporte marítimo de mercancías, el Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento, enmendado por el Protocolo de Bruselas de 23 febrero 1968 y el Protocolo de Bruselas de 1979, guarda silencio respecto a la ordenación de la competencia judicial internacional. Representa un claro supuesto en que la persistencia de tal laguna es fruto de la presión mantenida por los transportistas/porteadores intervinientes en el tráfico marítimo internacional. Tal silencio se traduce en el desarrollo de dispares orientaciones jurisprudenciales internas respecto a la validez y alcance de las frecuentes cláusulas atributivas de jurisdicción contenidas en los conocimientos de embarque.

La génesis de las denominadas “Reglas de La Haya” se enmarca, a fines del siglo XIX, en torno al problema generado por el carácter dispositivo de las reglas ordenadoras existentes en tal sector. Bajo el postulado de la libre autonomía de la voluntad de las partes, los porteadores imponían a los cargadores cláusulas contractuales en su exclusivo beneficio. La legislación estadounidense fue pionera en la tarea legislativa iniciada y tendente a reprimir los abusos derivados de tales cláusulas de exoneración, con la promulgación de la “Harter Act” de 1893, que

introdujo normas de carácter imperativo en el régimen de responsabilidad del transportista marítimo²⁸.

En 1921, en el seno del C.M.I., fueron elaboradas las denominadas “Reglas de La Haya”, con la pretensión de que fueran incorporadas voluntariamente a todos los conocimientos de embarque. Sin embargo, al carecer de obligatoriedad su eficacia fue muy reducida y pronto se apreció la necesidad de un Convenio internacional que estableciera normas de carácter imperativo.

Así, en 1922, entre el 17 y el 26 de octubre se reunió en Bruselas la quinta Conferencia Diplomática Internacional de Derecho Marítimo que trabajó sobre las Reglas de La Haya y que finalmente se plasmó en la aprobación del Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento, en un intento de establecer una posición más equilibrada entre cargadores y porteadores²⁹. En cualquier caso seguía siendo una solución de compromiso, inspirada en una orientación básicamente armadora, por lo que adoleció de falta de adaptación al tráfico marítimo internacional³⁰, y el C.M.I. se planteó la necesidad de revisión del mismo, acometida en dos ocasiones: en 1968, con el Protocolo 23 febrero 1968, conocido como “Reglas de Visby”, y en segundo lugar a través del Protocolo de 21 diciembre 1979³¹.

En definitiva, y pese a que el Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento representó un intento por tratar de establecer una posición más equilibrada entre los intereses de cargadores y porteadores, tal norma seguía inspirada en una orientación básicamente armadora³², ya que la configuración como meramente dispositivos de determinados aspectos claves de la relación comercial articulada en torno a la emisión del conocimiento de embarque, regulados, ante el

²⁸ Fue seguida por la *Carriage of goods by sea Act* australiana, de 1904, la *Shipping and Seamen Act* neozelandesa, de 1908 y la *Water Carriage Act* canadiense de 1910.

²⁹ Sobre el ámbito de aplicación de las Reglas de la Haya, vid. W. Tetley, *Marine cargo claims*, 4th Edition, vol. I, Quebec, Thomson Carswell, 2008, p.17; a juicio de J.L. Iriarte Ángel, “Transporte marítimo internacional de mercancías y normas imperativas de terceros Estados”, *R.L.J.*, n°1, enero-febrero 1989, p.7 ss, tal equilibrio aparece reflejado en el ámbito de responsabilidad relativamente reducido que establece el Convenio (jugando tal factor en beneficio de los porteadores), junto al establecimiento de un régimen imperativo, en un intento de proteger los intereses de los cargadores.

³⁰ En tal sentido, J.A. Rueda Martínez, “La responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. VIII, 1990, p.19 ss.

³¹ J.A. Gómez Segade, “El transporte marítimo de mercancías: De las Reglas de La Haya a las Reglas de Hamburgo”, *Revista de Derecho Mercantil*, n°156, 1980, p.221 ss, enumera, entre otras, causas políticas, económicas, técnicas y jurídicas como desencadenantes de tal revisión.

³² J.A. Gómez Segade, *op.cit.*, nota 31, p. 221 ss, señala como uno de los exponentes de tal planteamiento el dato de que el Convenio no estableciera ninguna sanción eficaz para evitar la inclusión en los conocimientos de embarque de cláusulas claramente perjudiciales para los cargadores, como las que fijan como jurisdicción competente la del país del porteador, cuando normalmente la mayoría de las demandas de los cargadores se presentan en el lugar de destino de las mercancías.

silencio del Convenio, por los “pactos” convenidos entre las partes inclinaba la balanza de los intereses en presencia a favor de los armadores.

3. La regulación sobre competencia judicial internacional y arbitraje contenida en el Convenio de Hamburgo de 1978

El Convenio de Hamburgo de 1978 sobre transporte marítimo de mercancías representó un intento por armonizar los intereses en presencia y frenar los abusos cometidos por los armadores bajo el pretexto de una hipotética negociación contractual. En el ámbito de las Naciones Unidas la preocupación por acomodar la normativa convencional existente a las necesidades y realidades del comercio internacional quedó de manifiesto en la labor de estudio realizada por la UNCTAD y UNCITRAL³³. En el seno de la Comisión de transportes de la UNCTAD se constituyó mediante la Resolución 7 (III) de 25 abril 1969 un grupo de trabajo dirigido al estudio de la reglamentación internacional de los transportes marítimos³⁴. Se estableció como prioritario el análisis de los aspectos económicos y comerciales de la normativa internacional vigente en materia de transporte bajo conocimiento de embarque, junto a la necesidad de reglamentar aspectos como el referente al Derecho aplicable y jurisdicción competente, así como el arbitraje en tal sector del transporte.

El resultado de tales trabajos fue un Informe, elaborado por la Secretaría General de la UNCTAD, donde se apuntaban los aspectos del ámbito del transporte más necesitados de modificación. El grupo de trabajo aprobó, en su segunda sesión de trabajo, celebrada en Ginebra del 15 al 26 febrero 1971 la denominada Resolución de Ginebra, que destacó la conveniencia de proceder a la elaboración de un nuevo Convenio internacional, con el fin de superar las incertidumbres e inseguridades derivadas de la ausencia de regulación de aspectos claves como el mencionado de las cláusulas atributivas de jurisdicción, y dirigido a establecer un reparto más equilibrado de riesgos y responsabilidades entre cargadores y porteadores³⁵.

³³ Puede verse, P. Simon y M.R. Hennebicq, “Les Nations–Unies et la réglementation des transports maritimes”, *Europ. Trans. L.*, vol. VII, 1972, p.718 ss.

³⁴ Tal grupo de trabajo es el fruto de la Recomendación formulada por la resolución adoptada por la sesión plenaria de la UNCTAD, celebrada en Nueva Delhi, el 25 marzo 1968. En tal Conferencia se destacó que el órgano competente para proceder a la redacción de nuevos Convenios, o de revisiones de los ya existentes sería la UNCITRAL, pero constatando que ésta no había incluido todavía en su programa de trabajo la reglamentación de los transportes marítimos, se precisó que fuera la UNCTAD la encargada de iniciar las labores de revisión.

³⁵ Junto a la eliminación de tales abusos derivados de la desigual fuerza de negociación contractual de las partes, se pretende superar la actual situación, caracterizada por el desarrollo de dispares orientaciones jurisprudenciales internas, al apreciarse por cada tribunal la validez y alcance de tales cláusulas con arreglo a sus propios criterios internos.

El debate abierto durante la elaboración del Convenio puso de manifiesto la presión de los países en vías de desarrollo, con primacía de los intereses cargadores, que exigían una modificación del vigente régimen convencional de transporte marítimo internacional de mercancías³⁶.

Entre las notas características del Convenio cabe citar la mejor técnica jurídica seguida en su redacción, frente al Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento, al regular el contrato de transporte de mercancías con independencia del documento en que éste se instrumente. Se articula una política de distribución de riesgos entre el propietario de la carga y el transportista más equilibrada, y se dota de una mayor protección al cargador³⁷.

El Convenio regula en los arts. 21 y 22 uno de los aspectos más significativos de la reforma emprendida, al concretar los criterios de atribución en materia de jurisdicción competente y de arbitraje internacional. La ratio perseguida con su introducción se centra en evitar la imposición de foros competenciales por parte de los portadores que, ante la laguna de regulación del Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento, prevén en la práctica totalidad de los casos la competencia en favor de los tribunales del Estado del porteador. Ello obstaculiza cualquier posible reclamación de los cargadores afectados, al ser precisamente el puerto de destino el foro donde suelen plantearse los mayores problemas y las reclamaciones de éstos o de los destinatarios³⁸.

³⁶ Así es destacado por F. Sánchez Calero, *Las Reglas de Hamburgo sobre el contrato de transporte marítimo de mercancías. Una valoración crítica*, Barcelona, Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, 1981, p. 10 ss.

³⁷ Protección que se concreta al reforzar la responsabilidad del porteador desde una triple perspectiva: eliminación de las pormenorizadas causas de exoneración contempladas en el art. 4 del Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento, inclusión del retraso en la entrega entre los fundamentos de tal responsabilidad, y vigencia del principio de la presunción de culpa o negligencia del transportista.

³⁸ De acuerdo con lo dispuesto en el art. 21 del Convenio: “1—. *Dans tout litige relatif au transport de marchandises en vertu de la présente Convention, le demandeur peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal qui est compétent au regard de la loi de l’Etat dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel se trouve l’un des lieux ou ports ci-après: a) l’établissement principal du défendeur ou, à défaut, sa résidence habituelle; b) le lieu où le contrat a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l’intermédiaire duquel le contrat a été conclu; c) le port de chargement ou le port de déchargement; d) tout autre lieu désigné à cette fin dans le contrat de transport par mer.* 2—. *a) Nonobstant les dispositions précédentes du présent article, une action peut être intentée devant les tribunaux de tout port ou lieu d’un Etat contractant où le navire effectuant le transport ou tout autre navire du même propriétaire a été saisi conformément aux règles applicables de la législation de cet Etat et du droit international. Toutefois, en pareil cas, à la requête du défendeur, le demandeur doit porter l’action à son choix devant l’une des juridictions visées au paragraphe 1 du présent article pour qu’elle statue sur la demande, mais le défendeur doit préalablement fournir une garantie suffisante pour assurer le paiement de toutes sommes qui pourraient être adjugées au demandeur. B) Le tribunal du port ou lieu de la saisie statuera sur le point de savoir si et dans quelle mesure la garantie est suffisante.* 3—. *Aucune procédure judiciaire relative au transport de marchandises en vertu de la présente Convention ne peut être engagée en un lieu non spécifié au paragraphe 1 ou 2 du présent article. La*

Se establecen así en el citado artículo una serie de foros concurrentes, a elección del demandante. Junto al foro general de la residencia habitual del demandado, a modo de foros objetivos alternativos o foros de ataque. Por ello, será viable que reclamaciones procedentes de un mismo hecho sean conocidas por tribunales diferentes, ya que es frecuente que un mismo buque transporte mercancías expedidas por distintos cargadores y amparadas en varios conocimientos de embarque. Cada demandante podrá libremente optar por alguno de los foros previstos en el Convenio.

La regulación convencional se caracteriza así por su flexibilidad, e igualmente es observable una clara orientación material, concretada en la intención de frenar los abusos derivados de desiguales posiciones contractuales de los intervinientes. De este modo, el eventual foro convenido por las partes en el contrato de transporte queda caracterizado como facultativo o concurrente, y la parte demandante podrá optar por cualquiera de los restantes foros objetivos establecidos en el precepto. Tal opción no tiene por qué recaer sobre los tribunales de un Estado contratante. Esta extensión de la eventual opción del demandante planteó un importante debate en el proceso de gestación del Convenio, reflejo de la trascendencia práctica que la interacción *forum / ius* posee. En favor de restringir tal opción a los tribunales de un Estado contratante se alegaba que los órganos judiciales de un Estado no Parte no aplicarán el Convenio sino la *lex fori*. Frente a ello, se consideró que exigir que la elección recayera sobre un Estado Contratante supondría restringir en exceso la opción del demandante³⁹.

Entre los foros adicionales o de “ataque” que se abren en favor del demandante se incluye el del puerto del carga o de descarga⁴⁰, en atención a un criterio de proximidad con el objeto litigioso, así como el *forum celebrationis*, que nuevamente requiere para su validez otro requisito, concretado en que el demandado tenga en tal lugar un establecimiento, sucursal o agencia por medio de los cuales se haya celebrado el contrato, en una prueba de la consideración del lugar de celebración como insuficiente vínculo o criterio de atribución.

La admisión de una *actio in rem* contemplada en el apartado segundo del precepto, al establecer la posibilidad de que la acción se presente ante los tribunales

disposition du présent paragraphe ne fait pas obstacle à la compétence des tribunaux des Etats contractants en ce qui concerne les mesures provisoires ou conservatoires”.

³⁹ Por otra parte, se estimó que la previsión del art.22.3 garantizaba la aplicación del Convenio en todo caso. Conforme al citado precepto: “Lorsqu’un connaissance ou tout autre document faisant preuve du contrat de transport par mer est émis, ce document doit contenir une mention selon laquelle le transport est soumis aux dispositions de la présente Convention qui frappent de nullité toute stipulation y dérogeant au prejudice du chargeur ou du destinataire”.

⁴⁰ J.J. Álvarez Rubio, *Derecho Marítimo y Derecho Internacional Privado: algunos problemas básicos*, Vitoria-Gasteiz, Servicio de publicaciones del Gobierno Vasco, 2000, pp. 53–55.

de cualquier puerto o lugar de un Estado Contratante en el que el buque que efectúe el transporte (o cualquier otro buque perteneciente al mismo propietario) haya sido embargado planteó una fuerte polémica en el proceso de elaboración del Convenio, por considerar que el mismo contravenía lo establecido en el Convenio de Bruselas de 1952 sobre embargo preventivo de buques (cuestión procesal superada posteriormente con el nuevo Convenio de Ginebra de 1999). El precepto prevé que, a solicitud del demandado, el demandante deberá trasladar su acción ante alguno de los tribunales previstos en el apartado primero del precepto, a su elección.

Analizados ya los foros objetivos establecidos en el mismo, y la ratio perseguida con su introducción⁴¹, debe señalarse, respecto a los posibles acuerdos atributivos de jurisdicción convenidos entre las partes, que el momento de adopción de los mismos será clave.

En principio, tal acuerdo de elección de foro o de sumisión a arbitraje será válido con independencia del momento en que se realice, pero el alcance del foro derivado de la autonomía de la voluntad de las partes varía según éste sea acordado en el propio contrato de transporte, o se realice después de presentada la reclamación basada en tal contrato de transporte. Si dicho foro competencial forma parte del clausulado del contrato vendrá caracterizado como facultativo y no excluirá por tanto la posibilidad de que el demandante interponga su acción ante cualquier otro de los tribunales competentes, dentro del elenco de foros objetivos señalados en el precepto⁴².

En consecuencia, si el acuerdo atributivo de jurisdicción es incorporado al clausulado del contrato de transporte el demandante no podrá ser obligado por el demandado a presentar la misma ante el tribunal cuya competencia quede establecida por el acuerdo de elección de foro. Tal criterio de atribución concurrente será una más de las opciones abiertas para el actor. Ello revela la orientación material perseguida con el precepto, concretada en la intención de frenar los abusos derivados de posiciones contractuales de dominio.

⁴¹ Concretada en evitar la imposición de foros competenciales por parte de los cargadores, que ante la laguna de regulación del Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento, atribuyen frecuentemente competencia a los tribunales del Estado del porteador. Ello obstaculiza cualquier posible reclamación del cargador afectado, al ser el puerto de destino el lugar o foro donde se manifiestan la pérdida, deterioro de la mercancía o cualquier otra incidencia que genere una eventual disputa entre las partes.

⁴² Conforme al apartado 1 del citado art. 21: “1. Dans tout litige relatif au transport de marchandises en vertu de la présente Convention, le demandeur peut, à son choix, intenter une action devant un tribunal qui est compétent au regard de la loi de l’Etat dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel se trouve l’un des lieux ou ports ci-après: a) l’établissement principal du défendeur ou, à défaut, sa résidence habituelle; b) le lieu où le contrat a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l’intermédiaire duquel le contrat a été conclu; c) le port de chargement ou le port de déchargement; d) tout autre lieu désigné à cette fin dans le contrat de transport par mer”.

El art. 23 consagra el carácter imperativo del Convenio, de manera que sus reglas no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes advirtiéndole de la nulidad de todo intento en tal sentido. El fundamento de tal imperatividad, además de tratar de garantizar un sistema uniforme de responsabilidad del porteador marítimo o transportista, descansa en la necesidad de evitar que, tras la existencia de una supuesta negociación contractual, sean impuestas a la parte más débil de tal relación cláusulas contractuales que desvirtúen el contenido de los principios básicos consagrados en el Convenio⁴³.

Determina así la nulidad de toda estipulación contractual que pretendiera limitar al demandante el margen de elección entre los diversos foros alternativos establecidos en el art. 21.1⁴⁴.

La inclusión de tal foro competencial en el contrato de transporte no queda sujeta a requisito formal ni material alguno. Podrá, por tanto, atribuir competencia a los tribunales de un Estado no contratante. Conforme al tenor literal del precepto, tampoco será necesaria la existencia de un vínculo o conexión entre el tribunal al que se atribuye competencia y el litigio⁴⁵.

El propio art. 21, en su ap. 5, establece el alcance de los eventuales acuerdos atributivos de jurisdicción concertados con posterioridad al surgimiento del litigio⁴⁶. Si el acuerdo de elección de foro es realizado en tal momento, no entrarán en juego los restantes foros alternativos previstos en el precepto⁴⁷. El matiz temporal, relativo al momento de realización del acuerdo atributivo de jurisdicción condiciona el diferente tratamiento dado a uno y otro supuesto. En efecto, conforme al tenor del art. 21.5º surtirá efecto todo acuerdo celebrado entre las partes

⁴³ El citado art. 23 establece que: “1. *Toute stipulation figurant dans un contrat de transport par mer dans un connaissement ou tout autre document faisant preuve du contrat de transport par mer est nulle pour autant qu'elle déroge directement ou indirectement aux dispositions de la présente Convention. La nullité d'une telle stipulation n'affecte pas la validité des autres dispositions du contrat ou document où elle figure*”.

⁴⁴ Sobre el reforzado carácter imperativo del Convenio, puede verse, W.E. Astle, *The Hamburg Rules*, Londres, 1981, p.143 ss, así como el artículo de S. Mankabady, “Comments on the Hamburg Rules”, S. Mankabady (edit.), *The Hamburg Rules on the carriage of goods by sea*, Londres, 1978, p.111 ss.

⁴⁵ La no exigencia de vínculo o conexión suficiente o razonable entre tribunal y litigio ha suscitado ciertas críticas doctrinales. Así, F. Berlingieri, “Il progetto UNCITRAL di Convenzione sul trasporto marittimo di merci”, *Dir. mar.*, 1975, Fasc. II, p.308.

⁴⁶ El art. 21.5º dispone que: “5. *Nonobstant les dispositions des paragraphes précédents, tout accord d'élection de for conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport par mer est valable*”.

⁴⁷ El prof. D.C. Jackson, “The Hamburg Rules and conflict of laws”, S. Mankabady (edit.), *The Hamburg Rules on the carriage of goods by sea*, Londres, 1978, p.221 ss, desentraña perfectamente el mecanismo de ambos apartados del precepto, al señalar que “*First, any agreement made after a claim has arisen is wholly effective, not limited in any way by the designation of permitted jurisdiction. Secondly, any agreement relating to future claims is effective in conferring jurisdiction but not in excluding any of the other permitted jurisdictions*”.

después de presentada una reclamación basada en el contrato de transporte marítimo en el que se designe el lugar en el que el demandante podrá ejercitar una acción⁴⁸.

Idéntica estructura se establece respecto a las cláusulas de sumisión a arbitraje en el art. 22 del Convenio⁴⁹. El momento de realización del acuerdo de sumisión a arbitraje determina el alcance conferido a tal elección. Si es realizado con anterioridad al nacimiento del litigio la posibilidad de que el demandante inicie un procedimiento arbitral en alguno de los lugares especificados en el art. 22.3º, junto al contemplado, en su caso, en el contrato de transporte, queda plenamente abierta⁵⁰.

Sin embargo, y conforme al propio art. 22.6º, ninguna de las disposiciones del artículo afectará a la validez del compromiso de arbitraje celebrado por las partes después de presentada la reclamación basada en el contrato de transporte. La redacción del precepto viene a representar el lógico corolario a la protección conferida al demandante en el art. 21⁵¹.

⁴⁸ El informe de la Secretaría de la UNCTAD sobre “The Economic and Commercial implications of the entry into force of the Hamburg Rules and the Multimodal Transport Convention”, de 31 diciembre 1987 (Documento TD/B/C.4/Part.I), p.55 ss, señala que “*Notwithstanding article 21 °.1 and 2, article 21.5 states that any agreement between parties, after a claim has arisen, designating the place where the claimant may bring an action, is effective*”.

⁴⁹ “1. *Sous réserve des dispositions du présent article, les parties peuvent prévoir, par un accord constaté par écrit, que tout litige relatif au transport de marchandises en vertu de la présente Convention sera soumis à l'arbitrage.* 2. *Lorsqu'un contrat d'affrètement contient une disposition prévoyant que les litiges découlant de son exécution seront soumis à l'arbitrage et qu'un connaissance émis conformément à ce contrat d'affrètement ne spécifie pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur du connaissance, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition à un détenteur de bonne foi du connaissance.* 3. *La procédure d'arbitrage est engagée, au choix du demandeur: a) soit en un lieu sur le territoire d'un Etat dans lequel est situé: i) l'établissement principal du défendeur, ou, à défaut, sa résidence habituelle; ou ii) le lieu où le contrat a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu; ou iii) le port de chargement ou le port de déchargement. b) soit en tout autre lieu désigné à cette fin dans la clause ou le pacte compromissoire.* 4. *L'arbitre ou le tribunal applique les règles de la présente Convention.* 5. *Les dispositions des paragraphes 3 et 4 du présent article sont réputées incluses dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte qui y serait contraire est nulle.* 6. *Aucune disposition du présent article n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport par mer*”.

⁵⁰ El informe de la UNCTAD ya mencionado destaca la pequeña diferencia de redacción existente en el texto inglés de los arts. 21 y 22, e indica que “*Article 22.3.b refers to any place designated. ,while article 21.1.d refers to any additional place designated...Although this difference might cause uncertainly, it is clear from the context of article 22.3 that the wording intended is that of article 21.1.d*”.

⁵¹ Si éste hubiera sido el único artículo establecido en el Convenio, las tradicionales cláusulas atributivas de jurisdicción impuestas por los navieros a los cargadores mediante su ventajosa posición contractual (“bargaining power”, en la terminología anglosajona), podrían resultar reemplazadas por similares cláusulas, sometiendo toda disputa a arbitraje en un lugar de conveniencia del naviero demandado.

Conforme al tenor del art. 22.1º, la cláusula de sumisión a arbitraje deberá reflejarse por escrito y se garantiza igualmente la vigencia del Convenio, al establecer en su apartado cuarto que el árbitro o el tribunal arbitral aplicará las normas del presente Convenio⁵². Se elimina así la posibilidad del recurso a un arbitraje de equidad, alternativa que fue barajada por el grupo de trabajo de la UNCTAD durante los trabajos preparatorios⁵³.

Las Reglas de Hamburgo ofrecieron así un diseño completo e innovador del ámbito de la competencia judicial internacional y del arbitraje, pero las fuertes presiones materializadas desde el ámbito de los intereses porteadores y sus aseguradoras de protección e indemnización condujeron a su práctica irrelevancia, ya que como ha sido indicado su entrada en vigor quedó vinculada a su ratificación por Estados sin peso específico en el concierto marítimo mundial.

4. Competencia judicial internacional y arbitraje en el Convenio UNCITRAL de 2008 (“Reglas de Rotterdam”)

El Convenio UNCITRAL 2008 venía llamado a representar un nuevo parámetro de referencia normativo en el sector; se trata de una norma que incorpora una definición propia, autónoma, del contrato de transporte y singulariza un elenco de modalidades contractuales entre las que incluye, de forma muy matizada, el contrato de volumen, el de transporte de línea regular y el transporte no regular.

La norma muestra un acertado intento de conciliar los diferentes intereses en presencia, sobre todo en ámbitos como el del fundamento de la responsabilidad (contractual y/o extracontractual, otra particularidad llamativa del Convenio), o el margen de maniobra conferido a la autonomía contractual de las partes.

El Convenio restringe el alcance de la autonomía de la voluntad de forma material, al fijar una imperatividad jerarquizada de las disposiciones del Convenio, de manera que parte de ellas no podrán ser en ningún caso superadas por acuerdo de las partes, frente a otras en las que, con requisitos de individualización expresa de los pactos, permite desviarse de las previsiones del mismo.

Este texto normativo prevé en su art. 90 que no se podrán hacer reservas al mismo, pero la fórmula diseñada es en la práctica de reservas encubiertas, atemporales y flexibles, a través de las previsiones de los arts. 74 y 78, referidos respectivamente a los Capítulos 14 (“Jurisdicción”) y 15 (“Arbitraje”), conforme a los

⁵² Sobre las particularidades del arbitraje en las Reglas de Hamburgo de 1978, entre otros pueden verse las consideraciones realizadas por E.M. Rodríguez Gayán, “El arbitraje internacional en las pólizas de fletamento y en los conocimientos de embarque”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1996, vol. XII, pp.26–28.

⁵³ En relación a ello: S. Mankabady, *The Hamburg Rules on the carriage of goods by sea*, Londres, 1978, pp.110 ss.

cuales sólo quedarán obligados por dichos capítulos aquellos Estados Contratantes que declaren, de conformidad con lo previsto en el art. 91, que sus normas serán obligatorias para ellos. Tal previsión supone de facto garantizar la posibilidad de excluir el juego de las previsiones del Convenio, y operar así conforme a la normativa interna (sea de fuente autónoma, convencional o, en nuestro caso, Europea) en la delimitación del alcance de los foros competenciales, la proyección de la autonomía de la voluntad contractual en ese ámbito así como la vertiente del arbitraje comercial internacional en este sector material⁵⁴.

En materia de delimitación de la competencia judicial internacional, es decir, de lo que genéricamente califica el Convenio como “Jurisdicción”, cabría distinguir cuatro grandes notas características del texto internacional:

En primer lugar, el intento de conciliar seguridad jurídica, es decir, previsibilidad, con flexibilidad. Tal objetivo se aprecia en la delimitación de una serie de foros objetivos que operan entre sí mediante una relación de alternatividad, y que pueden ceder a su vez en su aplicación ante la eventualidad de la existencia en el contrato de transporte de un acuerdo de elección de foro (art. 66) que reúna los requisitos formales y sustantivos o materiales fijados en la propia norma convencional (y que podrá a su vez recibir, en función de las circunstancias contractuales la calificación de foro exclusivo o concurrente, según las previsiones del propio Convenio)⁵⁵. En ambos casos, el Convenio deja claro en su art. 69 (referido a “Inexistencia de otros criterios de atribución de competencia adicionales”) que estamos en presencia de un número cerrado y ya fijado exhaustivamente de criterios competenciales⁵⁶.

⁵⁴ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo del Convenio en referencia al procedimiento y efecto de las declaraciones: 1. Las declaraciones permitidas por los arts. 74 y 78 podrán ser efectuadas en cualquier momento. No cabrá efectuar ninguna otra declaración en el marco del presente Convenio. 2. Toda declaración efectuada en el momento de la firma deberá ser confirmada en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación. 3. Toda declaración y su confirmación deberán hacerse por escrito y deberán ser notificadas oficialmente al depositario. 4. Toda declaración surtirá efecto simultáneamente a la entrada en vigor del presente Convenio respecto del Estado que sea autor de la misma. No obstante, toda declaración que sea notificada oficialmente al depositario con posterioridad a dicha entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses a partir de la fecha de su recepción por el depositario. 5. Todo Estado que haga una declaración en el marco del presente Convenio podrá retirarla en cualquier momento mediante una notificación oficial que deberá enviar por escrito al depositario. El retiro o, cuando esté permitida, la modificación de una declaración surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses a partir de la fecha en que el depositario reciba la notificación al respecto.

⁵⁵ Sobre ello: J.J. Álvarez Rubio “Jurisdicción y arbitraje en el nuevo Convenio UNCITRAL”, A. Emparanza Sobejano (dir.), *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Mar*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp.313–333.

⁵⁶ El art. 69 dispone: “A reserva de lo dispuesto en los arts. 71 y 72, no se podrá entablar procedimiento alguno contra el porteador o contra una parte ejecutante marítima con arreglo al presente Convenio ante un tribunal distinto de los indicados en los arts. 66 ó 68”.

Una segunda nota característica de este instrumento internacional es su naturaleza de Convenio “doble”, ya que acertadamente opta por regular la vertiente de la competencia judicial directa y la indirecta. El art. 73 del Convenio tiene muy presente el alcance de los Reglamentos Europeos en la materia (y en particular el juego del Reglamento 1215/2012)⁵⁷.

Una tercera singularidad del texto convencional en la regulación de la materia de la competencia judicial internacional viene dada por la previsión, junto a foros de naturaleza objetiva y foros derivados de la autonomía de la voluntad de las partes, de criterios competenciales de naturaleza técnico–procesal, tal y como prevé en su art. 71 relativo a la acumulación y traslado de acciones⁵⁸.

En cuarto lugar cabe subrayar la correcta distinción efectuada en el Convenio entre los foros competenciales atributivos de competencia judicial internacional para el conocimiento del fondo material del litigio planteado frente al foro relativo a la adopción de medidas cautelares, que no basta por sí solo para permitir que dicho tribunal se arroge el conocimiento del pleito⁵⁹.

Dentro de elenco de foros competenciales de naturaleza objetiva, regulados en los arts. 66 y 68, cabe destacar las siguientes notas características: por un lado, se

⁵⁷ Téngase en cuenta que bajo la rúbrica Reconocimiento y Ejecución se viene a disponer que: 1. Toda resolución emitida por un tribunal que goce de competencia con arreglo al presente Convenio deberá ser reconocida y ejecutada en otro Estado Contratante, de acuerdo con la ley de dicho Estado, siempre y cuando uno y otro Estado hayan efectuado una declaración conforme a lo previsto en el art. 74. 2. Un tribunal podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución judicial basándose en cualquier motivo para denegar ese reconocimiento o ejecución prevista en la ley del foro. 3. El presente capítulo no afectará a la aplicación de las normas de una organización regional de integración económica que sea parte en el presente Convenio, en lo concerniente al reconocimiento o la ejecución de sentencias entre Estados miembros de dicha organización regional, con independencia de que dichas normas hayan sido adoptadas antes o después del presente Convenio.

⁵⁸ El art. 71 viene a señalar que: “1. Salvo que se haya concluido un acuerdo exclusivo de elección de foro que sea vinculante con arreglo a los arts. 67 ó 72, de ejercitarse contra el porteador y contra una parte ejecutante marítima una única acción nacida del mismo suceso, dicha acción sólo podrá ejercitarse ante un tribunal determinado con arreglo a lo dispuesto tanto en el art. 66 como en el art. 68. De no existir tal tribunal, la acción podrá ejercitarse únicamente ante un tribunal designado conforme a lo previsto en el ap. b) del art. 68, de existir alguno. 2. Salvo cuando exista un acuerdo exclusivo de elección de foro que sea vinculante con arreglo a los arts. 67 ó 72, un porteador o una parte ejecutante marítima que ejercite una acción declarativa de la inexistencia de responsabilidad o cualquier otra acción que prive a una persona de su derecho a elegir el foro con arreglo a lo previsto en los arts. 66 ó 68, deberá retirar dicha acción a instancia del demandado, una vez que éste haya elegido un tribunal con arreglo a lo previsto en los arts. 66 ó 68, según cual sea aplicable, ante el que pueda volverse a ejercitar la acción”.

⁵⁹ En efecto, y de acuerdo con el tenor del art. 70, relativo al embargo preventivo y otras medidas cautelares: “Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la competencia de un tribunal para adoptar medidas cautelares, incluido el embargo preventivo. Un tribunal de un Estado donde se haya adoptado una medida cautelar no gozará de competencia para conocer del fondo del litigio, salvo que: a) Se cumplan los requisitos enunciados en el presente capítulo; o b) Su competencia esté reconocida por algún convenio internacional aplicable en dicho Estado”.

supedita o subordina el recurso por el demandante a tales criterios de competencia judicial internacional al hecho de que las partes no hayan hecho uso contractual de la posibilidad de pactar el tribunal competente. En segundo lugar, el Convenio distingue claramente entre los foros competenciales objetivos a los que el demandante puede acudir para presentar su demanda según el demandado contra el que se dirija tal acción⁶⁰.

En efecto, si la demanda se dirige contra el porteador (que, conforme al art. 1.5 del propio Convenio corresponde a la persona que celebre un contrato de transporte con un cargador) el demandante (art. 66) tendrá derecho a entablar un procedimiento judicial con arreglo al presente Convenio ante un tribunal competente en cuya jurisdicción esté situado uno de los siguientes lugares: i) el domicilio del porteador; ii) el lugar de la recepción de las mercancías acordado en el contrato de transporte; iii) el lugar de la entrega de las mercancías acordado en el contrato de transporte; o iv) el puerto donde las mercancías sean inicialmente cargadas en un buque, o el puerto donde las mercancías sean finalmente descargadas del buque.

En cambio, si la acción se interpone contra la parte ejecutante marítima (que, conforme al propio art. 1.7º del Convenio corresponde a toda parte ejecutante en la medida en que ejecute o se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones del porteador durante el período que medie entre la llegada de las mercancías al puerto de carga de un buque y su salida del puerto de descarga de un buque), el demandante tendrá derecho, conforme al tenor del art. 68 del Convenio, a entablar un procedimiento judicial ante un tribunal competente en cuya jurisdicción esté situado uno de los siguientes lugares: a) el domicilio de dicha parte ejecutante marítima; o b) el puerto donde dicha parte ejecutante marítima recibió las mercancías, el puerto donde hizo entrega de las mismas, o el puerto donde la parte ejecutante marítima llevó a cabo sus actividades respecto de las mercancías.

En cuanto al foro competencial subjetivo o derivado del juego de la autonomía de la voluntad de las partes, el Convenio (siguiendo un cierto paralelismo con la solución prevista a nivel Europeo en el Reglamento 1215/2012 hoy en vigor) le atribuye bien la calificación de foro competencial exclusivo o bien la de foro alternativo/concurrente, atendiendo a las previsiones cruzadas de los arts. 66 y 67, y a su vez tiene presente el momento de celebración del acuerdo atributivo de jurisdicción. Si el acuerdo merece la calificación de foro exclusivo el propio Convenio subraya su aplicación preferente al elenco de foros objetivos antes citados. En efecto, el art. 66 en su primer párrafo señala que el demandante podrá recurrir

⁶⁰ Sobre jurisdicción en las Reglas de Rotterdam también puede verse lo dispuesto por M. Alba Fernández, "Jurisdicción internacional en las reglas de Rotterdam, próximas reformas legislativas y situación de España", M.V. Petit Lavall, F. Martínez Sanz, A. Recalde Castells (dirs) y A. Puetz (coord), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial pons, 2013 pp.229-240.

a alguno de dichos foros objetivos, “a menos que el contrato de transporte contenga un acuerdo exclusivo de elección de foro que cumpla con lo prescrito en el art. 67 o en el art. 72”. Junto a ese elenco de criterios objetivos antes citados, el apartado b) del propio art. 66 señala que el demandante podrá iniciar acciones contra el porteador ante el tribunal competente o uno de los tribunales competentes que el cargador y el porteador hayan designado de común acuerdo para decidir sobre las reclamaciones que contra el porteador puedan surgir en el marco del Convenio. Este foro subjetivo tendrá, en principio, naturaleza alternativa para el demandante, de forma que podría optar por el recurso al mismo o a alguno de los foros objetivos. Pero el art. 67 subraya cuándo alcanzará naturaleza exclusiva la competencia derivada de tal acuerdo, supuesto en el cual no cabría el empleo del resto de foros objetivos por parte del demandante, salvo el caso, previsto a su vez en el art. 72 del Convenio, de sumisión tácita o acuerdo posterior al nacimiento de la controversia⁶¹.

El factor temporal antes señalado se pone de manifiesto en el art. 72 del Convenio, de forma que si el acuerdo sobreviene con posterioridad al nacimiento de la controversia la norma elimina los “corsés” o límites antes señalados. En efecto, y conforme al tenor del precepto, y bajo el epígrafe de “acuerdos posteriores al nacimiento de una controversia y jurisdicción en casos de comparecencia del demandado” se señala que una vez surgida una controversia las partes podrán convenir en resolverla ante cualquier tribunal competente. Además en su epígrafe 2 se viene a indicar que todo tribunal competente ante el que comparezca el demandado sin impugnar su competencia de conformidad con la ley del foro será competente para conocer de la controversia.

Por último, y en materia de arbitraje, el Convenio particulariza el alcance y la dimensión de este modo alternativo de resolución de los conflictos jurídico privados en el marco del haz de relaciones contractuales derivadas de un transporte

⁶¹ Conforme al Convenio, bajo el epígrafe de Acuerdos de elección de foro (art.67): “1. La competencia de un tribunal designado con arreglo al apartado b) del art. 66 sólo será exclusiva respecto de las controversias entre las partes en el contrato si éstas así lo han pactado y el acuerdo que reconozca dicha competencia: a) Forma parte de un contrato de volumen en el que están claramente indicados los nombres y las direcciones de las partes y que o bien i) ha sido individualmente negociado, o bien ii) advierte de manera visible de la existencia de un acuerdo exclusivo de elección de foro, con especificación de las cláusulas o secciones del contrato de volumen que lo incluyen; y b) Designa con claridad a los tribunales de un Estado Contratante, o a uno o más tribunales específicos de un Estado Contratante. 2. Una persona que no sea parte en el contrato de volumen sólo quedará vinculada por un acuerdo exclusivo de elección de foro concertado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo cuando: a) El tribunal elegido esté situado en alguno de los lugares indicados en el apartado a) del art. 66; b) El acuerdo figure en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte; c) Dicha persona haya sido adecuada y oportunamente informada sobre cuál es el tribunal ante el que debe entablarse la acción y sobre el carácter exclusivo de su competencia al respecto; y d) La ley del tribunal que conozca del caso prevea que dicha persona puede quedar obligada por un acuerdo exclusivo de elección de foro”.

internacional de mercancías por mar, al establecer un capítulo específico y diferenciado del ámbito de la competencia judicial internacional. Se aprecia, no obstante, un cierto paralelismo entre ambos bloques⁶², puesto de manifiesto, por un lado, en la previsión, antes ya comentada, de que conforme al art. 78 del propio Convenio sólo quedarán obligados por el presente capítulo, relativo a arbitraje, los Estados contratantes que declaren que sus normas serán obligatorias para ellos.

Una segunda nota de paralelismo entre ambos sectores (jurisdicción y arbitraje) se aprecia en la regulación o tratamiento que el Convenio realiza en atención al factor temporal, es decir, al momento en que el acuerdo de arbitraje sea materializado⁶³. En efecto, y frente a las exhaustivas previsiones del Convenio (en cuanto a sus exigencias, al lugar del arbitraje, o a su alcance frente a terceros) en el supuesto de que el acuerdo de sometimiento a arbitraje fuera pactado antes del nacimiento de la eventual controversia, el art. 77 contempla sin límites el caso de acuerdo de arbitraje posterior al nacimiento de una controversia⁶⁴.

Junto a esta dimensión temporal, el Convenio realiza una clara distinción dentro del arbitraje, al dedicar una regulación específica al Acuerdo de arbitraje en el transporte no regular frente a las restantes modalidades. Para esta específica categoría contractual el Convenio combina la necesaria flexibilidad en su admisión con la exigencia de requisitos adicionales para que eventuales terceros puedan verse finalmente vinculados por el acuerdo arbitral (art. 76)⁶⁵. Frente a tal modalidad contractual, y para el resto de relaciones de transporte de mercancías adscritas al ámbito de aplicación material del Convenio, éste prevé de forma genérica una admisibilidad de los acuerdos de arbitraje en el párrafo primero del art. 75⁶⁶.

⁶² Sobre la coordinación de ambos sectores y sus correspondientes resoluciones, entre otros autores: B. Cremades Sanz-Pastor, "Convenio de Bruselas y Arbitraje", *La Ley*, n° 4752, 11 marzo 1999, pp.1-6.

⁶³ Sobre la alternatividad jurisdicción/arbitraje, J.J. Álvarez Rubio, *op.cit.*, nota 55, pp. 57-63.

⁶⁴ El art. 77 dispone así: "No obstante lo dispuesto en el presente capítulo y en el capítulo 14, una vez surgida una controversia, las partes en ella podrán acordar resolverla por arbitraje en cualquier lugar".

⁶⁵ El art. 76 señala que: 1. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la eficacia de un acuerdo de arbitraje incluido en un contrato de transporte en el transporte no regular al cual sea aplicable el presente Convenio o las normas del presente Convenio por razón de: a) La aplicación del art. 7; o b) La incorporación del régimen del presente Convenio en un contrato de transporte que, de otra manera, no estaría incluido en su ámbito de aplicación, voluntariamente realizada por las partes. 2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, todo acuerdo de arbitraje que figure en un documento de transporte o documento electrónico de transporte al que sea aplicable el presente Convenio a tenor del art. 7 se regirá por lo dispuesto en el presente capítulo, a no ser que dicho acuerdo: a) Identifique a las partes en el contrato de fletamento o en el contrato excluido del ámbito de aplicación del presente Convenio a tenor de lo dispuesto en su art. 6, e indique la fecha de dicho contrato; e b) Incorpore por remisión específica la cláusula compromisoria incluida en el contrato de fletamento o en el contrato excluido del ámbito de aplicación del presente Convenio.

⁶⁶ El art. 75.1° dispone: A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, las partes podrán pactar que toda controversia que pueda plantearse en relación con el transporte de las mercancías bajo el presente Convenio será sometida a arbitraje.

La exigencia de que el arbitraje quede sujeto a las previsiones imperativas del Convenio y no sirva por tanto como “huida” ante su regulación queda fijada de forma expresa en el ap. 5 del propio precepto⁶⁷.

El lugar del desarrollo del arbitraje ocupa espacio preferente entre las preocupaciones del Convenio, y el apartado segundo del art. 75 especifica los lugares susceptibles de elección señalando que el procedimiento arbitral deberá tener lugar, a elección de la persona que dirija una reclamación contra el porteador en: a) algún lugar designado al efecto en el acuerdo de arbitraje; o b) cualquier otro lugar situado en un Estado en donde se encuentre alguno de los lugares siguientes: i) el domicilio del porteador; ii) el lugar de la recepción de las mercancías acordado en el contrato de transporte; iii) el lugar de la entrega de las mercancías acordado en el contrato de transporte; o iv) el puerto donde las mercancías sean inicialmente cargadas en un buque, o el puerto donde las mercancías sean finalmente descargadas del buque.

Y por último, de forma coherente con la preocupación mostrada en la norma convencional respecto al alcance frente a terceros de los pactos convenidos entre las partes originarias de la relación contractual de transporte, el Convenio determina de forma expresa en qué casos y bajo qué condiciones deviene vinculante el acuerdo de arbitraje suscrito⁶⁸.

La compleja regulación procesal contenida en las Reglas de Rotterdam lleva camino de terminar como lo acaecido con las Reglas de Hamburgo: muestras un modelo, un camino a seguir pero no van a constituirse en modelo normativo para la ansiada y necesaria uniformidad normativa dentro de un sector que necesita y reclama, también en la dimensión procesal, cauces claros de actuación que porten capacidad de prospección jurídica, de ejercicio de una auténtica abogacía preventiva, de seguridad jurídica, en definitiva. Algo que con los hasta nueve regímenes

⁶⁷ Art. 75.5º: “Se considerará que las disposiciones de los párrafos 1, 2, 3 y 4 del presente artículo forman parte de toda cláusula compromisoria o acuerdo de arbitraje, y se tendrá por nula cualquier estipulación de tal cláusula o pacto en la medida en que sea incompatible con lo dispuesto en dichos párrafos”.

⁶⁸ Art. 75.3º: La designación del lugar del arbitraje efectuada en el acuerdo de arbitraje será vinculante respecto de cualquier controversia entre las partes que lo hayan pactado, siempre y cuando dicho acuerdo figure en un contrato de volumen que indique claramente los nombres y las direcciones de las partes y que: a) Haya sido individualmente negociado; o b) Advierta de manera visible de la existencia de un acuerdo de arbitraje, con especificación de las cláusulas o secciones del contrato de volumen en donde figure. 4. Una persona que no sea parte en el contrato de volumen sólo quedará vinculada por un acuerdo de arbitraje concertado con arreglo al párrafo 3 del presente artículo cuando: a) El lugar del arbitraje designado en el acuerdo esté situado en alguno de los lugares indicados en el apartado b) del párrafo 2 del presente artículo; b) El acuerdo de arbitraje figure en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte; c) Dicha persona haya sido adecuada y oportunamente informada sobre cuál es el lugar del arbitraje; y d) La ley aplicable prevea que dicha persona puede quedar obligada por el acuerdo de arbitraje.

normativos diversos y e vigor convierten casi en quimera tal pretensión armonizadora y obliga a pensar en otras vías metodológicas, ajenas a la convencional, para poder avanzar de forma efectiva en la consecución de tal objetivo regulador.

5. La LNM y su interacción con otros bloques normativos

A) Las previsiones de la LNM y del RB I bis en materia procesal

En este contexto normativo, y tal y como se analizará a continuación, la LNM incorpora una regulación que incrementa este atomizado, heterogéneo y por momentos contradictorio marco regulador de una misma dimensión contractual en cada uno de los diversos bloques normativos en presencia en este sector del Derecho del comercio internacional. La LNM aborda las especialidades procesales de jurisdicción y competencia en el ámbito del transporte marítimo y en este contexto establece los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión a determinados foros contenidas en los contratos de utilización del buque además de fijar los criterios de atribución de competencia judicial internacional para las controversias que surjan de dichos contratos marítimos (arts. 468 y 469).

En referencia a las cláusulas de sumisión contenidas en los documentos y contratos de transporte marítimo (habitualmente los conocimientos de embarque y las pólizas de fletamento) la norma española condiciona su validez a que hayan sido negociadas individual y separadamente, no siendo la mera inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de un contrato, por sí sola, prueba de su validez y del consentimiento de las partes.

Por otro lado, la ley establece los criterios de atribución de competencia judicial internacional utilizables a falta de pacto de sumisión válido, permitiendo al demandante elegir, para las controversias que surjan en relación a los contratos de utilización de un buque, los tribunales del domicilio del demandado, del lugar de celebración del contrato o del puerto de carga o de descarga.

De acuerdo con el preámbulo de la ley, su objetivo es tratar de evitar los abusos detectados frecuentemente en el tráfico marítimo, sufridos por terceros poseedores de conocimientos de embarque que se ven obligados a someterse a tribunales extranjeros o a arbitrajes internacionales cuando en realidad no han negociado tales cláusulas o incluso las podían desconocer (como sucede con las cláusulas incorporadas al conocimiento de embarque por referencia a una póliza de fletamento)⁶⁹.

⁶⁹ En este sentido cabe citar la división doctrinal existente sobre la interpretación y fundamentación del referido art. 468 y lo indicado en la exposición de motivos de la LNM. A favor de la operatividad de este precepto se posicionan autores como I. Arroyo Martínez, así puede verse entre otros el artículo: “Protección de la parte débil frente a las cláusulas de jurisdicción internacional en el transporte marítimo”,

El verdadero problema es que en la gran mayoría de los supuestos (por ejemplo, en la extendida modalidad del transporte de contenedores de línea regular) no existe una negociación individual de los contratos de utilización del buque, suscritos frecuentemente a través de agentes, o que con frecuencia son contratos emitidos unilateralmente por el porteador que el cargador recibe una vez cargada la mercancía, o que son transmitidos por endoso entre compradores de forma sucesiva y que siguen generalmente las previsiones de impresos estandarizados que incluyen cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros o arbitraje internacional.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la ratio inspiradora del sistema instaurado por la normativa europea, desde la inicial versión del art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968 hasta el vigente art. 25 del Reglamento 1215/2012 (RB I bis), se ha concretado en el deseo de encontrar una solución equilibrada entre los objetivos en presencia que exigen por un lado proteger a las partes contra cláusulas subrepticamente introducidas y por otra parte evitar un anacrónico afán formalista que paralice el comercio internacional, subrayando que de ningún modo la exigencia de forma escrita es la única exigible y que la adecuación a una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o conforme a los usos del comercio internacional valida plenamente el acuerdo atributivo de jurisdicción.

Ante dicha situación normativa, sabido es que en tales casos la jurisprudencia comparada y la del propio TJUE ha ido flexibilizando de manera progresiva los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión, atendiendo al criterio de los “usos” comúnmente conocidos y aceptados en el tráfico marítimo internacional. Nuestros tribunales han venido entendiendo que una cláusula contenida en el anverso de un conocimiento de embarque, que sea visible y clara, es válida, y que puede vincular a un tercero (como una aseguradora) que se haya subrogado en la posición jurídica del cargador, a pesar de no haber sido negociada de forma individual por este tercero.

Es evidente que desde el año 2000 hasta la actualidad, la interpretación de la remisión que la normativa europea contiene en relación a los usos del comercio

Anuario de Derecho Marítimo, vol. XXX, 2013 pp. 23–95. En contra se posicionan, entre otros: José González Pellicer, “Sobre el art. 468 del Proyecto de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque”, *La Ley*, nº 8354, Sección Doctrina, 15 julio 2014, Año XXXV, pp. 8 ss; Miguel Gómez Gene, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.6, nº 2, octubre 2014, pp. 118 ss; Pedro Alberto De Miguel Asensio, “Los acuerdos de jurisdicción en la nueva Ley de Navegación Marítima de 17 septiembre 2014”, Recuperado de: <http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la-LNM>, Juan José Álvarez Rubio, “La nueva Ley de Navegación Marítima desde la perspectiva del Derecho internacional”, A. Emparanza Sobejano y J.M. Martín Osante (dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 807–831, etc.

internacional permite analizar interesantes reflexiones jurisprudenciales, al supeditar la validez de los pactos atributivos de jurisdicción a las pautas hermenéuticas que el TJUE ha ido estableciendo sobre el particular. De esta forma, numerosas resoluciones judiciales internas otorgan plena operatividad y alcance a la cláusula atributiva de jurisdicción contenida en un conocimiento de embarque, por estimar su tenor conforme a los usos del comercio internacional en este específico sector, al fundamentar la validez de la cláusula atributiva de jurisdicción a favor de terceros tribunales en su adecuación a los usos del comercio internacional, y en particular, a los imperantes en el ámbito del transporte marítimo⁷⁰.

En efecto, la reiterada jurisprudencia del TJUE ha establecido la presunción de que las partes han dado su consentimiento a una cláusula atributiva de competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso generalizado que las partes conocen o debieran conocer. Es decir, cuando los operadores siguen un comportamiento determinado de forma general y regular al celebrar cierta clase de contratos, como es la inclusión de cláusulas de sumisión en documentos—tipo propios del comercio marítimo internacional, la formación de ese uso no requiere más prueba y se presume que dicha cláusula es conocida y consentida por las partes, pese a no haber sido negociada de forma individual y separada.

Además de estos aspectos técnico—procesales, no debe obviarse que esta reflexión se centra en un sector, el del transporte marítimo internacional, con unos intereses muy específicos, donde el imperio de la autonomía de la voluntad, los usos del comercio marítimo internacional y, en definitiva, la práctica inveterada seguida por sus operadores parecen haber triunfado definitivamente.

Es necesario valorar con detenimiento el juego de todos esos intereses, ya que se corre el riesgo de obviar los representados por los terceros poseedores del documento acreditativo del transporte (un bill of lading, una charter—party, un sea—waybill, entre otros) ajenos a la relación contractual originaria y que, como consecuencia del imperio de los intereses del tráfico marítimo internacional, pueden ver vulnerados los suyos propios, teniendo que litigar en un país lejano; aquél donde les lleve la presencia en dicho documento —o en el contrato— de una cláusula arbitral —o de sometimiento a la jurisdicción de determinados tribunales estatales— que, en principio, difícilmente han podido conocer previamente y, por lo tanto, aceptar.

Así, la interpretación de dicha aceptación parece ser una de las claves para valorar la validez de estas cláusulas. La trascendencia práctica que comporta la

⁷⁰ En relación a la interpretación del TJUE sobre las cláusulas de foro insertas en un conocimiento de embarque y los usos del comercio internacional, entre otros: E. Torralba Mendiola “Las “especialidades procesales” de la Ley de Navegación Marítima: cláusulas de jurisdicción y arbitraje”, *RDT*, N° 16, 2015, pp.121–131.

exégesis de las cláusulas arbitrales –así como las de sometimiento a determinados tribunales estatales– justifica la oportunidad de centrar su análisis en éstas, interés acrecentado por el giro restrictivo adoptado por parte de la LNM en comparación con las normas internacionales⁷¹.

En conclusión, del tenor literal del art. 468 de la LNM parece advertirse que el legislador pretende invertir esta presunción de validez de las cláusulas de sumisión incluidas en los documentos estándar, cuando indica que, sin perjuicio de lo previsto en los Convenios internacionales y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas aquellas cláusulas de sumisión que no hayan sido negociadas individual y separadamente, sin que su mera inserción en el condicionado impreso sirva por sí solo de base para acreditar su aceptación.

De esta manera se refuerza la idea de garantizar los intereses de aquellos usuarios del transporte marítimo que intervienen como terceros ajenos a la relación contractual originaria o que tienen un reducido poder de negociación en los contratos de utilización de los buques.

Desde luego la aplicación de esta disposición será compleja y requerirá que los jueces españoles sean capaces de ajustar la noción de “usos” del comercio marítimo internacional (que aboga por una interpretación flexible en torno a la validez de las cláusulas de sumisión marítimas), con el criterio injustificadamente restrictivo fijado en la ley española de requerir la negociación individual de estas cláusulas, principalmente atendiendo a la dinámica de las operaciones marítimas, que se caracterizan habitualmente por la falta de negociación de dichas cláusulas en la práctica, todo ello en un contexto contractual caracterizado por su dinamismo, cronocompetencia y enorme flexibilidad comercial propio de este sector del Derecho del comercio internacional.

La importante cuestión de la apreciación de la concurrencia del auténtico y libre consentimiento de los cargadores en la asunción de las consecuencias procesales derivadas de las cláusulas de elección de foro predispuestas por los armadores en sus conocimientos de embarque ya fue objeto de reflexión y debate durante los sucesivos proyectos de ley de navegación marítima y la LNM lo zanja de forma farragosa y no exenta de polémica, al exigir, so pena de nulidad, su negociación separada e individual. Procede, por ello, analizar la eficacia práctica que tendrá la nueva norma aprobada dentro del contexto normativo internacional y europeo en el que va a operar.

⁷¹ Sobre la prioritaria aplicación del Derecho Uniforme frente al Derecho interno, puede verse el clarificador estudio de J.M. Ruiz Soroa “El Derecho Uniforme en la Ley de Navegación Marítima”, A. Emparanza Sobejano y J.M. Martín Osante (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 49–60.

Tal y como se indicaba anteriormente, el art. 468 de la ley, que forma parte del capítulo intitulado “De las especialidades de jurisdicción y competencia”, incorpora así reglas específicas de competencia judicial en materia contractual, centradas en regular la eficacia y requisitos de las cláusulas de jurisdicción así como en establecer normas de competencia aplicables en defecto de tales acuerdos⁷².

Es evidente, pero debe recordarse, que la norma no se ocupa de la atribución de competencia a los tribunales españoles ya que su alcance queda centrado en el análisis de validez de las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera. Esto conlleva que la ley sólo proyectará su operatividad en relación a la eficacia derogatoria de la competencia de los tribunales españoles cuando no resulte aplicable el nuevo RB I bis o una norma convencional internacional.

Así, debe advertirse que hay una clara discrepancia sobre la eficacia derogatoria de la competencia de los tribunales españoles de los acuerdos a favor de tribunales extranjeros entre el tenor del art. 468 LNM y el derivado del art. 25 RB I bis (la ley marítima española es mucho más restrictiva en su admisión)⁷³. No obstante, ante un conflicto en materia de aplicación prioritaria de una u otra normativa, sin duda alguna, el RB I bis prevalecerá cuando la “jurisdicción extranjera” a la que va referida la sumisión sea la de un Estado de la UE.

Entre otras cuestiones pueden acaecer problemas en relación con la eventual eficacia en el extranjero (en particular en el Estado designado por la cláusula de jurisdicción) de una resolución española cuando el tribunal español se haya declarado competente pese a existir una cláusula de jurisdicción que, sin haber sido negociada individual y separadamente (como exige en todo caso el art. 468 LNM), forme parte de un contrato en el que se advierta de manera visible de la existencia del acuerdo exclusivo de elección de foro, con especificación de las cláusulas o secciones del contrato que lo incluyen [*vid.*, *v.gr.*, el estándar utilizado, aunque no se encuentre en vigor, por el art. 67.1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008, las denominadas en la práctica “Reglas de Rotterdam”), al que hace referencia la disp. adic. 1ª LNM].

⁷² El art. 468 LNM dispone que: “Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.”

⁷³ Sobre dichas cuestión, entre otros: J. Del Corte: “Especialidades procesales en la Ley de Navegación Marítima”, A. Emparanza Sobejano y J.M. Martín Osante (dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 753–768.

B) Los acuerdos de elección de foro y las cláusulas arbitrales en el sector marítimo

La particularidad que caracteriza al Derecho marítimo y en concreto al transporte marítimo de mercancías puede apreciarse en el especial protagonismo que tradicionalmente, fruto de prácticas inveteradas en el sector, adquirieron y mantienen en la actualidad los usos y prácticas del tráfico comercial internacional desarrollado en el concreto entorno marítimo. No es extraño, así, que el propio TJUE se haya basado en la noción de los usos y prácticas comerciales marítimas para defender en los últimos tiempos un proceso de flexibilización interpretativa de las cláusulas de foro, proyectable en gran medida sobre las cláusulas arbitrales, utilizadas asiduamente en la resolución de innumerables litigios, no sólo marítimos.

De esta manera cabe reiterar y profundizar en la reflexión sobre la inatención o falta de previsión de la ley de navegación marítima de un factor clave, concretado en la ausencia de toda coordinación con las soluciones previstas en relación al alcance, extensión y requisitos de validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción previstas en el RB I bis.

La ley española recoge en el citado Capítulo I del Título IX ciertas especialidades en materia de competencia judicial internacional, concretamente en el art. 468 (cláusulas de jurisdicción y arbitraje) y en el art. 469 (criterios de atribución de competencia). Analizado ya con anterioridad el tenor del art. 468, cabe prestar ahora atención al art. 469, conforme al cual,

“1. Salvo que las partes hayan introducido válidamente una cláusula de jurisdicción exclusiva o una cláusula de arbitraje, según lo establecido en este capítulo, se aplicarán los criterios previstos en este artículo.

2. En los contratos de utilización del buque, serán competentes, a elección del demandante, los tribunales del: a) domicilio del demandado; b) lugar de celebración del contrato; c) puerto de carga o descarga. 3. En los contratos auxiliares de la navegación, serán competentes, a elección del demandante, los Tribunales del: a) domicilio del demandado; b) lugar de celebración del contrato; c) lugar de prestación de los servicios [...]”.

Como indicamos anteriormente, el art. 468 recoge una regla referente a los acuerdos atributivos de jurisdicción de carácter expreso que ante la inexistencia de Convenios internacionales aplicables se verá desplazada por el art. 25 RB I bis relativo a la prórroga de la competencia⁷⁴.

⁷⁴ En relación a la *prorrogatio fori* y *derogatio fori* entre otros, F. Garau Sobrino, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español”, *Cuadernos de Dererecho Transnacional*, vol. 2, n.º2, Octubre 2010, pp. 53 ss.

Dicha disposición permite a las partes, con independencia de su domicilio, acordar el sometimiento de sus controversias a los tribunales de un Estado miembro⁷⁵. Es decir, cualquier cláusula incluida en un contrato de utilización de buque⁷⁶ o en los contratos auxiliares de la navegación⁷⁷ que atribuya jurisdicción para conocer de una controversia determinada a un tribunal de un Estado miembro de la UE, con independencia de que las partes tengan o no sus domicilios ubicados en la UE, se regirá en cuanto a su validez por lo dispuesto en el mencionado artículo.

El mencionado art. 25 RB I bis regula además otras cuestiones no menos significativas. Entre ellas la designación como ley rectora para verificar la validez material de los acuerdos de prórroga de la competencia la ley del Estado miembro designado como competente para conocer de la controversia. O incluso se recoge expresamente en su ap. 5 la completa autonomía de los acuerdos atributivos de competencia que formen parte de un contrato sobre el resto de cláusulas del contrato⁷⁸.

Frente a ello, la norma contenida en el art. 468 LNM recoge una interpretación muy restrictiva en cuanto a la operatividad de la *derogatio fori* de los Tribunales españoles ante la existencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción a un tribunal extranjero o a un arbitraje en el extranjero, advirtiendo de la nulidad de toda cláusula que no haya sido negociada de forma individual y separada al contrato principal⁷⁹.

En consecuencia, esto supone que para aquellos casos en los que el tribunal o tribunales extranjeros designados por las partes como competentes para conocer del litigio mediante acuerdo atributivo de jurisdicción no estén ubicados en un Estado miembro RB I bis o no sean parte de un Convenio internacional en vigor

⁷⁵ Sobre tal cuestión, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, XXXIV, n°8013, 2013, pp.1–4; A.P. Abarca Junco (dir.), “La competencia judicial de los tribunales españoles: Foro de la autonomía de la voluntad”, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, UNED, 2013, pp. 134 ss.

⁷⁶ Sobre los contratos de utilización de buque, entre otros: A. Recalde Castells, “Los contratos de utilización del buque”, A. Emparanza Sobejano y J.M Martín Osante, *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Dpto. de Transporte y Obras Públicas, 2006, pp. 253–287.

⁷⁷ En relación a los contratos auxiliares de la navegación, entre otros: F.C. López Rueda, “De los contratos auxiliares de la navegación”, en A. Emparanza Sobejano y J.M Martín Osante, *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Dpto. de Transporte y Obras Públicas, 2006, pp. 415–479.

⁷⁸ Art. 25.5° RB I bis: “Un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato”.

⁷⁹ *Vid.* P.A. De Miguel Asensio, “Los acuerdos de jurisdicción en la nueva Ley de Navegación Marítima de 17 septiembre 2014, (Recuperado de: [http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/ los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la-html](http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la-html)).

en España que contemple o ampare tal posibilidad de autorregulación procesal de las partes, será aplicable el régimen contenido en el mencionado artículo de la ley española, debiéndose entender que si no se cumple con las condiciones exigidas por esta norma en los contratos de utilización de buque o en los contratos auxiliares de navegación la cláusula del contrato que recoja la sumisión expresa a tribunal extranjero o a arbitraje en el extranjero será nula y se tendrá por no puesta.

Si esto fuera así y los tribunales españoles tuviesen competencia según los foros objetivos alternativos establecidos en el art. 469 LNM (domicilio del demandado, lugar de celebración del contrato y puerto de carga o descarga para los contratos de utilización de buque; y domicilio del demandado, lugar de celebración del contrato y lugar de prestación de los servicios en lo que respecta los contratos auxiliares de navegación) podría suscitarse un problema de cara al reconocimiento y/o ejecución de la sentencia y respecto a su validez extraterritorial⁸⁰.

Es más, no debe obviarse la circunstancia procesal de que el tribunal de ese tercer Estado designado como competente para conocer del litigio en virtud de la referida cláusula de sumisión expresa entre a conocer de la controversia con independencia de la nulidad advertida por la norma española y de su aplicación por parte de los tribunales españoles.

En efecto, cabe plantear dos cuestiones que quedan abiertas: la primera es que si una vez declarada nula la cláusula de sumisión expresa por los tribunales nacionales, y en aplicación de lo dispuesto en el art. 469, pudiera llegar a considerarse el foro que atribuya competencia a los tribunales españoles como un criterio competencial exorbitante que en fase de reconocimiento y ejecución de sentencia se acabe calificando como claudicante. La segunda cuestión irresuelta se concreta en cómo poder prever o anticipar si la sentencia emitida por el tribunal del tercer Estado designado como competente para conocer según lo dispuesto en el acuerdo atributivo de jurisdicción será o no reconocida en nuestro ordenamiento jurídico⁸¹.

En definitiva, esta previsión normativa recogida en la LNM supone un condicionante limitador de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección de la jurisdicción competente, choca frontalmente con la realidad actual del sector y actúa en detrimento de la seguridad jurídica.

Por otro lado, cabe destacar además que contiene una consciente imprecisión en las reglas de litispendencia y conexidad que premia al más veloz en la interpo-

⁸⁰ M. Gómez Gené, "Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n° 2, octubre 2014, pp. 118 ss.

⁸¹ Sobre este particular, J.M. González Pellicer, "Sobre el art. 468 del Proyecto de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque", *La Ley*, n° 8354, Sección Doctrina, 15 julio 2014, Año XXXV, pp. 8 ss.

sición de la acción, permitiendo divergencias en el resultado jurídico final dependiendo de si la demanda se interpone ante la jurisdicción del tribunal de ese tercer Estado designado como competente en el acuerdo atributivo de jurisdicción que decidirá si tiene o no competencia para conocer según su ordenamiento jurídico nacional o ante los tribunales españoles con la pretensión de conseguir primero una declaración de nulidad de esa cláusula atributiva de jurisdicción no negociada de forma individual y separada (art.468 de la ley española)⁸², y después que el procedimiento se dilucide ante ellos, siempre y cuando, eso sí, tengan competencia para conocer según los foros contemplados en el art. 469⁸³.

Se trata, en definitiva, de un precepto controvertido que el legislador nacional ha pretendido justificar esgrimiendo en el preámbulo de la propia ley ciertos argumentos ya advertidos, nada concluyentes y de dudosa relevancia en cuanto a los efectos que pueda causar en el propio sector del comercio marítimo internacional⁸⁴.

Cabe afirmar que una orientación como la plasmada en la LNM contraria a flexibilizar los requisitos formales que han de cumplirse como premisa para estimar la validez de un pacto atributivo de jurisdicción perjudica una solución equilibrada entre, por un lado, los objetivos que demandan proteger a las partes contractuales frente a cláusulas subrepticamente introducidas y por otro el objetivo de tratar de evitar un anacrónico afán formalista que entumezca el comercio internacional. En definitiva, una exigencia formal (negociar individual y separadamente un acuerdo de sumisión a una jurisdicción extranjera para una concreta tipología de contratos) no debe de ningún modo condicionar o limitar la adecuación y validez plena de un acuerdo atributivo de jurisdicción que se adapte a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o fueran conformes a los usos de su particular sector comercial internacional.

Sin duda, la precisión de la extensión y límites de la autonomía de la voluntad para la materialización de los acuerdos de elección del tribunal competente forma

⁸² En relación a ello, entre otros: J.J. Álvarez Rubio y U. Belintxon Martín, “La nueva Ley de Navegación Marítima desde la perspectiva del Derecho internacional”, A. Emparanza Sobejano y J.M. Martín Osante (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 807–831.

⁸³ Respecto a la litispendencia y conexidad internacionales puede verse M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Pamplona, Thomson–Civitas, 2007, pp. 362–381.

⁸⁴ Concretamente en este apartado de la ley se dispone, en relación al capítulo dedicado a las especialidades de jurisdicción y competencia tiene como finalidad (respetando la aplicación preferente de las normas contenidas en los Convenios internacionales y en el Derecho de la UE), “[...] tratar de evitar los abusos detectados declarando la nulidad de la cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o a arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente”.

parte de un debate de enorme interés para nuestra disciplina de Derecho internacional privado y que aflora permanentemente en el estudio de este particular sector del Derecho del transporte internacional.

Por ello, la visión que proyecta el art. 468 implica una restricción de la voluntad de las partes para la elección del foro jurisdiccional que no se sustenta en términos jurídicos y evidencia asimismo una desconfianza hacia la autonomía de las partes que transgrede la consagrada práctica o costumbre y usos del sector⁸⁵.

Otro argumento que permite fundamentar esta percepción de un actuar legislativo interno a “contracorriente” de la tendencia europea e internacional es que el texto de la LNM se desmarca del posicionamiento y orientación adoptada por el Convenio de la Haya de 30 junio 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Esta nueva norma convencional dispone en su art. 1.1 relativo al ámbito de aplicación del Convenio que se aplicará en situaciones internacionales a los acuerdos exclusivos de elección de foro⁸⁶, y que dedica su art. 3 a la finalidad de establecer el significado de un acuerdo exclusivo de elección de foro, sus características formales, y el carácter de acuerdo autónomo o independiente respecto al resto de cláusulas contractuales cuando forme parte de un contrato.

Se trata de un texto internacional de indudable interés científico y práctico que habrá que analizarse en su posible aplicación sobre el particular sector del Derecho marítimo y los contratos auxiliares de la navegación (contrato de gestión naval, contrato de consignación de buques, contrato de practica y contrato de manipulación portuaria)⁸⁷, debido a la extensa lista de las materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio recogidas en su art. 2, y que advierte entre otras cuestiones que no se aplicará a los acuerdos exclusivos de elección de foro en materia de transporte de pasajeros y de mercancías, contaminación marina, limitación de responsabilidad por demandas en materia marítima, las averías gruesas, así como el remolque y salvamento marítimos en caso de emergencia.

⁸⁵ J.J. Álvarez Rubio, “Transporte Marítimo Internacional de Mercancías: alcance material y conflictual de la Autonomía contractual”, *AEDIPR*, t. VIII, *Iprolex*, 2008, pp. 558–559.

⁸⁶ En relación a la aprobación por parte de la UE del Convenio de la Haya de 2005 que permitirá la entrada en vigor del mismo tras el depósito del instrumento de aprobación por parte de la UE en el plazo de un mes desde el 5 junio 2015, según lo establecido en el art. 2 la propia Decisión del Consejo, dado que México se adhirió al Convenio en 2007 y tan solo se exige que dos Estados sean parte de el para su entrada en vigor, *Vid.* el propio texto del Decisión (2014/887/UE) del Consejo de 4 diciembre 2014, relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de la Haya, de 30 junio 2005, sobre Acuerdos de Elección de foro.

⁸⁷ Puede verse sobre los contratos auxiliares de la navegación entre otros, F.C. López Rueda, “De los contratos auxiliares de la navegación”, A. Emparanza Sobejano (dir.), *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 415–479; *Vid.* también sobre el contrato de practica y como contrato auxiliar de la navegación marítima, I. Zurutuza Arigita, *El practica y*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 176–181.

Si atendemos a la estricta calificación de los contratos auxiliares de la navegación como contratos funcionalmente instrumentales respecto a la navegación marítima y a lo dispuesto en el informe explicativo del Convenio de 30 junio 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro⁸⁸, debemos prever que el Convenio será aplicable a este tipo de contratos del ámbito del Derecho marítimo.

El Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro contribuye de manera eficaz al fomento de la autonomía de las partes en las transacciones comerciales internacionales y a una mayor previsibilidad de las resoluciones judiciales relativas a esas transacciones. Además de ello garantiza a las partes la seguridad jurídica, el respeto necesario al acuerdo de elección de foro y que la resolución dictada por el tribunal elegido será reconocida y ejecutada. En efecto, este instrumento internacional puede tener un desarrollo prometedor en el tráfico transnacional y en los litigios comerciales internacionales, y permitirá garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad de resultado. Una norma de carácter doble que regula tanto la competencia judicial internacional como el reconocimiento y ejecución de decisiones⁸⁹.

Por todo ello debe reiterarse el escaso recorrido práctico que tendrán las previsiones restrictivas de los arts. 468 y 469 LNM en su prospección internacional sobre los contratos auxiliares de la navegación, es decir aquellos supuestos en los que el tribunal o tribunales extranjeros designados por las partes mediante acuerdos atributivos de jurisdicción no estén ubicados en un Estado miembro RB I bis o en Estados que no sean parte de un Convenio internacional del que forme parte España y que contemple o ampare la posibilidad de que las partes regulen este aspecto procesal civil internacional.

Además, los ya citados y especiales caracteres del transporte marítimo han ido consolidando la formación progresiva de unos “usos” específicos de dicho sector, que está teniendo una influencia decisiva sobre la resolución de las controversias marítimas, así como sobre la determinación de la Ley aplicable a las mismas.

Son esos “usos” los que están provocando una interpretación flexible de los requisitos formales y sustanciales que toda cláusula arbitral –y de elección de foro– debería satisfacer. Dicha interpretación favorece una “presunción” del cumplimiento de tales requisitos, que, habida cuenta de la práctica marítima, parece compatible únicamente con la figura del cargador, en cuanto parte originaria del contrato frente al porteador.

⁸⁸ T. Harley y M. Dogauchi, *Informe explicativo del Convenio de 30 junio 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro*, Texto adoptado durante la Vigésima Sesión, Editado por la oficina permanente de la Conferencia. (Recuperado de: www.hcch.net/upload/expl37s.pdf).

⁸⁹ Sobre los elementos fundamentales del Convenio puede verse el excelente trabajo de R. Arenas García, “La aprobación por la UE del Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos”, *La Ley*, nº 22, enero de 2015, pp. 35–45.

De esta manera, la duda que se plantea es si debe defenderse una interpretación amplia o restringida respecto a la noción de los “usos” del comercio marítimo internacional y sus efectos sobre tales sujetos. Conforme a la primera, cargador y tercero, en cuanto participantes del tráfico marítimo, estarían expuestos y por ende obligados –ambos– a conocer los “usos” de dicho tráfico, entre ellos, la presencia habitual de cláusulas arbitrales y de foro presentes en un conocimiento de embarque o en una *charter-party*.

Ello supondría apoyar la existencia de un consentimiento y conocimiento “presuntos” de los mismos, que justificaría que la cláusula arbitral –o de foro– sería oponible a cualquiera de ellos, sin exigirse especiales requisitos formales y sustanciales.

Desde luego, el proceso flexibilizador que se proyecta en el sector sobre la validez de las cláusulas de foro y arbitrales marítimas no tiene por qué suponer una progresiva indefensión de la figura del tercero. De hecho, la misma proclamación que el legislador español ha realizado, tras la Ley 60/2003, de una *lex mercatoria* reguladora del convenio arbitral, estaría confirmando la fuerza de los usos del tráfico comercial internacional y, en cierta forma también, el triunfo de esos intereses⁹⁰. Unos intereses que, en último término, pueden favorecer el apoyo de una interpretación flexible y amplia en la valoración –formal y sustancial– de este tipo de cláusulas.

En relación a la controvertida alusión a las cláusulas de sumisión a arbitraje recogida en el propio art. 468 LNM, cabe reiterar que su eficacia será menor, debido a la existencia de Convenios internacionales en vigor. No obstante, esta disposición refleja un nuevo descuido del legislador en la redacción del articulado en cuanto a la prelación de fuentes normativas en este particular ámbito del comercio internacional y parece no advertir la aplicación prioritaria de una norma internacional sobre una disposición de origen interno.

El citado precepto no favorece el reconocimiento arbitral para los contratos de utilización de buque ni para los contratos auxiliares de navegación al ser poco flexible en los requisitos exigidos en cuanto a la validez y eficacia de la cláusula arbitral (que haya sido negociada individual y separadamente)⁹¹. En este aspecto,

⁹⁰ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE 26.12.2003. Sobre el sistema en vigor aplicable a las cláusulas arbitrales marítimas que desplaza la aplicación práctica en materia de arbitraje del art. 468 LNM, entre otros puede verse el estudio de: R. Espinosa Calabuig, “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los “usos” del tráfico comercial internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 13, junio 2007, pp. 5 y 6.

⁹¹ Sobre la eficacia formal de una cláusulas arbitral inserta en un conocimiento de embarque y el consentimiento como condición de eficacia del convenio arbitral, puede verse entre otros el estudio jurisprudencial comparado de M. Gómez Gene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, pp. 53 ss.

no debe obviarse que el reconocimiento y la validez de los convenios arbitrales quedan regulados por el Convenio de Nueva York de 10 junio 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (CNY).

Se trata de un texto normativo que ostenta una eficacia o aplicación universal o *erga omnes* en nuestro ordenamiento jurídico y regula los efectos tanto positivos (atribución de la competencia para la resolución de la controversia) como negativos (obligación de los órganos jurisdiccionales de inhibirse ante la existencia de un convenio arbitral válido) consustanciales al convenio arbitral⁹².

El particular sector del *arbitraje marítimo* requiere ahondar, desde nuestra perspectiva de estudio y reflexión, en sus singularidades y analizar los formularios o clausulados-tipo existentes en la práctica negocial, la actuación de los organismos privados internacionales que desarrollan y promueven tal labor arbitral e indagar asimismo en la regulación contenida en las normas convencionales del sector respecto a tal mecanismo privado de solución de litigios, junto a la problemática derivada de prácticas muy habituales, como las llamadas “cláusulas de incorporación”⁹³.

El art. II CNY de 1958 es la norma reguladora de los acuerdos de sumisión a arbitraje en la esfera internacional⁹⁴, y pretende lograr una regulación armonizada al establecer los requisitos mínimos de validez de los convenios arbitrales⁹⁵, y que tiene su reflejo para los arbitrajes nacionales en cuanto a la regulación de la forma y el contenido del convenio arbitral en el art. 9 de la Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre.

El objetivo del CNY era, conforme indica la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), evitar que los laudos arbitrales extranjeros fuesen objeto de discriminación en los Estados contratantes respecto de los laudos nacionales, favoreciendo el reconocimiento y ejecución de

⁹² M. Virgós Soriano, “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº14, 2006, p. 15.

⁹³ H.A. Grigera Naón, *op. cit.*, nota 27, formula una atinada reflexión sobre la naturaleza y función propia del arbitraje comercial internacional y la problemática del Derecho aplicable por el árbitro.

⁹⁴ Art. II CNY 1958: 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. 2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. 3. El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz e inaplicable.

⁹⁵ En relación al Convenio de arbitraje, deviene ya clásica la reflexión de J.D. González Campos, “Sobre el Convenio de Arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español”, *Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, t. II, 1975, pp. 3–42.

dichos laudos en todos los Estados parte del Convenio, y en segundo lugar garantizar que los órganos judiciales de los Estados contratantes reconocieran plena eficacia a los convenios arbitrales acordados entre las partes de la relación contractual que acuerdan someter sus controversias a un arbitraje⁹⁶.

Así, debe subrayarse que la aceptación del CNY 1958 por los actores del arbitraje internacional es innegable. Desde la perspectiva de la Unión Europea todos sus Estados miembros son parte del CNY. Ello significa que un laudo arbitral incluido en el ámbito de aplicación del CNY debe ser reconocido en los 149 Estados parte, en contraste con el tratamiento de las resoluciones judiciales, las cuales carecen de un Convenio sobre reconocimiento y ejecución que haya alcanzado tan alto número de adhesiones⁹⁷.

Sin duda la alternativa de dirigirse a un arbitraje comercial internacional como alternativa a un procedimiento de justicia ordinario en materia de transporte marítimo permite proyectar y consagrar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. La importancia del arbitraje marítimo en el ámbito comercial internacional se refleja en numerosos sectores del Derecho marítimo, entre otros en: el ámbito del transporte bajo póliza de fletamento; abordajes; el ámbito de la asistencia y salvamentos marítimos; contratos de construcción de buques.

En conclusión, la realidad normativa hoy por hoy es clara: en el ámbito del arbitraje comercial internacional, el art. 468 LNM no puede ser de aplicación. Esto es así porque el reconocimiento del convenio arbitral está regulado por el CNY. Y tal y como ha establecido el TS en su jurisprudencia, el consentimiento –entendido como condición de eficacia o existencia del convenio arbitral– es una cuestión regulada por el mismo precepto. Por otro lado, en aplicación del art. VII CNY, para reconocer un convenio arbitral debe aplicarse el art. 9 de la Ley Arbitraje, nunca el art. 468 LNM.

III. Conclusiones finales

El análisis de los textos normativos convencionales, europeos e internos objeto de estas reflexiones conducen a una primera conclusión: la cuestión de la libertad contractual (material o sustantiva, procesal y conflictual) de las partes en el marco de una relación de transporte marítimo de mercancías ha sido hasta el momento el

⁹⁶ Sobre las cláusulas de sumisión a arbitraje, *vid.* W. Tetley “Arbitration & Jurisdiction in Carriage of Goods by sea and Multinational Transport, – Can we have international uniformity?”, *Europ.Trans.law*, 1998, nº 6, pp. 735–765.

⁹⁷ M. Virgós Soriano, “Arbitraje Comercial Internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número extraordinario (Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento), 2006, p. 25.

factor determinante que ha impedido una tan necesaria como ansiada armonización regulatoria a nivel internacional. Los diferentes enfoques normativos analizados preconizan márgenes dispares o heterogéneos, respondiendo así a una mayor protección de unos u otros de los intereses en presencia.

Así se ha llegado a la complejísima situación normativa presidida por la presencia de hasta nueve regímenes regulatorios diferentes, y la solución final adoptada por la mayoría de legisladores internos en avanzar en su desarrollo normativo interno o autónomo. No es la solución deseable pero el pragmatismo se impone. Y de este modo la atomización o dispersión normativa se incrementa.

En nuestro caso, el ordenamiento español suma a los retos derivados de tal hipertrofia legal la evidencia de una incoherencia regulatoria que distorsiona la interacción entre bloques normativos, ya que cabe cuestionar en qué medida la LNM atiende o logra cumplir sus fines u objetivos, que según el propio Preámbulo se concretan en la pretensión, literal, de

“... homogeneizar el ordenamiento jurídico español con el Derecho marítimo internacional, aportar seguridad jurídica al garantizar la coordinación entre las normas españolas, europeas y los Convenios internacionales vigentes, reflejar la realidad práctica actual del transporte marítimo y eliminar las carencias que se han detectado en relación a una pluralidad de intereses nacionales cuya tutela debe ser reforzada en diversos ámbitos materiales como el de la seguridad de la navegación o la protección del medio marino, entre otros.

Nuestra LNM consagra normativamente una suerte de híbrido legal entre las previsiones contenidas en la Reglas de La Haya–Visby y las Reglas de Hamburgo. En el texto de la Ley tan solo hay una mínima referencia a la multimodalidad que está claramente orientada en línea con la previsión de las Reglas de Rotterdam, pero realmente la LNM no adopta sino que se aleja del régimen de responsabilidad previsto en el Convenio internacional (Rotterdam) que ha sido ratificado por España.

¿Hasta qué punto resulta ello coherente con la previsión de su Preámbulo, al señalar que “la ley ha tenido en cuenta los últimos Convenios en esta materia, especialmente las conocidas Reglas de Rotterdam, previendo así ulteriores modificaciones de su articulado cuando entren en vigor”?; ¿Y cómo se desandará el camino legislativo ahora seleccionado cuando haya de cumplirse la propia previsión de la LNM, conforme a la cual (Disposición Final Primera) en caso de que tales Reglas de Rotterdam entren en vigor el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para introducir las modificaciones necesarias en esta ley?.

La permanente interacción de los distintos bloques normativos en presencia, exige una respetuosa consideración de las normas europeas e internacionales aplicables que condicionan indisponiblemente la orientación que deben advertir las

normas internas del sector. La más que discutible orientación del art. 468 LNM, en su afán de otorgar un proteccionismo si no obsoleto si al menos superado en la práctica de este sector a nivel internacional no va a dejar de plantear distorsiones en su proyección práctica, y en particular, cuando la cláusula de jurisdicción remita a un país fuera de la Unión Europea.

Para los supuestos *ad intra* en la Unión Europea es absolutamente necesario ser conscientes de que en la actualidad cabe hablar de un DIPr. de la integración como consecuencia de la propia evolución de la sociedad internacional. Los procesos de integración económica y jurídica que han aflorado a nivel mundial en los últimos años han modificado el tradicional sistema de fuentes normativo de los particulares ordenamientos jurídicos estatales al incorporar el denominado Derecho institucional.

En un sector tan complejo como el del Derecho del transporte marítimo internacional, y sin perjuicio de las singularidades presentes en cada una de las modalidades de contratación, es necesario que el texto normativizador de dichas relaciones contractuales sea absolutamente respetuoso con la libertad contractual reconocida tradicionalmente a las partes en este ámbito.

La internacionalización de las relaciones contractuales proyectada sobre el ámbito del comercio requiere favorecer un proceso de autorregulación que permita generar una “desnacionalización” o “deslocalización” del régimen normativo regulador del comercio internacional.

Bajo la cobertura argumental de una orientación genéricamente tuitiva o protectora de intereses de terceros el art. 468 de la LNM española exige la concurrencia de dos premisas o requisitos para validar tanto una cláusula de sometimiento a tribunales extranjeros como una cláusula arbitral que prevea un arbitraje en el extranjero, queda muy alejada de las coherentes y respetuosas soluciones contenidas en materia de jurisdicción y arbitraje por el Convenio de Hamburgo de 1978 (arts. 21 y 22 respectivamente) y el Convenio UNCITRAL de 2008 (arts. 66 a 77), que permiten garantizar mediante el juego de la autonomía de la voluntad de las partes la aplicación de los usos y costumbres comerciales del sector.

Tales premisas, claramente alejadas de la citada práctica y usos del sector, consisten en la exigencia de una negociación individualizada y separada de las mismas. La LNM rema en esta troncal materia a contracorriente, y obsesionada con la salvaguardia del principio de seguridad jurídica (que toda ley debe observar, ex art. 9.3º CE) prioriza la consecución de tal principio hasta el punto de restar operatividad al consagrado valor del favor *negotii*.

Finalmente cabe advertir que la visión del legislador respecto a la validez de tales cláusulas está mal orientada. Un enfoque razonable hubiera sido aquél que pusiera el acento en la dimensión procesal del reconocimiento de las mismas en

España; esto es, una dimensión *ad intra* y no *ad extra*, como la finalmente adoptada por la LNM. Dicha inadecuación de la previsión interna frente a la orientación regulatoria que caracteriza al propio Derecho europeo y a las normas convencionales del sector (Reglas de la Haya y la Haya Visby y Convenio de Hamburgo de 1978) en la admisión de los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros o de cláusulas arbitrales va a tener escasísima repercusión práctica.

Bibliografía

- Abarca Junco, A.P.: “La competencia judicial de los tribunales españoles: Foro de la autonomía de la voluntad”, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, UNED, 2013, pp. 134 ss.
- Alba Fernández, M.: “Jurisdicción internacional en las reglas de Rotterdam, próximas reformas legislativas y situación de España”, M.V. Petit Lavall, F. Martínez Sanz, A. Recalde Castells (dirs) y A. Puetz, (Coord), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial pons, 2013 pp. 229–240.
- Alcántara González, J.M.: “Los Tratados internacionales en la Nueva Ley de Navegación Marítima”, *Comentarios a la ley de Navegación marítima*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 60.
- Álvarez Rubio, J.J.: *Derecho Marítimo y Derecho Internacional Privado: algunos problemas básicos*, Vitoria–Gasteiz, Servicio de publicaciones del Gobierno Vasco, 2000, pp. 53–55.
- : “Transporte Marítimo Internacional de Mercancías: alcance material y conflictual de la Autonomía contractual”, *III Seminario internacional de Derecho Internacional Privado: Autorregulación y unificación del derecho de los contratos internacionales*, Madrid, Universidad Complutense de 2009, pp. 558–559.
- : “Jurisdicción y arbitraje en el nuevo Convenio UNCITRAL”, A. Emparanza Sobejano (dir.), *Las Reglas de Róterdam. La regulación del contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Mar*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp.313–333.
- : *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención, Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Pamplona, Aranzadi, 2011.
- : “Competencia judicial internacional en el transporte internacional. Especial referencia al transporte marítimo”, J.M. De Eizaguirre Bermejo, *El Derecho del transporte marítimo internacional*, I jornadas sobre Transporte Marítimo Europeo, aspectos mercantiles y jurisdiccionales, Donostia (20 y 21 mayo 1993), Escuela de Administración Marítima– Itsas Ardularitza Eskola, p. 133.
- Álvarez Rubio, J.J., y Belintxon Martín, U.: “La nueva Ley de Navegación Marítima desde la perspectiva del Derecho internacional”, A. Emparanza Sobejano y J.M. Martín Osante (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, , Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 807–831.
- Arenas García, R.: “La aprobación por la UE del Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos”, *La Ley*, n°22, enero de 2015, pp. 35–45.
- Arroyo Martínez, I.: “Protección de la parte débil frente a las cláusulas de jurisdicción internacional en el transporte marítimo”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXX, 2013 pp. 23–95.
- Astle, W.E.: *The Hamburg Rules*, Londres, 1981.
- Badiola, S.: *La responsabilidad del porteador marítimo en las Reglas de Rotterdam*, Tesis doctoral (inédita), Pamplona, Universidad de Navarra, 2016.

- Belintxon Martin, U., “Derecho Internacional Privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable”, *Cuad.Der.Trans.*, vol. 8, nº 1, Marzo 2016, pp. 17–35.
- Berlingieri, F., “The history of the Rotterdam Rules”, *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of goods Wholly or Partly by Sea—An Appraisal of the Rotterdam rules*, M.D. Guner-Özbek (Ed.), Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2011, pp. 1–63.
- : “Uniformité du Droit Maritime. Quelques problèmes”, *Il Dir.Mar.*, 1992–III, pp. 796 ss.
- : “Il progetto UNCITRAL di Convenzione sul trasporto marittimo di merci”, 1975, Fasc. II, p. 308.
- Borrás, A., “La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 285–318.
- Briggs, A., “The validity of floating choice of law and jurisdiction clauses”, *Lloyd’s mar. and Com. Law Quart.*, 1986, pp. 508 ss.
- Cachón, M.: “Arts. 468 y 469”, I. Arroyo y J.A. Rueda (Dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de Julio, de navegación marítima*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp.1397–1420.
- Carbone, S.M.: *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milán, Tela Editoriale, 1988.
- Carbone, S.M., y Munari, F.: “Diritto internazionale e traffici marittimi: La codificazione internazionale della disciplina dei traffici marittimi ed il ruolo al riguardo riservato ai soggetti economici privati”, *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionali*, Milán, Giuffrè Editore, 1990, pp.7–10.
- Carrascosa González, J.: “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *La Ley*, nº 7847, de 27 abril 2012.
- Cordero Álvaro, C.I.: “La cláusula atributiva de jurisdicción en el conocimiento de embarque”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, t. XLI, 2008, pp.197–232.
- Cremades Sanz-Pastor, B.: “Convenio de Bruselas y Arbitraje”, *La Ley*, nº 4752, 11 marzo 1999, pp.1–6.
- Del Corte, J., “Especialidades procesales en la Ley de Navegación Marítima”, A. Emparanza Sobejano y J.M. Martín Osante (dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 753–768.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Contratación internacional: La evolución del modelo de la Unión Europea”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, nº 29, septiembre de 2011, pp. 67–89.
- : “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, XXXIV, nº8013, 2013, pp.1–4.
- : “Los acuerdos de jurisdicción en la nueva Ley de Navegación Marítima de 17 septiembre 2014, (Recuperado de: [http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/ los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la-html](http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la-html)).
- Diena, G.: “Principes du Droit international privé maritime”, *Recueil des Cours*, t. 51, 1935, pp. 405 ss.
- Emparanza Sobejano, A.: “El contenido del contrato de fletamento”, A. Emparanza Sobejano, (dir.), *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 327 ss.
- Espinosa Calabuig, R.: “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los “usos” del tráfico comercial internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 13, junio 2007, pp. 5 y 6.
- Fernández Rozas, J.C.: “El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización”, *Es-crica. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, nº5, 2000, pp. 161–230.

- : “La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *RES*, nº 140, 2009, pp. 600 ss.
- : “La ordenación de las relaciones privadas internacionales a través de tratados en las postrimerías de su ciclo histórico”, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 54–62.
- Fernández Rozas, J.C., Arenas García, R., y De Miguel Asensio, P.A.: *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2009, pp.390–408.
- Fuente Gómez, J.C.: “Principios y fines generales de la Ley de Navegación Marítima”, M.V. Petit Lavall, y A. Puetz, (dirs), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 361–366.
- Gabaldón García, J.L., y Ruiz Soroa, J.M.: *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 666–667
- Garau Sobrino, F.: “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español”, *Cuad.Der.Trans.*, vol. 2, nº2, Octubre 2010, pp. 53 ss.
- García Álvarez, B.: *La carga y descarga en el contrato de transporte de mercancías*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 31–41.
- Gómez Gene, M.: *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, pp. 53 ss.
- : “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima”, *Cuad.Der.Trans.*, vol.6, nº2, Octubre 2014, pp. 118 ss.
- Gómez Segade, J.A.: “El transporte marítimo de mercancías: De las Reglas de La Haya a las Reglas de Hamburgo”, *R.D.M.*, nº156, 1980, p.221 ss.
- Gondra Romero, J.M.: “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea”, E. García De Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado, (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Madrid, Civitas, vol. I, 1986, pp. 275–312.
- González Campos, J.D.: “Sobre el Convenio de Arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español”, *Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. II, 1975, pp. 3–42.
- : “Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Materialisation des règles de Droit International Privé”, *R. des C.*, t. 287, 2002, pp. 156 ss.
- González Pellicer, J.M.: “Sobre el art. 468 del Proyecto de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque”, *La Ley*, nº 8354, Sección Doctrina, 15 julio 2014, Año XXXV, pp. 8 ss.
- Grigera Naón, H.A.: *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, Tubinga, Mhor, 1992.
- Guzman Zapater, M.: “Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?”, *La Ley*, nº7479, 2010, pp.713 ss.
- Harley, T., y Dogauchi, M.: *Informe explicativo del Convenio de 30 junio 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro*, Texto adoptado durante la Vigésima Sesión, Editado por la oficina permanente de la Conferencia. (Recuperado de: www.hcch.net/upload/expl37s.pdf).
- Iriarte Ángel, J.L.: “Transporte marítimo internacional de mercancías y normas imperativas de terceros Estados”, *R.L.J.*, nº1, enero–febrero 1989, p.7 ss.
- : “La armonización del Derecho internacional privado por la Unión Europea”, *Jado: boletín de la Academia Vasca del Derecho*, nº 9, 2006, pp. 47–73.

- Jackson, D.C. — : “The Hamburg Rules and conflict of laws”, S. Mankabady (edit.), *The Hamburg Rules on the carriage of goods by sea*, Londres, 1978, p.221 ss
- Kaufmann-Kohler, G.: *La clause d’élection de for dans les contrats internationaux*, Frankfurt, 1980, p. 1.
- López Rueda, F.C.: “De los contratos auxiliares de la navegación”, A. Emparanza Sobejano (Dir.), *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 415–479
- López Rueda, F.C.: “De los contratos auxiliares de la navegación”, en A. Emparanza Sobejano y J.M Martín Osante, *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Dpto. de Transporte y Obras Públicas, 2006, pp. 415–479
- : *El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías*, Vitoria-Gasteiz, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, 2005
- Lopuski, J.: “Les principales lignes d’évolution du Droit maritime privé: l’influence exercée par la pression des pays en développement”, *D.M.F.*, 1987, pp. 217 ss.
- Loussouarn, Y., y Bredin, J.D.: “L’Arbitrage Commercial International”, *Droit du Commerce International*, Paris, Editions Sirey, 1969, pp.84 ss.
- Luzzatto, R.: “Metodi di Unificazione del Diritto Marittimo e interpretazione Uniforme”, *Dir Mar*, 1999–I, pp.148–151.
- Malintoppi, A.: *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milán, Guiffirè Editore, 1955, pp. 38–84.
- Mankabady, S.: *The Hamburg Rules on the carriage of goods by sea*, Londres, 1978, pp.110 ss.
- : “Comments on the Hamburg Rules”, S. Mankabady (edit.), *The Hamburg Rules on the carriage of goods by sea*, Londres, 1978, p.111 ss.
- Munari, F.: *Il Diritto Comunitario dei Trasporti*, Milán, Guiffirè Editore, 1996, pp.50–117.
- Ramberg, J., “Unification of transport law: difficulties and possibilities”, *Dir.mar.*, 2010, pp.813–818.
- : “Freedom of contract in maritime law”, *Lloyd’s mar. and Com. law quart.*, 1993, pp. 178 ss.
- Recalde Castells, A.: “Los contratos de utilización del buque”, A. Emparanza Sobejano y J.M Martín Osante, *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Dpto. de Transporte y Obras Públicas, 2006, pp. 253–287.
- Rodríguez Gayán, E.M.: “El arbitraje internacional en las pólizas de fletamento y en los conocimientos de embarque”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1996, vol. XII, pp.26–28.
- Rueda Martínez, J.A.: “La responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías”, *A.D.M.*, vol. VIII, Barcelona, 1990, p.19 ss.
- Ruiz Soroa, J.M.: “El Derecho Uniforme en la Ley de Navegación Marítima”, A. Emparanza Sobejano y J.M. Martín Osante (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 49–60.
- Sánchez Calero, F.: *Las Reglas de Hamburgo sobre el contrato de transporte marítimo de mercancías. Una valoración crítica*, Barcelona, Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, 1981, p. 10 ss.
- Sanjuán, E.: “Especialidades procesales en la nueva Ley de Navegación Marítima”, A.B. Campuzano, *Comentarios a la ley de Navegación Marítima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.471–522.
- Simon, P., y Hennebicq, M.R.: “Les Nations-Unies et la réglementation des transports maritimes”, *Europ.trans.law*, vol. VII, 1972, p.718 ss.

- Tetley, W.: "Arbitration & Jurisdiction in Carriage of Goods by sea and Multinational Transport, – Can we have international uniformity?", *Europ.Trans.law*, 1998, nº6, pp. 735–765.
- Torralba Mendiola, E.: "Las "especialidades procesales" de la Ley de Navegación Marítima: cláusulas de jurisdicción y arbitraje", *RDT*, nº 16, 2015, pp.121–131.
- Treves, T.: "Il nuovo Diritto del Mare e le Convenzioni Internazionali sulla protezione dell'ambiente marino", *Dir Mar*, 1999–I, pp. 219–231
- UNCTAD: "The Economic and Commercial implications of the entry into force of the Hamburg Rules and the Multimodal transport Convention", Doc. TD/B/C.4/315, de 31 diciembre 1987.
- Virgós Soriano, M.: "Arbitraje Comercial Internacional y Convenio de Nueva York de 1958", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número extraordinario (Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento), 2006, pp. 25 ss.
- : "El Convenio Arbitral en el Arbitraje Internacional", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº14, 2006, p. 15.
- Virgós Soriano, M., y Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor, Thomson–Civitas, 2007, pp. 362–381.
- Ziegler, A.V.: "Alternatives and Methods of Unification or Harmonization of Maritime Law", *Dir Mar*, vol. 101, nº 1, 1999, pp. 232–239.
- Zurimendi, A.: "Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje incluidas en el conocimiento de embarque tras la Ley de navegación marítima", *Revista de Derecho del transporte*, nº18, 2016, pp.89–110.
- Zurutuza Arigita, I.: *El practicaje*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

VARIA

Recepción: 6 junio 2017
Aceptación: 26 junio 2017

PRÁCTICA JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DE LAS NUEVAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Miguel GÓMEZ JENE *

SUMARIO: I. Introducción. II. Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil. 1. Notificación de documentos judiciales. 2. Prueba del Derecho extranjero. 3. El procedimiento de execuátur. III. Ley Orgánica sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros. 1. En general: el papel del MAEC en procesos sustanciados contra Estados extranjeros. 2. El papel del MAEC en la notificación. 3. El papel del MAEC en la emisión del *Informe*. IV. La Ley de Jurisdicción Voluntaria: Disposición adicional tercera. V. A modo de conclusión.

RESUMEN: La práctica judicial y extrajudicial de las nuevas normas de Derecho internacional privado (básicamente, *Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, *Ley Orgánica de privilegios e inmunidades* y *Ley de Jurisdicción Voluntaria*) demuestra que existen ciertos aspectos controvertidos en la aplicación de las mismas. En concreto, la práctica de la notificación, el procedimiento de execuátur, el papel del Ministerio de Asuntos Exteriores en aquellos procedimientos en los que una de las partes sea un Estado extranjero y la eficacia de los documentos públicos extranjeros plantean una serie de interrogantes que a día de hoy permanecen abiertos. En este trabajo se señalan algunas de esas cuestiones y se proponen soluciones a las mismas.

PALABRAS CLAVE: NOTIFICACIÓN - PROCEDIMIENTO DE EXECUÁTUR - PRIVILEGIOS E INMUNIDADES - MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES - DOCUMENTO PÚBLICO EXTRANJERO.

ABSTRACT: *Judicial and Extrajudicial Practice of New Rules of Private International Law*

The judicial and extrajudicial practice of the new rules of Private International Law (basically, international judicial cooperation Act in civil matters, Organic Law of privileges and immunities and Law of voluntary jurisdiction) shows that there are certain controversial aspects in their application. Specifically, the practice of notification, the exequatur proceeding, the role of the Ministry of Foreign Affairs in those procedures in which one of the parties is a foreign State and the effectiveness of foreign public documents raise a series of questions that remain open to this day. This study identifies some of these issues and proposes solutions to them.

KEY WORDS: NOTIFICATION - EXEQUATUR PROCEEDING - PRIVILEGES AND IMMUNITIES - MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS - FOREIGN PUBLIC DOCUMENTS.

* Catedrático de Derecho internacional privado. UNED.

I. Introducción

Pasados ya los dos primeros años desde la entrada en vigor de leyes tan importantes para la práctica del Derecho internacional privado (DIPr) como son la *Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*¹ (LCJI), la *Ley Orgánica sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España*² (LOPI) y la *Ley de Jurisdicción Voluntaria*³ (LJV), procede indagar en los primeros problemas que su aplicación práctica ha suscitado.

Bien es cierto que la acción del legislador en el ámbito del DIPr no se limitó a la promulgación de las leyes citadas. Como es sabido, también tienen un fuerte impacto sobre distintos ámbitos del DIPr tanto la *Ley Orgánica por la que se modifica la LOPJ*⁴, como las *Leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*⁵. Sin embargo, y con independencia del juicio que estas normas merezcan, es lo cierto que, hasta ahora, no han generado una jurisprudencia excesivamente confusa o contradictoria. De ahí que no vayan a ser objeto de análisis en este trabajo.

Tampoco haremos referencia a las cuestiones que, en la práctica judicial y extrajudicial, suscitan los reglamentos europeos en materia de DIPr. Sin duda, su peso específico en la práctica aumenta exponencialmente; sin embargo, acometer en esta sede el estudio de tales cuestiones desbordaría ampliamente la extensión y objeto del mismo. Es por ello que a lo largo de las siguientes líneas trataremos únicamente los puntos más controvertidos en la aplicación de la LCJI, la LOPI y la LJV.

II. Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil

De entre las materias reguladas en la *Ley de cooperación jurídica internacional* (LCJI), por lo menos tres están resultando especialmente controvertidas en la práctica. La primera, es la relativa a la *notificación de documentos judiciales*. Y más concretamente, la relativa a la *notificación pasiva*. La segunda es la relativa a la *alegación y prueba del Derecho extranjero*; y, la tercera es la relativa a la misma

¹ BOE 31.7.2015.

² BOE 28.10.2015.

³ BOE 3.7.2015.

⁴ BOE 22.7.2015.

⁵ Respectivamente, Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 23.7.2015) y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29.7.2015).

sustanciación *del procedimiento de execuátur*. A cada una de estas cuestiones dedicamos un epígrafe.

1. Notificación de documentos judiciales

El régimen de notificación de *documentos judiciales* previsto en la LCJI es relativamente complejo, pues además de su regulación *ad hoc* en los arts. 21 y 22, deben tenerse muy presentes los arts. 9 y 12, ubicados ambos en el Título I (“*Régimen general de la cooperación jurídica internacional*”). Así, el art. 9 LCJI impone una limitación excesivamente dura al juego de la cooperación jurídica internacional, en la medida en que constriñe su aplicación al hecho de que el ordenamiento jurídico del país de origen o destino también tenga regulado un régimen de cooperación similar⁶.

La constatación de la existencia de un régimen de cooperación con el Estado extranjero (ya sea de origen o de destino) exige una interpretación amplia y flexible. A este respecto, no debería considerarse que la inexistencia de una autoridad central suponga automáticamente la inexistencia de un régimen de cooperación. De hecho, existen ordenamientos que no prevén un régimen centralizado de cooperación (no prevén una autoridad central), pero que, sin embargo, autorizan esa cooperación directa a las autoridades judiciales (tanto para recibir como emitir notificaciones). A mi juicio, bastaría con constatar la competencia del juez extranjero para notificar o recibir notificaciones directamente del juez de otro Estado para entender que la cooperación jurídica internacional está prevista en su ordenamiento.

Sentado lo anterior, debe tenerse también en cuenta el art. 12 LCJI (*Tramitación*). Este precepto regula tanto la forma de realizar las solicitudes de comunicación *activa* (las acordadas por autoridades españolas) como las solicitudes de comunicación *pasiva* (las acordadas por autoridades extranjeras). Para estas últimas, el párrafo segundo establece:

“2. Sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas, las solicitudes de cooperación jurídica internacional acordadas por autoridades extranjeras se transmitirán a la autoridad central española, que las remitirá a las autoridades españolas competentes para su ejecución”.

El precepto tiene dos lecturas posibles. En virtud de la primera —que estimo la correcta—, debe entenderse que, si la autoridad judicial extranjera (por solicitud de la parte demandante) opta por no remitir directamente su comunicación directa al juzgado español del domicilio del demandado, podrá transmitir su comunicación

⁶ Con acertada crítica, C. Parra Rodríguez, “Art. 9”, en F.P. Méndez González y G. Palo Moreno, *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 118–129.

a la autoridad central española. Y ello, en principio, sin que la autoridad judicial extranjera tenga que pasar obligatoriamente por la autoridad central de su país.

Otra lectura posible (y a mi juicio desacertada), pasaría por interpretar que el precepto impone una notificación cumulativa: además de la posible comunicación directa a la autoridad judicial española, la comunicación a la autoridad central española también tiene que realizarse.

En cualquier caso, debe quedar claro que lo anterior constituye el *régimen general* de tramitación de una solicitud de cooperación jurídica internacional. Régimen general que, para el concreto ámbito de la *notificación de documentos judiciales*, debe ceder ante la regulación *ad hoc* que prevé la LCJI (arts. 20–27). De tal forma que, a todos los efectos, debe considerarse correctamente hecha una notificación emitida por la autoridad judicial de un Estado extranjero y dirigida directamente a un demandado con residencia habitual en España. Sin necesidad de modular el cauce de la notificación a través de la autoridad central o judicial española. Así lo señala específicamente el art. 22 *in fine* LCJI: “Se admite también la comunicación directa al destinatario por correo postal certificado o medio equivalente con acuse de recibo u otra garantía que permita dejar constancia de su recepción”.

Para librar la notificación directamente al demandado, puede recurrirse al conducto notarial (expresamente previsto en el art. 9.d) LCJI). Y, en cualquier caso, parece muy prudente extrapolar al supuesto *extraeuropeo* los criterios establecidos por el TJUE en su jurisprudencia en materia de notificación. En su virtud:

“... no sólo es preciso procurar que el destinatario de un documento lo reciba realmente, sino también que se le permita conocer y comprender de forma efectiva y completa el sentido y alcance de la acción ejercitada contra él en el extranjero, de manera que pueda preparar oportunamente su defensa y ejercer efectivamente sus derechos en el Estado miembro de origen”⁷.

Además, el TJUE ha establecido que

“... una tercera persona puede recibir válidamente un documento judicial en nombre y por cuenta del destinatario”, [si bien] “esta posibilidad debe circunscribirse, no obstante, a supuestos definidos con claridad, en aras de garantizar de la mejor manera posible el respeto del derecho de defensa del destinatario”⁸.

Por fin,

“... la facultad de un tercero para recibir un documento judicial en lugar del destinatario del mismo sólo puede aplicarse en el caso de personas adultas que se encuentren en la residencia del destinatario, ya

⁷ STJUE, 2 marzo 2017, C–354/15, *Marcus*, párr. 52.

⁸ *Ibíd.*, párr. 93.

se trate de miembros de su familia que vivan en la misma dirección que éste o de personas empleadas por él en dicha dirección”⁹.

Como conclusión de lo hasta aquí dicho cabe señalar que, pese a lo establecido en los arts. 9 y 12 LCJI, en virtud del art. 22 *in fine* LCJI es posible que el juez del Estado extranjero de origen tramite una notificación directa al demandado. Sin necesidad de recurrir ni a la cooperación de la autoridad judicial ni a la cooperación de la autoridad central. No obstante lo anterior, para que dicha notificación no vulnere los derechos de defensa del demandado, deberían observarse las directrices marcadas por el TJUE en este contexto.

2. Prueba del Derecho extranjero

El art. 33 LCI poco aporta a la cuestión relativa a la alegación y prueba del Derecho extranjero. Piedra angular en la regulación de esta cuestión sigue siendo el art. 281.2º LEC. De hecho, bien mirado, el art. 33 LCJI se limita a consagrar de una forma discreta lo que ya estaba fuertemente arraigado en la jurisprudencia del TS¹⁰: “Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español” (art. 33.3º LCJI).

Más allá de la interpretación doctrinal que este precepto merezca¹¹, es lo cierto que la entrada en vigor de la LCJI en nada ha cambiado tal planteamiento. La aplicación con *carácter excepcional* del Derecho español ante la falta de acreditación del Derecho extranjero se interpreta en un sentido laxo; extremadamente laxo. De hecho, puede afirmarse que tras la entrada en vigor de la LCJI, la aplicación del Derecho español ante supuestos de falta de alegación y prueba del Derecho extranjero opera con *carácter general –no excepcional–*. Es decir, en su interpretación jurisprudencial, el art. 33.3º LCI se caracteriza, básicamente, por haber otorgado carta de naturaleza a la *aplicación general* del Derecho español. Así se desprende de la jurisprudencia más reciente sobre el particular, pues ante tal falta de alegación y prueba, la aplicación del Derecho español se produce de forma *automática*¹². Puede afirmarse, por tanto, que el art. 33.3º LCJI ha venido a consagrar *de facto* un sistema facultativo de DIPr.

⁹ *Ibíd.*, párr. 95.

¹⁰ Tras la entrada en vigor de la LCJI: Auto TS 22 marzo 2017, ECLI:ES:TS:2017:2568A; Auto TS 30 noviembre 2016, ECLI:ES:TS:2016:10841A.

¹¹ Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016, pp. 173–188; F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016, pp. 238–241; A.L. Calvo Caravaca, “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *REDI*, 2016/2, pp.133–156.

¹² La jurisprudencia en este sentido es muy numerosa. Por solo citar algunas de las más recientes: SAP Palma de Mallorca 23 febrero 2017, ECLI:ES:APIB:2017:418; SAP Palma de Mallorca 29 diciembre

En consonancia con lo anterior, el Derecho extranjero solo es aplicado por nuestros tribunales cuando, además de su alegación, su prueba por la parte interesada se considera suficiente –que no exhaustiva–¹³.

Los dos años de vigencia de esta norma, y su correspondiente interpretación por los tribunales de justicia, demuestra que el tratamiento de la cuestión relativa a la alegación y prueba del Derecho extranjero en nuestra jurisprudencia queda todavía lejos del que recibe en los países de nuestro entorno cultural. Así, por ejemplo, en fechas todavía recientes la Corte de casación francesa no ha dudado en exigir al poder judicial la participación activa en la búsqueda del contenido del Derecho extranjero¹⁴.

Con todo, el problema más grave que en este contexto puede plantearse gira en torno a una posible *responsabilidad internacional* del Estado español por no aplicación por parte de sus tribunales de las normas imperativas europeas; como son, qué duda cabe, los reglamentos europeos en materia de ley aplicable: Roma I, Roma II y Roma III. Bien es cierto que esta posible responsabilidad solo puede apreciarse cuando la norma de conflicto aplicable sea la prevista en un reglamento europeo –y no en las normas de conflicto del Título preliminar del Cc–, pero aún así, cabe recordar que el TJUE ya ha delimitado de forma suficientemente clara los contornos de esa responsabilidad, apreciándola cuando los órganos judiciales de un Estado miembro infrinjan la obligación de aplicar el Derecho europeo en vía judicial¹⁵. A la luz de la jurisprudencia del TJUE, hacer caso omiso al mandato de aplicación de un Derecho extranjero previsto en la norma de conflicto de un reglamento europeo, bien podría considerarse incluido en un supuesto de *responsabilidad internacional*.

2016, ECLI:ES:APIB:2016:2275; SAP Madrid, 30 noviembre 2016, ECLI:ES:APM: 2016:17743; SAP Almería 15 noviembre 2016; ECLI:ES:APAL:2016:1330; SAP Alicante 30 septiembre 2016, ECLI:ES:APA:2016:2773; SAP Almería, 23 septiembre 2016; ECLI:ES:APAL: 2016:1191; SAP Ourense 6 septiembre 2016, ECLI:ES:APOU:2016:570 (con cita expresa del art. 33 LCJ); AP Pontevedra 29 julio 2016, ECLI:ES:APPO:2016:1642 (rechazando la aplicación del Derecho extranjero determinado por el Reglamento Roma III por defectuosa prueba del mismo); SAP Alicante 6 julio 2016, ECLI:ES:APA:2016:2868; SAP Almería 20 mayo 2016, ECLI:ES: APAL:2016:1130; AP Asturias 5 mayo 2016; ECLI:ES:APO:2016:1443; AP Tenerife, 18 abril 2016, ECLI:ES:APTF:2016:1289 (tras alegación defectuosa del Derecho italiano); AP Huesca, 9 marzo 2016; ECLI:ES:APHU:2016:58 (tras una breve averiguación del Derecho de la República Dominicana); AP Zaragoza 1 marzo 2016, ECLI:ES:APZ:2016:555.

¹³ Sin embargo, como ejemplo de aplicación del Derecho extranjero *vid.*: SAP Melilla 29 diciembre 2016, ECLI:ES:APML:2016:213; SAP Madrid 28 octubre 2016, ECLI:ES:APM:2016:17582; SAP Alicante 25 mayo 2016, ECLI:ES:APA:2016:2440; SAP Madrid 17 marzo 2016, ECLI:ES: APM:2016:4114.

¹⁴ *Cour de cassation* 1 junio 2016, Proc. nº 15–13.221.

¹⁵ STJCE 30 septiembre 2003, C–224/01, *Köbler* y STJUE 9 septiembre 2015, C–160/14, *Joao Filipe da Silva*.

3. El procedimiento de execuátur

El art. 54 LCJI regula el *proceso* de execuátur aplicable a todas aquellas sentencias firmes (art. 41 LCJI) que bien sea por su origen o por la materia sobre la que resuelven no quedan sometidas al ámbito de aplicación de ningún reglamento europeo o convenio internacional. En su virtud, las partes en este proceso deben estar representadas por procurador y asistidas de letrado. Demanda de execuátur y solicitud de ejecución pueden acumularse en el mismo escrito (art. 54.1º LCJI)¹⁶. Junto con la citada demanda, se exige también la presentación de una serie de documentos listados en el art. 54.4º LCJI: original o copia auténtica de la resolución extranjera, documento que acredite la fuerza ejecutiva de la misma, documento que acredite la entrega o notificación, así como las traducciones pertinentes.

Hasta aquí no se plantean mayores dudas ni problemas. Sin embargo, los párrafos 5 y 7 del precepto en cuestión no regulan todo lo bien que debieran el devenir posterior del proceso. Así, el párrafo 5 establece que el secretario judicial (*rectius*, letrado de la administración de justicia) dará traslado a la parte demandada tanto de la demanda como de los documentos presentados, para que se oponga a la misma en el plazo de treinta días. Por su parte, el párrafo 7 del precepto establece que, una vez formalizada la oposición o transcurrido el plazo para ello sin que la misma se haya formalizado, el órgano jurisdiccional resolverá mediante auto. Una interpretación literal de lo anterior lleva a la inevitable conclusión de que, con la oposición del demandado, la actividad procesal se agota. Así lo entiende, de hecho, un autorizado sector doctrinal¹⁷.

En la práctica, sin embargo, las cosas no debieran plantearse así. Y es que, bien mirado, la parte demandante de un execuátur debería, en un primer momento procesal, limitarse a presentar una “mera” demanda de execuátur, acompañada de los documentos correspondientes; sin necesidad de plantear o defender en ese primer escrito la *no* concurrencia de ninguno de los motivos de denegación del mismo previstos en el art. 46 LCJI¹⁸. Así, en el escrito de demanda bastaría con solicitar, lisa y llanamente, el execuátur de la sentencia extranjera. Sin mayores precisiones o requerimientos. De tal modo que, una vez conocidos los motivos de denegación alegados por el demandado en su contestación, el demandante debería tener un turno de réplica para oponerse a los motivos esgrimidos por el demandado.

¹⁶ Repárese, no obstante, que tal posibilidad de acumulación no es posible en el ámbito del execuátur del laudo arbitral, por cuanto la competencia para otorgar la declaración de ejecutividad recae en los Tribunales Superiores de Justicia (ex art. 8 LA).

¹⁷ F. Gascón Inchausti, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, nº 2, p. 177.

¹⁸ O, en el caso del execuátur del laudo arbitral, sin necesidad de defender la *no* concurrencia de ninguno de los motivos de denegación previstos en el art. V CNY.

De hecho, esta es la interpretación que, en su momento, hizo el TS sobre el hoy derogado art. 956 LEC/1881 (que tampoco preveía ese turno de réplica en el proceso de execuátur) en cuya virtud, el respeto a los principios de contradicción e igualdad de armas (tutela judicial efectiva, en definitiva), exigían conceder ese trámite:

“... el respeto al principio de contradicción y de igualdad de armas en el proceso que forman parte de las garantías procesales constitucionalmente consagradas... determinan la necesidad de dar traslado a la parte que solicita el reconocimiento, sobre la que pesa únicamente, y en principio, la carga de alegar y acreditar la concurrencia de los presupuestos de homologación que se establecen en el art. IV, en relación con el art. II del Convenio, de las causas de oposición al exequátur que ha opuesto la parte frente a la que se sirven para desvirtuarlas; pero con ello no se abre un sucesivo, recíproco e inagotable trámite de alegaciones y de prueba entre las partes, sino que en los actos procesales que se han expuesto precluyen las oportunidades de defensa de una y de otra”¹⁹.

Con todo, del tenor literal de los preceptos en cuestión no puede deducirse que tal trámite de réplica deba ser respetado. En consecuencia, ante la ausencia de una jurisprudencia concluyente al respecto, es muy recomendable que el demandante de execuátur demuestre, ya en su primer escrito de demanda, la no concurrencia de ninguno de los motivos de denegación previstos en el art. 46 LCJI (o artículo V CNY, en caso de laudo arbitral).

III. Ley Orgánica sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros

1. En general: el papel del MAEC en procesos sustanciados contra Estados extranjeros

La promulgación de la *Ley Orgánica sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros* (LOPI) ha supuesto –por lo que ahora importa– tanto como la inclusión de un nuevo agente en los procesos sustanciados en España en los que sea parte un Estado extranjero (entendiendo por Estado las instituciones y órganos previstos en el art. 2.c) LOPI). En efecto, si bien ya el art. 27 LCJI involucró al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAEC) en este tipo de procesos, la entrada en vigor de la LOPI ha precisado el papel del MAEC en este contexto. Esta participación tiene por objeto establecer una cooperación entre los poderes públicos sin con ello pretender una interferencia en la independencia del poder judicial²⁰.

¹⁹ ATS 3 febrero 2004; RJ 2004\3112. En el mismo sentido, ATS 7 octubre 2003, JUR 2003\261577.

²⁰ Vid. J. A. González Vega, “Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre inmunidades. ¿Juego de espejos en el callejón del gato?”, *REDI*, vol. 68, 2016, 1, p. 95.

Desde esta perspectiva, el art. 27 LCJI otorga *dos* funciones distintas al MAEC en aquellos procedimientos en los que un Estado extranjero sea parte²¹.

Por un lado, establece que el MAEC actuará como parte de la cadena de transmisión de cualquier acto de comunicación judicial dirigido a un Estado extranjero (ya sea emplazamiento, citación, requerimiento): “1. Los emplazamientos, citaciones, requerimientos y cualesquiera otros actos de comunicación judicial dirigidos a Estados extranjeros se realizarán por vía diplomática a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación...”. Dicha previsión se concreta en el art. 54.1º LOPI, de tal modo que: 1. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación remitirá el emplazamiento o la notificación del órgano jurisdiccional a la misión diplomática o a la representación permanente española correspondiente, a los efectos de su traslado al Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado extranjero o al órgano competente de la organización internacional”. También deben tenerse en cuenta en este contexto los arts. 52 y 53 de la misma Ley. Por otro, el citado art. 27 LCJI establece además la competencia del MAEC (en concreto, de su *Asesoría Jurídica Internacional* –AJI–) para redactar un *Informe* sobre las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución que pueden plantearse ante un pleito sustanciando en España: de ordinario, bien porque una de las partes sea un Estado en sentido estricto, o bien porque una de las partes ostente esa calificación a la luz del art. 2.c) LOPI:

“2. Los órganos jurisdiccionales españoles comunicarán al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación la existencia de cualquier procedimiento contra un Estado extranjero a los solos efectos de que aquel emita un informe en relación con las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución, del que dará traslado al órgano jurisdiccional competente por la misma vía”.

La eficacia de este *Informe* se regula en el art. 54.2º LOPI.

A continuación desarrollamos en epígrafes diferenciados las cuestiones que, desde una perspectiva eminentemente práctica, plantean tales funciones.

2. El papel del MAEC en la notificación

La primera cuestión que surge en este contexto es la relativa a la misma aplicación de los arts. 27 LCJI, 52 y 54 LOPI. Y en concreto, la relativa al juego de posibles excepciones a su aplicación.

Resulta, en efecto, que en el contexto del espacio judicial europeo, el Reglamento de notificación puede ser de aplicación y, por tanto, sustituir el cauce previsto en el art. 27 LCI en relación con los arts. 52 y 54 LOPI. Para ello, tal y como

²¹ Sobre este precepto, *in extenso*, M. Gómez Jene, “Art. 27”, en F. P. Méndez González y G. Palo Moreno, *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 350–360.

establece el art. 1 del texto europeo, la controversia debe tratar sobre materia “civil y mercantil”²² y el Estado o autoridad pública extranjera no debe actuar dentro del ejercicio del poder público (excepción *acta iure imperii*). El alcance de esta última excepción ha sido interpretado de forma estricta por el TJUE, resultando también que la emisión de obligaciones por parte de un Estado no presupone necesariamente el ejercicio de facultades exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares, pues “no cabe excluir que una persona jurídica de Derecho privado pueda acudir al mercado financiero, concretamente mediante la emisión de obligaciones”²³.

En consecuencia, a la luz de esta jurisprudencia del TJUE, en aquellos supuestos en los que esté involucrado un Estado miembro de la UE (*Estado* entendido en los términos previstos en el art. 2 LOPI) el cauce previsto en el art. 27 LCJI en relación con el art. 54.1º LOPI debe ser sustituido por los cauces previstos en el Reglamento de notificación. O lo que es lo mismo: el MAEC no intervendrá en la misma.

Por fin, el art. 53 LOPI precisa que las comunicaciones de los Estados extranjeros por las que se haga constar expresamente *su consentimiento* al ejercicio de la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales españoles o, lo que es más importante, su renuncia a la inmunidad, deberá cursarse por *vía diplomática*.

De ordinario, de preverse, esa renuncia a la inmunidad o consentimiento al ejercicio de la jurisdicción se incluye directamente en el contrato –a la postre– controvertido. De hecho, lo más común es que ese contrato solo prevea, en su caso, una cláusula de sumisión y no una cláusula de renuncia a la inmunidad.

Pues bien, más allá de que la mera firma de la cláusula de jurisdicción pueda interpretarse como una renuncia a la inmunidad –a mi juicio, así debería ser– lo que parece claro es que el citado art. 53 LOPI solo debe operar cuando el contrato controvertido no haga manifestación alguna sobre esta cuestión; es decir, no contenga cláusula de sumisión a tribunales. De contener dicha cláusula, el *consentimiento* a la jurisdicción a los tribunales españoles debe entenderse otorgado. En caso de que no hubiese cláusula de jurisdicción a tribunales españoles y el Estado extranjero respondiese a la demanda sin cuestionar la inmunidad, también debería entenderse que hay renuncia a la misma (renuncia tácita). Y aún más, pues en caso de que el Estado consintiese en comunicar esa renuncia en una forma distinta a la prevista en el art. 53 LOPI –sin pasar por el cauce diplomático–, estimo que también

²² Sobre el significado de esta exclusión, debe tenerse en cuenta, en la medida de lo posible la jurisprudencia del TJUE en interpretación del art. 1 del Reglamento Bruselas I *refundido*. Al respecto *vid.* M. Gómez Jene, “Art. 1”, *Comentario al Reglamento UE nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 57–88.

²³ STJUE 11 junio 2015, C–226/13 y acumulados, *Helenische Republik*.

debería considerarse válida. Lo importante, a mi juicio, no es tanto la validez formal de la renuncia (por el cauce citado) como la verdadera voluntad de renunciar (utilizando, para ello, cualquier cauce que deje fehaciente constancia de tal renuncia). En consecuencia, estimo que el art. 53 LOPI debería ser de práctica prescindible.

3. El papel del MAEC en la emisión del Informe

Hemos dicho anteriormente que el alcance del *Informe* que redacta la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC debe limitarse a hacer una manifestación sobre la apreciación o no en el asunto concreto de la inmunidad de jurisdicción y ejecución. Debe señalarse, además, que el *Informe* en cuestión *no* es vinculante (art. 54.2º LOPI). Sin embargo, a nadie se le escapa la relevancia que dicho *Informe* tiene para el Juez que conoce del asunto: al tratarse de un auténtico *dictamen* emitido por un órgano neutral y altamente especializado, su toma en consideración está casi garantizada. La todavía incipiente jurisprudencia que alude al mismo, así lo demuestra²⁴.

La importancia implícita de este documento hubiera incluso recomendado la publicación de aquella parte del mismo que pudiera ser objeto de publicación (básicamente, el *Parecer Jurídico* –en terminología de la AJI–)²⁵. Al no serlo, queda exenta de análisis y comentario por la doctrina, cuando quizá sería recomendable que así fuera: la relevancia que, pese a no ser vinculante, ostenta en la práctica este *Informe* así lo recomienda²⁶.

Con el objeto de dar a conocer y analizar con cierto detenimiento este tipo de *Informes*, a continuación transcribimos el texto literal de uno de ellos presentado en su momento por la AJI ante el Juzgado de Primera Instancia nº 61 de Madrid. Antes de su transcripción, recordar que el objeto de este *Informe* debe limitarse “a las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución” (art. 52 LOPI). En el supuesto, una empresa española solicitó una medida cautelar *inaudita parte* en cuya virtud se ordenase a un Ente público extranjero sito en el extranjero a que no ejecutase una garantía otorgada por un banco español.

INFORME

ASUNTO: Inmunidad ejecución Buena Fe – Borduria en el Procedimiento de medidas cautelares previas LEC 727 190/2016

²⁴ Vid., v.gr., Auto TSJ Madrid 14 noviembre 2016, *Arbitraje*, vol. X, nº 1, 2017, pp. 224–236.

²⁵ Por ejemplo, en la misma pág. web del Ministerio.

²⁶ Para una crítica al *Informe* redactado por la AJI para el supuesto citado en la nota anterior, vid., E: Linares Rodríguez. “Primera ejecución en España de un laudo OHADA ¿Por qué tiene un juez español que forzar su cumplimiento?”, *Arbitraje*, vol. X, nº 1, 2017, pp. 152–157.

I. Solicitud

Por Nota Interior de la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios (Subdirección General de Asuntos Jurídicos Consulares), de 28 julio 2016, con referencia 171232_JR-2016 y con registro de entrada en esta Asesoría Jurídica Internacional (AJI) nº 4315, de 29 de julio, se solicita a ésta informe sobre la inmunidad de jurisdicción y ejecución de Buena Fe- Borduria en relación a la demanda de medidas cautelares planteadas por la empresa Zeta en el Procedimiento de medidas cautelares previas LEC 727 190/2016.

II. Antecedentes

Zeta es una empresa española, que resultó adjudicataria de un contrato con la Administración de Borduria, gestionado por Buena Fe y financiado por la Unión Europea, para la reconstrucción de una carretera en dicho país.

El contrato firmado entre las partes en 2012 obligaba a Zeta a aportar un aval en garantía de la buena ejecución de las obras que se le encomendaban. El aval fue expedido por el Banco B [español con sede España].

En julio de 2014 Buena Fe comunicó a Zeta su intención de resolver el contrato, por pretendidos incumplimientos por parte de ésta. Zeta incoó entonces sendos procedimientos judiciales ante los tribunales de Borduria: un procedimiento en el que solicitaba la declaración de nulidad de la resolución unilateral del contrato; y, un procedimiento en el que instaba la adopción de medidas cautelares tendentes a suspender los efectos del acuerdo de resolución del contrato. Dos años después, ninguna de estas demandas ha sido siquiera proveída.

En estas circunstancias, el 29 febrero 2016, Zeta presento en España una demanda de medidas cautelares, consistentes en que se ordene a Buena Fe que se abstenga de cobrar el aval expedido por el Banco.

Como se indica en el oficio del Juzgado de la Instancia nº 61 de Madrid, al que le ha sido atribuido el conocimiento de este asunto, la solicitud del presente informe se fundamenta en el art. 27.2º LCJI ...

III. Parecer Jurídico

1. Consideraciones previas sobre las inmunidades soberanas de los Estados

1.1. Consideraciones generales

Como es bien conocido, una consecuencia de la soberanía y de la igualdad soberana de los Estados es la inmunidad del Estado extranjero tanto frente a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado (inmunidad de jurisdicción) como frente a las medidas que éstos puedan ordenar contra sus bienes (inmunidad de ejecución). Originariamente formulada en términos absolutos, hoy en día está plenamente aceptada la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción, que limitaría su alcance a los actos *iure imperii*, impidiendo su invocación en relación con los actos *iure gestionis*. En cuanto a la inmunidad de ejecución, la consideración de que una medida coercitiva atenta de forma más abierta contra la soberanía de un Estado determine una mayor continencia a la hora de abordar la restricción de esta inmunidad, que, con todo, también se produce.

Las normas básicas en la materia, de origen consuetudinario, han sido fundamentalmente recogidas en la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2004 (en adelante, "Convención NU de 2004"), cuyo contenido, por esta razón, puede considerarse que refleja el Derecho Internacional general, obligatorio para todos los Estados, con independencia de que aquélla no haya entrado en vigor. España ya ha manifestado el consentimiento en obligarse por este instrumento; lo hizo mediante adhesión el 21 septiembre 2011. Borduria, en cambio, permanece por el momento al margen.

Desde fechas recientes, España dispone de una legislación interna *ad hoc* sobre la materia, a saber: la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Intencionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (en adelante, LOPI)... Pese a la existencia de este nuevo texto normativo, el Derecho Internacional sigue operando en nuestro ordenamiento; así resulta del art. 21.2º de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

1.2. El alcance de la inmunidad de jurisdicción de los Estados

Como se ha afirmado, la inmunidad de jurisdicción del Estado (y de los entes considerados como tales) no es absoluta, sino que se limita, antes bien, a las actuaciones que son fruto del ejercicio por su parte del poder público (*iure imperii*), quedando fuera los actos de carácter privado (*iure gestionis*).

Esta distinción plantea en la práctica numerosas dificultades, que comienzan con la determinación del criterio que permite calificar un acto de un modo u otro. En efecto, se puede estar a la naturaleza del acto, al Derecho (público o privado) que lo rige, a la posibilidad de que sea privativo de los Estados o puede proceder también de los particulares, a su carácter comercial o no comercial, etc...

La incapacidad de la jurisprudencia estatal para, a través de un criterio abstracto, determinar con claridad y precisión los límites de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero explica que las leyes especiales promulgadas por distintos países y los instrumentos internacionales (como la Convención NU de 2004, antes mencionada) hayan preferido extraer de dicha jurisprudencia una relación casuística de los supuestos en que la inmunidad no es exigible en virtud del Derecho Internacional.

1.3. El alcance de la inmunidad de ejecución de los Estados

La inmunidad de ejecución impide a los órganos jurisdiccionales de un Estado adoptar medidas coercitivas contra los bienes de otro Estado tanto antes (piénsese, por ejemplo, en un embargo) como después (ejecución) del fallo judicial. De resultar posible el ejercicio de jurisdicción sobre un Estado (porque éste lo consiente a porque concurre alguna de las excepciones a su inmunidad) y de ser éste condenado, la vigencia de la inmunidad de ejecución dejaría a expensas de su voluntad el cumplimiento de la sentencia en cuestión.

La LOPI y la Convención NU de 2004 siguen el mismo esquema al configurar esta inmunidad: parten del principio de la inmunidad, para, a continuación, admitir su levantamiento si concurre el consentimiento del Estado extranjero o, frente a las medidas posteriores al fallo, cuando se determine que los bienes objeto de las medidas de ejecución se utilizan por el Estado extranjero con fines distintos a los oficiales no comerciales. Para facilitar la aplicación uniforme de esta regla, la Convención NU enumera una serie de bienes protegidos, en todo caso, por la inmunidad, al presumirse *iuris et de iure* adscritos a un servicio público no comercial. La LOPI ha seguido, como se decía, esos mismos parámetros.

2. La inmunidad de Buena Fe en el Procedimiento de medidas cautelares previas LEC 727 190/2016

Realizadas las anteriores consideraciones de carácter introductorio, se pasará a responder a la concreta cuestión planteada por la Dirección General solicitante del presente informe, que no se limita a la cuestión de la inmunidad de ejecución de Buena Fe, por la que pregunta el Juzgado en su oficio, sino que se extiende también a la inmunidad de jurisdicción.

Antes es preciso determinar la posición de Buena Fe con respecto a Borduria, pues sólo si se considera parte de éste se beneficiará del régimen de inmunidades soberanas que a dicho Estado le puedan, en su caso, corresponder.

2.1. La condición de Buena Fe como “Estado”

Lo primero que hay que dejar establecido a los efectos del presente informe (y del presente caso) es que Buena Fe merece la consideración de “Estado”; en concreto, debe ser tratado como si fuera el propio Borduria.

Buena Fe es la autoridad Borduriana dependiente del gobierno del país que gestiona los programas de cooperación financiados por el Fonda Europeo de Desarrollo para la reconstrucción de infraestructuras afectadas por el terremoto de 2010. Sería, pues, un organismo del Estado facultado para realizar actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado; entre otros, la celebración de contratos públicos. Según el Derecho Internacional consuetudinario, este tipo de organismos o entidades merecen la consideración de “Estado” a todos los efectos, incluidas las inmunidades soberanas. La Convención NU de 2004 codifica esta norma en su art. 2.1.b.iii). También lo hace nuestra LOPI, en el art. 2.c.iii).

2.2. La no concurrencia de la inmunidad de jurisdicción de Buena Fe

Tanto el Derecho Internacional (que habría quedado positivado, básicamente, en la Convención NU de 2004) como nuestra LOPI parten del principio de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero cuando es demandado, para posteriormente establecer una serie de excepciones, de carácter dispositivo (ya que están a expensas de que los Estados interesados no convengan otra cosa).

Esas excepciones tienen que ver con el objeto del litigio. En un procedimiento sobre medidas cautelares, esta AJI entiende que el objeto del litigio vendrá determinado por el objeto del litigio principal. En el caso *sub examine*, el litigio principal, planteado ante los tribunales Bordurianos, tiene que ver con la resolución del contrato de obra celebrado entre Zeta y Buena Fe. Dicho contrato constituye una “transacción mercantil” y ello desde la perspectiva tanto del Derecho Internacional (art. 2.1º.c) de la Convención NU de 2004) como de nuestro ordenamiento interno (art. 2.n) de la LOPI):

Art. 2 de la Convención NU de 2004: “...”.

Art. 2.n) de la LOPI: “...”.

Siendo esto así, operaría la excepción, reconocida en ambos ordenamientos, a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero relativo a los procesos vinculados a transacciones mercantiles (art. 10 de la Convención NU de 2004 y art. 9 de la LOPI).

Art. 10 de la Convención NU de 2004: “...”.

Art. 9 de la LOPI: “...”.

Visto lo anterior, no sería posible que Buena Fe alegara ante el Juzgado de 1º Instancia nº 61 de Madrid su inmunidad de jurisdicción; o, si lo hiciera, el Juzgado no debería apreciar la concurrencia de tal inmunidad para declinar el ejercicio de su competencia.

El posible ejercicio por parte del Juzgado de su competencia obliga a plantearse si éste podría ordenar la medida cautelar cuya adopción reclama Zeta.

2.3. La inmunidad de ejecución de Buena Fe no resultaría de aplicación al caso

Por lo que se refiere a la *inmunidad de ejecución*, es preciso constatar que ésta se configura siempre en relación con los bienes del Estado extranjero, impidiendo que se adopten medidas coercitivas contra ellos. La limitación de la inmunidad de ejecución a los bienes parece clara en el Derecho intencional; baste ver la Convención NU de 2004, que ya en su título elude a las inmunidades jurisdiccionales de los Estados “y de sus bienes” y en cuya parte IV, relativa a la inmunidad de ejecución, se refiere en todo momento a éstos, sin contemplar medidas coercitivas que no afecten a bienes. En la LOPI se aprecia la misma limitación en cuanto al alcance material de la inmunidad de ejecución; valga citar el art. 4, que consagra el principio de la inmunidad del Estado extranjero estableciendo que “Todo Estado extranjero y sus bienes disfrutarán de inmunidad de jurisdicción y ejecución ante las órganos jurisdiccionales españoles” (énfasis añadido).

En el caso planteado par Zeta ante los tribunales españoles, dicha empresa no solicita de éstos que ordenen el embargo de algún bien de Borduria o, específicamente, de Buena Fe. La medida cautelar cuya

adopción se reclama consiste en una obligación de no hacer: que se ordene a Buena Fe que se abstenga de cobrar el aval expedido por el Banco.

En estas circunstancias, este AJI tiende a pensar que *no resultaría de aplicación al caso la inmunidad de ejecución de Buena Fe*. Como se verá a continuación, esta conclusión no implica, empero, que el Juzgado de 1ª instancia nº 61 Madrid pueda adoptar la medida deseada por Zeta.

2.4. La soberanía de Borduria como fundamento de la imposibilidad para el Juzgado de 1ª Instancia nº 61 de Madrid para ordenar la medida cautelar pretendida

Una de las normas internacionales cuyo carácter imperativo (*ius cogens*) es indiscutido es aquella que proclama la soberanía y la igualdad soberana de los Estados. La Carta de Naciones Unidas la enuncia como el primero de sus principios, cuando en el art. 2.1º afirma que “la organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”. La Resolución 2625/XXV de la Asamblea General también la incluye en la conocida ‘Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados’, disponiendo al respecto que “Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes”. De este principio se derivan otros principios fundamentales en el ordenamiento internacional; tal es el caso del principio de la no intervención en los asuntos de otro Estado (también él una norma de *ius cogens* internacional, consagrada en el art. 2.7º de la Carta de Naciones Unidas, presente la Resolución 2625/XXV y objeto de particular tratamiento por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 1988 en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua—Nicaragua c. Estados Unidos de América—(fondo)*); del principio de igualdad soberana se deduce igualmente el principio que afirma la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero.

Pues bien, parece claro que *si un órgano jurisdiccional español ordenara a Buena Fe (en definitiva, a Borduria) que no proceda al cobro del aval, estaría vulnerando la soberanía y la igualdad soberana de dicho país*. Resulta evidente que atenta contra la soberanía propia de los Estados, entendida como la facultad de estos de adoptar libremente sus decisiones y ejercer los poderes estatales, que los órganos de otro país puedan imponer a cualquier entidad de aquellos un “hacer” o un “no hacer”.

IV. Conclusiones

A juicio de este AJI,

1) En el procedimiento objeto del presente informe no operaría la inmunidad de jurisdicción de Buena Fe.

2) Sin embargo, no sería posible que el Juzgado ordenara la medida cautelar cuya adopción le reclama Zeta, pues ello atentaría contra los principios de soberanía e igualdad soberana de los Estados.

Desde un mero punto de vista formal, la cita insistente que el *Informe* hace al Convenio de NU de 2004 resulta desconcertante²⁷. Siendo —como es— que se trata de un texto que ni siquiera está en vigor (lo que ya de por sí hace irrelevante el hecho de que el Estado extranjero se haya o no adherido al mismo), no se explica el afán de la AJI por citarlo antes incluso que la Ley aplicable en este contexto: la LOPI. Y es que, el estudio sobre el alcance de la inmunidad de jurisdicción y ejecución del Estado extranjero implicado en el pleito español debe hacerse en aplicación de esta norma —y no otra—. La LOPI es, además, lo suficientemente

²⁷ Convenio sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, 2004. España está adherido al mismo.

clara por lo que hace a los preceptos aplicables, por lo que ni siquiera es necesario traer a colación el Convenio NU 2004 como referente hermenéutico.

Con todo, lo que sin duda resulta más preocupante es el análisis que la AJI realiza sobre el alcance de la *inmunidad de jurisdicción* a la luz de la calificación —como “transacción mercantil”— del contrato de obra firmado por la empresa española (epígrafe 2.2 del *Informe*). En efecto, con independencia de que dicho contrato pueda calificarse como tal, es lo cierto que lo solicitado ante el Juzgado español son unas medidas cautelares contra un Estado extranjero. En palabras de la misma AJI: *En un procedimiento sobre medidas cautelares, esta AJI entiende —y a continuación viene lo controvertido— que el objeto del litigio vendrá determinado por el objeto del litigio principal*. A partir de aquí, la AJI analiza el alcance de la inmunidad en aplicación del art. 9 LOPI (titulado: *Procesos relativos a las transacciones mercantiles*), en cuya virtud: “El Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad ante los órganos jurisdiccionales españoles en relación con procesos relativos a transacciones mercantiles...”. En consecuencia, al anudar el procedimiento de medidas cautelares con el objeto del litigio, llega a la conclusión de que en un contexto litigioso relativo a una transacción mercantil, el art. 9 LOPI impide que pueda prosperar la inmunidad de jurisdicción. La conclusión que a partir de aquí alcanza la AJI es tan contundente como —a mi juicio— errónea: *Visto lo anterior, no sería posible que Buena Fe alegara ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 61 su inmunidad de jurisdicción; o, si lo hiciera, el Juzgado no debería apreciar la concurrencia de tal inmunidad para declinar el ejercicio de su competencia* (la cursiva es de la AJI).

En mi opinión, sin embargo, una medida cautelar —como la solicitada en autos— constituye ante todo una *medida de ejecución* a los efectos de la aplicación de la LOPI. O dicho de otro modo: el Capítulo I de la LOPI (*Inmunidad de jurisdicción*) no es aplicable a este supuesto; es aplicable, sin embargo, el Capítulo II (*Inmunidad de ejecución*).

Desde esta perspectiva de *ejecución*, la AJI debería haber considerado —no lo hizo— la posible aplicación del art. 17.1º LOPI (*Inmunidad del Estado extranjero respecto de las medidas de ejecución*) al supuesto.

En su virtud:

“1. Los órganos jurisdiccionales españoles se abstendrán de adoptar medidas de ejecución u otras medidas coercitivas contra bienes del Estado extranjero, tanto antes como después de la resolución judicial, salvo que dicho Estado lo haya consentido, de manera expresa o tácita”.

Si este precepto hubiera sido considerado, la solución a la que hubiese llegado la AJI hubiera sido diametralmente opuesta a la que en su momento llegó y, en consecuencia, habría concluido que, en el supuesto de autos, opera una inmunidad

de ejecución absoluta: en tanto en cuanto la *medida cautelar* es una *medida de coerción* que se adopta antes de la resolución judicial sobre el fondo, la inmunidad del Estado queda garantizada por este precepto.

Que la medida cautelar constituye una medida coercitiva a los efectos de este precepto es incuestionable. Como ha explicado la mejor doctrina, “son medidas coercitivas aquéllas a través de las cuales un poder público hace uso de la fuerza con apoyo en el ordenamiento jurídico, es decir, con sujeción a las reglas y límites a que está condicionado el uso de la fuerza pública en la legislación interna”²⁸. En el supuesto de autos, se trataba —qué duda cabe— de una coerción o fuerza jurídica, por cuanto la medida suponía una afección, carga o gravamen sobre la garantía: la medida, adoptada conforme al ordenamiento, alteraba la situación de la garantía, pues impedía disponer válidamente de ella.

No se planteó la AJI en este contexto si el concepto de *inmunidad frente a medida coercitiva* es o no más amplio que el concepto de *inmunidad de ejecución*. Para ello podría haberse apoyado en su tantas veces citado Convenio NU de 2004 (cuya Parte IV utiliza en su articulado la expresión “inmunidad respecto de medidas coercitivas”). O incluso podría haber indagado en las referencias doctrinales más elementales: “Esta transformación de la antigua inmunidad de ejecución en inmunidad frente a *medidas coercitivas* que afectan a los bienes del Estado resulta mucho más ajustada a la realidad del privilegio y permite sin dificultades su aplicación tanto en el nuevo marco del proceso de ejecución como en el del proceso cautelar”²⁹.

En conclusión, una *medida de coerción* dictada en forma de *medida cautelar* contra el Estado de *Borduria* entra de lleno en el ámbito de inmunidad frente a medidas cautelares regulado en el citado art. 17.1º LOPI. Y en virtud de este precepto, cualquier órgano jurisdiccional español debe abstenerse de adoptar medidas cautelares, sean de la naturaleza que sean, contra un Estado extranjero. Con mayor motivo si, como era el caso, la medida coercitiva se solicitaba *con anterioridad* al fallo³⁰.

Lo hasta aquí dicho solo refleja alguna de las dudas que el *Informe* transcrito plantea. Una segunda lectura del mismo aflora todavía alguna cuestión más. En concreto, (i) la concerniente al concepto de *bien* que utiliza y (ii) el modo de afrontar la cuestión relativa al alcance extraterritorial de la medida cautelar solicitada.

Así, no deja indiferente al lector interesado la interpretación que la AJI hace sobre lo que debe entenderse por *bien* a efectos de la aplicación del art. 4 LOPI

²⁸ F. Gascón Inchausti, *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial frente a Estados extranjeros*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 336.

²⁹ *Ibíd.*, p. 329.

³⁰ *Vid.* también en este sentido, J. Ferrer Lloret, “La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España”, *Anuario Español de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. XXIII, 2007, p. 17.

(apartado 2.3 del *Informe*). Este precepto consagra, con carácter general, la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los bienes de los Estados extranjeros ante los órganos jurisdiccionales españoles.

“Todo Estado extranjero y sus bienes disfrutarán de inmunidad de jurisdicción y ejecución ante los órganos jurisdiccionales españoles, en los términos y condiciones previstos en la presente Ley Orgánica”.

El *Informe* se plantea la aplicación de dicho precepto, pero –lamentablemente– concluye que una medida cautelar que ordena a un Ente público a abstenerse de cobrar un aval no es un *bien* al objeto del art. 4 LOPI. Tal interpretación estricta de lo que debe entenderse por *bien* –asimilándolo a cosas muebles– no se compadece ni con la realidad, ni con el criterio querido por la Ley, ni con el criterio doctrinalmente aceptado.

En efecto, en la realidad los activos patrimoniales son, en un número muy importante de casos, activos financieros –créditos, inversiones en fondos–. Es por ello que la LOPI, al referirse a los bienes afectados de inmunidad no utiliza únicamente el término “posesión”, sino que también utiliza el término “control”. Así, por ejemplo, el art. 20.1º de la Ley se refiere a “*los bienes propiedad del Estado extranjero o de los que ostente su posesión o control*”. La doctrina, por su parte, coincide totalmente con esta interpretación: “No debe ofrecer por ello duda alguna la eficacia de la inmunidad cuando las medidas coercitivas se proyectan sobre bienes o *derechos* de los que es titular el Estado”³¹.

Por fin, resulta también llamativo el argumento –en clave de Derecho internacional público– que utiliza la AJI para justificar la inmunidad de Borduria en este caso, basado en los principios de soberanía e igualdad soberana de los Estados: *Pues bien, parece claro que si un órgano jurisdiccional español ordenara a Buena Fe (en definitiva, a Borduria) que no proceda al cobro del aval, estaría vulnerando la soberanía y la igualdad soberana de dicho país. Resulta evidente que atenta contra la soberanía propia de los Estados, entendida como la facultad de estos de adoptar libremente sus decisiones y ejercer los poderes estatales, que los órganos de otro país puedan imponer a cualquier entidad de aquellos un “hacer” o un “no hacer”*.

A mi juicio, antes que de ningún principio de Derecho internacional público (enunciados en el art. 2 de la Carta de Naciones Unidas), la competencia judicial internacional de un Juzgado español para otorgar o no una medida cautelar en supuestos internacionales deriva, sobre todo, de las normas procesales aplicables. En este caso concreto, y puesto que indebidamente se rechazó una *inmunidad de*

³¹ F. Gascón Inchausti, *Inmunidades Procesales...*, op. cit., p. 329.

jurisdicción –que no se planteaba³²– hubiera sido interesante un análisis del art. 22 *sexies* LOPJ, a cuya luz:

“Los Tribunales españoles serán competentes cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España...”

Si, como hemos convenido, la medida cautelar imponía a una parte domiciliada en el extranjero un “no hacer”, habría que convenir entonces que el Juzgado no tenía competencia judicial internacional para ello: sencillamente, porque la persona jurídica a la que se imponía la medida de aseguramiento no tenía su domicilio en España.

Como consecuencia de lo hasta aquí dicho, pueden plantearse, con carácter general, unas primeras conclusiones sobre el papel del MAEC en los procedimientos abiertos en España con Estados extranjeros. En este sentido, debe insistirse en que para que la deseada cooperación entre poderes públicos funcione correctamente, es importante poner atención en el nivel técnico de los *Informes* que la AJI emita. La “irrupción” del MAEC en este tipo de procedimientos – como una suerte de perito forzoso– tiene una importante contrapartida para las partes (entre otros, dilación del procedimiento y mayores costes). Si los *Informes* de la AJI alcanzan el nivel de calidad –que seguro alcanzarán–, tales contrapartidas serán asumibles.

IV. La Ley de Jurisdicción Voluntaria: Disposición adicional tercera

La *Disposición adicional tercera* de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) regula una cuestión de extraordinaria relevancia en la práctica: la inscripción en los registros de documentos públicos extranjeros. La Disposición viene a desarrollar lo previsto en el art. 60 LCJII (*Inscripción de documentos públicos extranjeros*). Particularmente relevante es la cuestión relativa a la inscripción de los documentos públicos extranjeros *no* dictados por autoridad judicial (típicamente, el poder). Pues bien, estos documentos son títulos para inscribir el hecho o acto del que dan fe siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

– Que el documento haya sido otorgado por *autoridad extranjera competente* conforme a la legislación de su Estado.

³² Se planteaba una posible *inmunidad de ejecución*. De hecho, si el Informe hubiera analizado la aplicación de la *inmunidad de ejecución* (previsto en el art. 17 LOPI) a este caso concreto, nunca tendría que haber llegado hasta este punto para justificar la “imposibilidad” –*rectius*, la falta de competencia judicial internacional– del Juzgado español para adoptar la medida.

- Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones *equivalentes* a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen.
- Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas española de Derecho internacional privado.
- Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

Desde la entrada en vigor de la LJV, una serie de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) han interpretado el alcance de esta *Disposición adicional*. Particularmente relevantes han sido tanto la Res. DGRN 14 septiembre 2016³³ como la Res. DGRN 17 abril 2017³⁴. La primera resolución citada acordó desestimar el recurso por entender que la notario española no realizó el *test de equivalencia* entre las funciones del funcionario público extranjero y el notario español (*vid.* apartado b) de la Disposición transcrita). A este respecto, la DGRN precisó que: “En los sistemas notariales anglosajones la equivalencia de los documentos notariales difiere notablemente. El *notary-public* no emite juicio de capacidad de los comparecientes y no puede considerarse equivalente; mientras que los *notaries-at-law* o *lawyer notaries*, sí pueden considerarse equivalentes”. En consecuencia, fue la falta de *equivalencia funcional* entre la intervención del notario extranjero y el notario español lo que llevó a la DGRN a desestimar el recurso. Nada nuevo, pues lo anterior está en consonancia con la jurisprudencia del TS sobre el particular³⁵. Según esta jurisprudencia, la eficacia registral del documento extranjero exige una *equivalencia funcional* entre los notarios intervinientes. De no haberla, el documento no puede inscribirse.

Por su parte, la segunda Resolución citada, en un supuesto muy similar (pese a que no especifica qué tipo de notario anglosajón intervino en el otorgamiento del documento) acordó estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador suspendiendo la inscripción. La virtud de esta Resolución radica en que precisa más y mejor el alcance de la *equivalencia funcional*, al establecer, de entrada, que tal regla solo juega entre quienes tienen encomendada la *función fedataria*. En palabras de la DGRN: “la misma regla abre el paso a aquellos documentos en los que haya intervenido el titular de una función pública, nombrado por el

³³ BOE 5.10.2016.

³⁴ BOE 28.4.2017.

³⁵ STS 19 junio 2012, RJ 2012\8008 y nota de S. Sánchez Lorenzo, *REDI*, 2013, 1, pp. 242–246.

Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos en ellos contenidos³⁶. A partir de aquí, la DGRN centra el juicio de equivalencia en los elementos estructurales del documento público. Y estos son: (i) *juicio de identidad*: el autorizante de fe garantiza la identificación de los otorgantes que ante él comparecen; y, (ii) *juicio de capacidad*: el autorizante de fe garantiza la capacidad de los otorgantes. Reunidos estos requisitos, bastará con una declaración expresa de suficiencia del notario español para que el acto o negocio concreto quede autorizado. Sin que, además, la declaración en cuestión deba ajustarse a fórmulas sacramentales.

Los criterios establecidos en esta segunda Resolución de la DGRN sobre el alcance del juicio de *equivalencia funcional* son perfectamente compatibles con la jurisprudencia asentada por el TJUE en el asunto *Piringer*³⁷ (donde se proclama la compatibilidad del Derecho de la UE con la normativa de un Estado miembro que reserva a los notarios la legitimación de firmas para dar validez a determinados documentos). Pero además, se alinea también con los criterios consolidados desde hace muchos años en la jurisprudencia de algún Estado miembro de nuestro entorno cultural³⁸.

V. A modo de conclusión

De lo hasta aquí dicho pueden extractarse una serie de conclusiones –siquiera sean provisionales–. Así:

En el ámbito de la *notificación internacional de documentos judiciales* el régimen *ad hoc* previsto en la LCJI (arts. 20–27) debe prevalecer sobre el régimen general de cooperación; por tanto, es posible la comunicación directa al domicilio del demandado. Sin participación de autoridad central ni judicial. No obstante ello, para garantizar los derechos de defensa del demandado, es recomendable observar las garantías establecidas por el TJUE en su jurisprudencia.

La jurisprudencia en interpretación del art. 33.3º LCJI demuestra que la *aplicación excepcional* del Derecho español ante la falta de *alegación y prueba del Derecho extranjero* se ha tornado en *aplicación general*. Puede afirmarse, por tanto, que de *facto* opera en España un sistema facultativo de DIPr. Cuando la norma de conflicto aplicable sea la prevista en un Reglamento europeo, la no aplicación del Derecho determinado por la misma puede llegar a originar la *responsabilidad internacional* del Estado español.

³⁶ Vid. marginal 4 FD.

³⁷ STJUE 9 marzo 2017, C–342/15.

³⁸ En la jurisprudencia alemana, *BGH*, 16.2.1981 – II ZB 8/80. Posteriormente, en el mismo sentido, *BGH*, 17 diciembre 2013 II ZB 6/13. Sobre esta sentencia, *vid.* <http://conflictoflaws.net/2014/german-federal-supreme-court-strengthens-foreign-notaries-a-clear-commitment-to-substitution-of-form/>.

El *procedimiento de execuátur* previsto en el art. 54 LCJI no respeta suficientemente los derechos de defensa del demandante. Por ello, se impone una reinterpretación del mismo a la luz de la jurisprudencia del TS en interpretación de las normas correspondientes de la LEC/1881.

El papel del MAEC en el ámbito de la *notificación* cuando un Estado extranjero es parte en un proceso sustanciado en España es más restringido de lo que inicialmente pudiera parecer. Y es que, la interpretación amplia que el TJUE ha hecho de los términos *iure gestionis* hace que el Reglamento de notificación sea aplicable en muchos supuestos en los que un Estado extranjero esté involucrado.

El *Informe* regulado tanto en la LCJI como la LOPI (sobre el alcance de la inmunidad de jurisdicción y ejecución) supone tanto como la irrupción en el proceso de una suerte de perito forzoso (la AJI). Por ello, es deseable que estos *informes* reúnan el máximo nivel técnico posible.

La interpretación que la DGRN ha hecho de la *Disposición adicional tercera* de la LJV, en cuanto a la *equivalencia funcional* de un documento público extranjero es acorde con la práctica jurisprudencial española y comparada.

Bibliografía

- Calvo Caravaca, A.L.: “Aplicación judicial del derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *REDI*, 2016, nº 2, pp.133–156.
- Ferrer Lloret, J.: “La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España”, *Anuario Español de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. XXIII, 2007, pp. 7–61.
- Fernández Rozas J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016.
- Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016.
- Gascón Inchausti, F.: *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial frente a Estados extranjeros*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.
- Gascón Inchausti, F.: “Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 20015, nº 2, p. 177.
- Gómez Jene, M.: “Art. 27”, en: F. P. Méndez González y G. Palo Moreno, *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 350–360.
- Gómez Jene, M.: “Art. 1”, *Comentario al Reglamento UE nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 57–88.
- González Vega, J.A.: “Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre inmunidades. ¿Juego de espejos en el callejón del gato”, *REDI*, vol. 68, 2016, 1, pp. 85–96.

Linares Rodríguez, E.: “Primera ejecución en España de un laudo OHADA ¿Por qué tiene un juez español que forzar su cumplimiento?”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. X, nº 1, 2017, pp. 131–162.

Parra Rodríguez, C.: “Art. 9”, en: F. P. Méndez González y G. Palo Moreno, *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 118–129.

Recepción: 26 mayo 2017

Aceptación: 26 junio 2017

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL. UN EJEMPLO MÁS DE LA CONTROVERTIDA APLICACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Carmen AZCÁRRAGA MONZONÍS *

SUMARIO: I. Reflexión inicial y planteamiento de la cuestión. II. El diverso tratamiento de la gestación por sustitución internacional en España. III. El interés superior del menor y el orden público internacional en la gestación por sustitución. IV. Necesidad de regulación y propuestas legislativas. V. Reflexión final.

RESUMEN: La gestación por sustitución en el Derecho internacional privado español. Un ejemplo más de la controvertida aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. Desde que se empezara a trabajar la gestación por sustitución en el ámbito del Derecho internacional privado se ha podido constatar caso tras caso, resolución tras resolución, que se trata de una materia no solo controvertida sino también expuesta a diferentes interpretaciones de conceptos jurídicos indeterminados de necesaria aplicación como son el interés superior del menor y el orden público internacional. En el presente trabajo se realiza un estudio de las diferentes interpretaciones proporcionadas por la práctica y la doctrina españolas y como consecuencia de ello, la constatación de que la inseguridad jurídica que reina en este momento en la materia reclama la necesidad de que se regulen los casos internacionales. Con este fin se plantean propuestas legislativas viables y respetuosas con los derechos de las partes implicadas, con base, sobre todo, en el interés del menor y de la madre gestante, a quien es preciso proteger de situaciones intolerables de explotación.

PALABRAS CLAVE: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN – INSEGURIDAD JURÍDICA – INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR – ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL – PROPUESTAS LEGISLATIVAS.

ABSTRACT: Surrogacy in Spanish Private International Law. Another Example of the Controversial Application of Undefined Legal Concepts

Since international surrogacy has been started to be studied in Private International Law it has been evidenced case after case, decision after decision, that it is not only a controversial topic but also open to different interpretations of undefined legal concepts of necessary application such as the best interest of the child or international public policy. The present study analyses the different interpretations provided by the Spanish praxis and doctrine and, consequently, the confirmation that the legal uncertainty currently

* Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado. Universitat de València.

existing in this matter claims the necessity of regulating international surrogacy cases. To this end, feasible legal proposals respectful with the rights of the involved parties are proposed, on the basis, above all, of the interest of the child and the surrogate mother, who must imperatively be protected from intolerable exploitation situations.

KEYWORDS: SURROGACY – LEGAL UNCERTAINTY – BEST INTEREST OF THE CHILD – INTERNATIONAL PUBLIC POLICY, LEGAL – PROPOSALS.

I. Reflexión inicial y planteamiento de la cuestión.

Quisiera comenzar estas líneas con una determinante reflexión. Posicionarse a favor de la necesidad de regular la gestación por sustitución en los términos que explicaré en este trabajo no implica en absoluto que con ello se pretenda justificar o favorecer la explotación de la mujer o el tráfico de menores¹. La correlación entre estas ideas es desproporcionada, por lo que no dedicaré mis esfuerzos a desvincularlas. Por el contrario, irán dirigidos a argumentar por qué urge proporcionar un marco jurídico a esta realidad social, cuyo tratamiento actual es a todas luces insuficiente para todos los involucrados ya que genera situaciones indeseables de desprotección e inseguridad jurídica. Entre el deseo de que se admita esta práctica de forma incondicional y su radical prohibición² existen opciones legislativas viables y respetuosas con los derechos de las partes implicadas, como trataré de argumentar en este estudio.

Para ello partiré de una constatación incuestionable. Los modelos de familia han evolucionado fuertemente en pocos años y la legislación ha de adaptarse ineludiblemente a nuevas realidades que afectan a adultos y niños con legítimos intereses. Lo vivimos en el pasado con la regulación de instituciones como el divorcio, el matrimonio entre personas del mismo sexo o la reproducción asistida, y ahora el Derecho está llamado a adaptarse a esta realidad, que no es tan nueva

¹ En el plano de las relaciones transfronterizas, otras instituciones pueden conllevar también el tráfico de menores y no por ello dejan de ser reguladas, contemplando precisamente garantías jurídicas que pongan freno a esta práctica delictiva. Es por ejemplo el caso de la adopción internacional. En la Exposición de motivos de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (BOE 29.12.2007) se señala que la ley “pretende evitar y prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños, asegurando al mismo tiempo la no discriminación del menor por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”. Comparte esta visión A. Durán Ayago, “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, p. 276, que considera que “en el contexto internacional muchas de las herramientas garantistas que se han utilizado para la adopción podrían extrapolarse a la gestación por sustitución”.

² Se ha apreciado que la sociedad está polarizada en dos tendencias encontradas: por un lado, la que desea que se regule esta práctica y se pueda convenir libremente mediante contrato y, por otro lado, la que considera que no debe permitirse por vulnerar derechos fundamentales de las mujeres y convertir a los bebés en mercancías. A. Marrades Puig: “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, 2017, en prensa.

como muchos creen pero cuyos efectos se encuentran de plena vigencia tanto en el ámbito privado como en el público, como se aprecia en los medios de comunicación y en el panorama político de nuestro país³.

Una corriente doctrinal asegura que existe “un verdadero derecho a la reproducción o a la procreación con fundamento constitucional”⁴. Permítaseme expresar mis dudas acerca de esta postura. Sin duda la expectativa es legítima, pero no todo vale, por lo que aun aceptando la existencia de tal derecho, éste no puede configurarse como absoluto. No me parece justificable alcanzar ese deseo explotando mujeres sin recursos. Tampoco recurrir a esta vía sin asegurarse de que se han cumplido unas mínimas exigencias jurídicas que garanticen la legalidad del proceso y los derechos, por encima de todo, de las mujeres gestantes. Pero al mismo tiempo, tampoco me parece comprensible que el legislador español esté permitiendo que el devenir jurídico, y sobre todo vital, de los menores nacidos por medio de esta técnica quede a merced de factores que no sean estrictamente jurídicos.

La prohibición expresa del Derecho español y la contundencia con la que se actúa en los casos nacionales⁵ no disuade a los ciudadanos que viajan a otros países con el fin de acceder a legislaciones más permisivas⁶, habiéndose organizado en España incluso una feria para promocionar esta opción que ha generado mucha polémica⁷. El anhelo de convertirse en madre o padre añade a la ecuación el elemento extranjero, por lo que nacen consecuentemente situaciones transfronterizas necesitadas de regulación. Advertirá el lector que no me refiero a regular situaciones originadas en España, ni a su necesidad ni a la pertinencia de hacerlo. Este debate se encuentra ya en la agenda social y parlamentaria pero dista mucho de

³ *El País*, 7 febrero 2017: “El debate de la gestación subrogada tensa a los partidos”. Disponible en (consultado el 21 mayo 2017): <http://politica.elpais.com/politica/2017/02/07/actualidad/1486494693076151.html>. Recientemente se ha pronunciado también el Comité de Bioética de España, que se posiciona a favor de la prohibición universal al asociar esta práctica con la explotación de las mujeres y las dificultades que entrañaría controlar este aspecto. Informe mayo 2017 disponible en (consultado el 21 mayo 2017): http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf

⁴ Recoge esta idea y se adhiere a la misma A.J. Vela Sánchez, “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”, *Diario La Ley*, n° 8927, 2017, pp. 3–4; este derecho “estaría basado en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y en la dignidad de la persona (de los progenitores comitentes) como expresión del reconocimiento de sus derechos y del libre desarrollo de su personalidad (ex art. 10.1° CE).

⁵ *El País*, 29 noviembre 2016: “Detenidas una pareja de hombres y una madre por la venta de una recién nacida por gestación subrogada” (consultado el 21 mayo 2017), http://politica.elpais.com/politica/2016/11/29/actualidad/1480408736_643505.html

⁶ Se habla así de “*Fertility Tourism*” o “*Cross-border reproductive care*”, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, n° 2, 2015, pp. 46 y 49.

⁷ *Surrofair* 2017: <https://www.surrofair.com/> (consultado el 21 mayo 2017).

estar resuelto ante la polémica que suscita en estos momentos. No menos controversia generan las situaciones originadas en el extranjero pero existe una diferencia sustancial entre los dos escenarios: el legislador español ha considerado que la gestación por sustitución debe ser prohibida y por ello ha dispuesto en este sentido en nuestro país —como así regula el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA en adelante)⁸— pero es evidente que tal prohibición⁹ no impide que otros países legislen en otro sentido y que las personas se trasladen al extranjero y emprendan relaciones jurídicas válidas en los mismos, solicitando a continuación que produzcan efectos en España¹⁰.

No se descarta por ningún sector doctrinal ni jurisprudencial que a pesar del contrato nulo se pueda llegar a fijar la filiación de estos niños respecto a los padres intencionales por otras vías, lo que se concluía ya incluso con la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida¹¹. Pero en los casos internacionales la negativa a permitir esta realidad en el plano sustantivo “ha colocado al Derecho internacional privado en una difícil encrucijada en la que cualquier respuesta que se dé a estas situaciones adolece del grado de coherencia y mesura que sería deseable”¹². A pesar de ello, la pasividad es la peor de las soluciones, de ahí que se vaya a defender en este trabajo la necesidad de regular

⁸ BOE 2.5.2006. La anterior Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 ya prohibía esta práctica. La estudia V. Salvador Idrach: “Gestación por sustitución: Inadmisión en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre”, *Revista General de Derecho*, 1997, pp. 5189 ss.

⁹ Art. 10 LTRHA: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

¹⁰ Se plantea esta misma disyuntiva con el tratamiento legal de la poligamia. Prohibida en España tanto por el Derecho civil como el penal, así como en la normativa de extranjería, ello no obsta para que se considere necesario regular los derechos y obligaciones de las familias polígamas nacidas en el extranjero y residentes en nuestro país. Lo contrario alimenta la heterogeneidad en la toma de decisiones por parte de los operadores jurídicos y, por ende, la inseguridad jurídica, tal y como se viene constatando en el ámbito de las pensiones de viudedad. Estudian esta realidad C. Azcárraga Monzonís y A. Guamán Hernández, “Poligamia y Pensión de viudedad”, *Segundas Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009; J.L. Iriarte Ángel: “El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas”, en C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 636 ss; M. Soto Moya: “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho internacional privado*, nº 3, 2016.

¹¹ V. Salvador Idrach, “Gestación por sustitución...”, *loc. cit.*, p. 5200: “La nulidad de pleno derecho decretada por el legislador en la ley 35/1988, de 22 de noviembre, respecto a la gestación por sustitución, no es absolutamente equivalente a la carencia total de efectos jurídicos, por ello ante el nacimiento de un niño/a por este procedimiento, deberá determinarse las cuestiones de filiación derivada de ello, y preguntarnos por la maternidad y la paternidad, así como por la posibilidad, en su caso, de la adopción”.

¹² A. Durán Ayago, “El acceso al Registro Civil...”, *loc. cit.*, p. 267.

el reconocimiento de estas situaciones nacidas en el extranjero (lo que siempre tendrá un impacto menor que regular esta práctica en España¹³ aunque de este modo se discrimine a los que no pueden costearse el proceso en otro país¹⁴), y ello fundamentalmente por dos motivos: porque es un fenómeno imparable y, por encima de todo, porque los menores son merecedores de protección.

No en vano, la legislación referida a estos actores gira siempre en torno al llamado “interés superior del menor”. Ahora bien, ¿en qué consiste este interés? Su contenido se deja a la interpretación del operador jurídico en cada caso en particular ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado. Tan indeterminado es que podemos hallar diferentes soluciones, contradictorias entre sí, en una misma materia como la que nos ocupa. Y ello a pesar de que se consagra en instrumentos internacionales, cuya aplicación prevalece (o debería prevalecer) sobre la normativa nacional. Lo mismo ocurre con el concepto de “orden público internacional” en este ámbito. Mientras para algunos el orden público internacional justifica que estos menores nacidos en el extranjero no puedan ser inscritos en el Registro civil español, para otros, este mismo concepto obligaría a que fueran inscritos y al establecimiento del vínculo de filiación respecto de los padres comitentes.

Tendremos la oportunidad de constatar esta disparidad de interpretaciones en los apartados siguientes, hasta el punto de que se aprecia cómo “se fuerzan los mecanismos legales” para poder fundamentar lo que interesa a cada intérprete, ya sea reconocer o no la situación nacida en el extranjero. Y aunque ello no sea censurable mientras la interpretación quepa dentro de la ley¹⁵, resulta inevitable pensar que la situación actual conduce al “pasen ustedes y escojan los argumentos que más les convenzan”.

II. El diverso tratamiento de la gestación por sustitución internacional en España

Recuerdo que la primera vez que leí la sentencia del Tribunal Supremo de 6 febrero 2014¹⁶ (la única sentencia dictada hasta la fecha por la Sala de lo Civil del Alto Tribunal en esta materia) me quedé pensando en los niños que habían visto truncada su situación jurídica por cinco votos contra cuatro. Me refiero a esos niños gemelos en particular, nacidos en California en 2008 cuya inscripción fue inicialmente denegada en el Registro Civil consular de Los Ángeles (Estados Uni-

¹³ M. Guzmán Zapater, “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010)”, *AEDIPr*, t. X, 2010, p. 743.

¹⁴ Lo advierte S. Álvarez González, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, p. 372.

¹⁵ *Ibid.*, p. 370.

¹⁶ STS nº 247/2014, Sala de lo Civil, de 6 febrero 2014 (ponente D. Rafael Sarazá Jimena).

dos), ya que otros nacidos en las mismas circunstancias han obtenido un tratamiento distinto. Para esta familia empezaba en aquel momento un periplo judicial que ha supuesto un rosario de decisiones favorables y denegatorias según la instancia.

Repasemos brevemente los hechos. Denegada la inscripción por parte del Cónsul español en Los Ángeles, los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN en adelante), que dictó resolución el 18 febrero 2009 estimándolo y ordenando que se procediera a la inscripción de los menores tal y como constaba en las certificaciones registrales extranjeras que habían presentado los solicitantes, donde ambos aparecían como sus padres. Tal resolución consideraba que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo (dado que ambos padres son varones) y protegía el interés superior del menor.

Posteriormente, el Ministerio Fiscal, discrepando de la visión anterior, presentó demanda impugnando dicha resolución alegando que era contraria al orden público español y que la solución del Derecho californiano infringía directamente el art. 10 LTRHA, por lo que la filiación de los hijos nacidos por medio de la gestación por sustitución debía venir determinada por el parto, quedando a salvo cualquier posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Tanto los solicitantes de la inscripción como el Abogado del Estado contestaron a la demanda oponiéndose. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia dictó sentencia estimando la impugnación y acordando dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada por la DGRN.

Los solicitantes recurrieron en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, que desestimó el recurso resolviendo el asunto prácticamente como si se tratase de un supuesto puramente interno¹⁷, alegando que debía aplicarse el art. 10 de la LTRHA, lo que, consecuentemente, hacía nulo el contrato y otorgaba la filiación a la mujer que dio a luz. Y es contra esta sentencia que se pronunciaría en 2014 la decisión del Tribunal Supremo que analizamos en este momento.

El recurso de casación se articuló sobre un único motivo: infracción del art. 14 de la Constitución Española por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y a su interés superior consagrado en la Convención de los Derechos del Niño de 1989. A los efectos de este comentario no me centraré en la discriminación por motivos de orientación sexual sino en la interpretación de los conceptos que afectan a los menores. Recuérdese, además, que el Fallo se adoptó con el Voto particular (discrepante, por tanto) de

¹⁷ L. Álvarez de Toledo Quintana, "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, p. 13.

cuatro magistrados de un total de nueve. Este dato ya da cuenta por sí mismo de lo controvertido (¿y arbitrario?) del tema.

El razonamiento del Tribunal Supremo parte de una premisa correcta: la técnica jurídica que ha de aplicarse para abordar esta problemática no es la del conflicto de leyes sino la del reconocimiento. Es decir, la autoridad española no ha de plantearse qué legislación resulta aplicable al supuesto sino que ya existe una decisión que ha sido adoptada por una autoridad extranjera y lo que hay que resolver en este momento es si dicha decisión puede ser reconocida y desplegar efectos en el sistema jurídico español. En el caso que nos ocupa, tratándose de una certificación registral dictada en California, el título extranjero debía pasar un control de legalidad en virtud del art. 23 LRC/1957 y los preceptos que lo desarrollan, art. 85 RRC/1958 en relación con el último inciso del art. 81 del mismo cuerpo normativo.

El Tribunal Supremo asume que es una realidad que las personas circulen de unos países a otros y, con ello, que entren en contacto con diversos ordenamientos jurídicos con la posibilidad de elección de respuestas jurídicas diferentes. Pero esta posibilidad de elegir, señala, presenta unos límites que vienen constituidos por “el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España y los valores y principios que estos encarnan” (FJ 3). De ahí que, como continúa explicando el Tribunal, si bien el control de legalidad no puede entenderse como absoluto porque de lo contrario haría imposible el reconocimiento, sí ha de suponer el respeto a esas normas, principios y valores.

A partir de esta consideración, cuyo contenido analizaremos con detalle en el apartado siguiente, el Tribunal argumenta en definitiva que la norma del art. 10 LTRHA integra el orden público internacional español y que en aras del interés superior del menor no se puede permitir su mercantilización. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal falla desestimar el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, instando al Ministerio Fiscal a “ejercitar las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar ‘de facto’”.

En 2015 el Tribunal Supremo tuvo una nueva oportunidad para posicionarse sobre este mismo asunto por medio del auto de 2 febrero 2015 con ocasión del incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por los recurrentes. En el mismo alegaron que la sentencia había vulnerado tres derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la igualdad sin discriminación (tanto de

los menores por razón de nacimiento como de los padres por razón de su orientación sexual) y el derecho a la intimidad familiar (en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida).

Considero especialmente interesante el primer argumento relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que los recurrentes consideran que dicha vulneración habría desviado el debate desde una cuestión registral civil a otra distinta sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución. Como ha advertido la doctrina, “los aspectos de mera legalidad ordinaria (típicamente registrales, que por otro lado era lo que estaba en juego: la inscripción autorizada por la DGRN) quedan oscurecidos por la discusión sobre la compatibilidad o incompatibilidad con el orden público español”¹⁸. Me pregunto pues si no encontró el Tribunal la ocasión de dictar una sentencia ejemplarizante al tratarse de la primera vez que se abordaba la cuestión en esta instancia. Esta acusación, no obstante, fue rechazada por el Tribunal en el auto, así como los restantes argumentos esgrimidos en el recurso.

De este modo, declaró no haber lugar a la nulidad de la sentencia, afirmando, además, que en el marco del derecho a la intimidad familiar no procede extrapolar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante) en los asuntos *Labassee y Mennesson contra Francia* (ambas sentencias de 26 junio 2014, posteriores por tanto a la decisión española febrero 2014) ya que la legislación de aquel país y la española no son equiparables. Mientras el ordenamiento francés no permite por ningún medio el reconocimiento de la filiación entre los matrimonios comitentes y las niñas gestadas y nacidas en Estados Unidos, el Derecho español prevé otras vías para el establecimiento de la filiación en estos casos.

En este asunto en particular se contempla la posibilidad de determinar la filiación paterna del padre biológico (se refiere correctamente a este asunto en particular, cosa que no hace cuando interpreta el orden público, pero ¿y si no hubiera habido vínculo genético?) y, en todo caso, si los comitentes y los niños forman una familia *de facto*, que pueda recurrirse a la adopción (sin necesidad de declarar la idoneidad si existe tal vínculo) o al acogimiento de considerarse que existe una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal.

Por este motivo, señala el Tribunal que “Las molestias e inconvenientes que para los recurrentes (y en menor medida para los niños, que por su corta edad no serán conscientes siquiera de la situación) puede suponer la situación provisional que se produzca por la sustitución de la filiación resultante de la transcripción de las actas de nacimiento de California por la filiación que resulte de la aplicación

¹⁸ S. Álvarez González, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret*, n° 2, 2017, p. 173.

de las normas del ordenamiento jurídico español, no alcanzan una entidad suficiente como para considerar que se produce el desequilibrio vulnerador del derecho a la vida privada de los niños, en su aspecto de fijación de una identidad determinada”. Concreta que “se trata de una situación temporal que puede tener una duración razonablemente breve” e incluso regaña a los promotores del incidente al señalarles que si hubieran comenzado el proceso tras dictarse la sentencia de 2014, la filiación estaría ya fijada o muy avanzada.

Si bien opino que no se ha velado lo suficiente por la continuidad internacional de la identidad y el estado civil de esos niños y la importancia de evitar situaciones claudicantes en las relaciones transfronterizas¹⁹, la actuación de los padres es también criticable. Es posible que el Tribunal Supremo tuviera razón y aunque lo deseable hubiera sido no retrasar más la inscripción de esos niños, puede que a estas alturas ya se hubiera determinado su filiación por otras vías. De igual modo, reflexionando asimismo sobre la necesidad de preservar las garantías y los derechos de las partes, y en definitiva, la legalidad del proceso en el país de origen, también es cierto que si los recurrentes hubieran aportado la sentencia dictada en virtud del Código de Familia de California²⁰, tal vez no se hubieran encontrado con una decisión denegatoria en el momento inicial de la solicitud de inscripción (aunque no lo exigiera la normativa registral aplicable).

La vigente Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución²¹ contempla precisamente este escenario, más permisivo con esta realidad social pero sin dejar de prever garantías aunque su papel de cuasileislador sea criticable²². La Instrucción

¹⁹ Comparte esta postura A. Moreno Sánchez-Moraleda, “Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho internacional privado español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 731, 2012, p. 1376, quien opina que “En la disyuntiva de dejar a unos menores (...) sin filiación inscrita en el Registro Civil y admitir una situación de no certeza en la filiación de los menores en la que (...) cambiarían de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa, (...) siempre es preferible proceder a dicha inscripción en nombre del interés superior del menor”.

²⁰ Señala el Tribunal Supremo en el FD 1º de la sentencia de 2014 que se ha hecho referencia a la existencia de dicha sentencia a lo largo del litigio pero que no ha sido aportada al proceso. De hecho, el Código de Familia de California exige una decisión judicial en la que se declaren extintos los derechos de la madre gestante y los de su eventual pareja, y que atribuya el vínculo de filiación a los padres intencionales. A. Quiñones Escámez, “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley”, *InDret. El orden público interno, europeo e internacional civil. Homenaje a la Dra. Nuria Bouza*, nº 2, 2017, nota al pie nº 3, p. 205.

²¹ BOE 7.10.2010. Instrucción vigente por aplicación de la Circular de 11 julio 2014 de la DGRN al considerar que la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha quedado superada por la emanada del Tribunal de Estrasburgo.

²² A. Durán Ayago, “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 febrero 2015”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho internacional privado*, nº 2, 2015, p. 62.

fija las directrices para la calificación en el Registro Civil de las solicitudes de menores nacidos en el extranjero por esta vía cuando al menos uno de los progenitores ostente la nacionalidad española y, a tal fin, establece como requisito previo para la inscripción “la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente”.

Esta exigencia tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato exigidos por la ley del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, como explica la propia Instrucción, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores. Por el contrario, no se admitirá como título apto para inscribir el nacimiento y la filiación una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica del nacimiento en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Resulta interesante destacar cómo explica la DGRN que la exigencia de este requisito parte precisamente de la previsión contenida en el art. 10.3º LTRAH, donde se requiere el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación (biológica) por medio de la remisión a las reglas generales sobre la materia²³. Por lo tanto, una vez dictada la resolución extranjera y solicitado su reconocimiento ante las autoridades españolas, si la misma deriva de un procedimiento contencioso, la vía para lograr el reconocimiento será el *execuátur* y si es equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, su inscripción quedará sometida al reconocimiento incidental por parte del Encargado del Registro Civil como requisito previo a su inscripción.

La Instrucción exige que dicho control incidental constate los siguientes aspectos: la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española²⁴; que se hubiesen garantizado

²³ Art. 10.3º LTRAH: “(...) 3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”.

²⁴ El “sistema de los contactos razonables” debería prevalecer aquí sobre el “sistema bilateralista” según A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, p. 65.

los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante (en especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente); que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación la hubiera ejercitado.

Se trata pues de una postura aperturista, consciente de una realidad que, guste o no, atañe a la sociedad española a pesar de la prohibición nacional y que está necesitada de regulación por una normativa jerárquicamente superior. Tendremos la oportunidad de realizar propuestas legislativas más adelante pero antes terminaremos este apartado ahondando en esta visión más flexible con el tratamiento de la gestación por sustitución en el orden social, ya que si bien la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestimó en 2014 la posibilidad de inscribir a los menores como una consecuencia “periférica” del contrato nulo²⁵ (ni siquiera la patria potestad)²⁶, la Sala de lo Social y otras instancias inferiores²⁷ han admitido en varias ocasiones otra consecuencia de estas situaciones, la prestación por maternidad, con base en la necesaria atención a los menores.

En aplicación de una suerte de orden público atenuado, la Sala de lo Social reconoció por primera vez esta realidad como situación protegida por la prestación

²⁵ Alegó que la filiación cuyo acceso al Registro se pretendía es justamente la consecuencia directa y principal del contrato, por lo que no podía admitirse la disociación entre el contrato y la filiación, tal y como sostenían los recurrentes (FJ 3º). Comparte este argumento J.R. de Verda Beamonte: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 septiembre 2010)”, *Diario La Ley*, nº 7501, 2010, p. 6.

²⁶ Aunque no se inscriban, se ha considerado una consecuencia periférica aceptable que se pudiera otorgar la patria potestad de los niños a los padres comitentes hasta que obtengan una resolución constitutiva de la adopción. L. Álvarez de Toledo Quintana: “El futuro de la maternidad subrogada...”, *loc. cit.*, p. 21.

²⁷ Diversas sentencias dictadas por las Salas de lo Social de diferentes Tribunales Superiores de Justicia se han pronunciado en sentido dispar acerca de esta cuestión. A modo de ejemplo, han concedido la citada prestación las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 octubre 2012 (recurso 1875/2012), de 3 marzo 2013 (recurso 3783/2012), de 23 diciembre 2014 (recurso 497/2014), de 17 julio 2015 (recurso 429/2015), de 12 febrero 2016 (recurso 739/2015) y de 31 marzo 2016 (recurso 577/2015); o las de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 noviembre 2012 (recurso 6240/2011), de 9 marzo 2015 (recurso 126/2015), de 1 julio 2015 (recurso 2460/2015), de 15 septiembre 2015 (recurso 2299/2015) y de 11 febrero 2016 (recurso 6519/2015). En sentido contrario, han denegado la prestación, entre otras las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 julio 2014 (recurso 142/2014) y de 5 octubre 2015 (recurso 473/2015) o las de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 mayo 2014 (recurso 749/2014) y de 3 mayo 2016 (recurso 651/2016).

por maternidad a finales de 2016 en dos asuntos en los que los hijos fueron concebidos en Estados Unidos y la India²⁸. En el primer caso se trataba de una trabajadora con un hijo inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la actora como madre y su pareja varón como padre. En el segundo, un español que contrató una reproducción asistida en la India, utilizándose su material genético. La madre gestante alumbró dos niñas y aceptó ante notario en Nueva Delhi que el hombre asumiera en exclusiva la patria potestad, siendo las menores inscritas en el Registro Consular de dicha ciudad como hijas de los padres biológicos (la madre gestante y el varón español) y posteriormente trasladadas a España por su progenitor.

Si bien en un inicio la Seguridad Social española denegó las prestaciones solicitadas, el Tribunal Supremo ha dado la razón a los solicitantes al estimar que ha de hacerse una interpretación integradora de las normas aplicadas, contempladas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁹ y de diversos preceptos internacionales, constitucionales, legales y reglamentarios. En el caso del varón, además, se recuerda que las prestaciones por maternidad también cubren supuestos de adopción o acogimiento, que la madre puede transferir al padre una parte de ellas y que, en ciertos casos, cuando la madre biológica no puede disfrutarlas (muerte, ausencia de protección) se transfieren al padre, como debe hacerse en esta ocasión.

La Sala de lo Social considera que de acuerdo con la jurisprudencia nacional e internacional precitada, si el núcleo familiar existe actualmente, es decir, si los

²⁸ STS nº 881/2016, Sala de lo Social, de 19 octubre 2016 (ponente D. Antonio V. Sempere Navarro; la sentencia cuenta con tres Votos Particulares, dos de los cuales no cuestionan el sentido del fallo y, por ende, la conveniencia de otorgar la prestación al padre biológico mientras el tercero sí considera que se tendría que haber desestimado el recurso por haber incurrido en fraude de ley) y STS nº 953/2016, Sala de lo Social, 16 noviembre 2016 (ponente D.ª María Luisa Segoviano Astaburuaga; se incluyen dos Votos Particulares que apoyan que se tendría que haber desestimado el recurso).

²⁹ El TJUE dictó dos sentencias el 18 marzo 2014 (asuntos C-167/12 y C-363/2012) que resuelven sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Reino Unido e Irlanda donde se aborda esta materia. La pretensión de acceder a las prestaciones de maternidad en estos casos no puede ampararse en el Derecho de la Unión Europea porque éste no brinda una respuesta positiva al problema en cuestión en diversas Directivas, pero el Tribunal Supremo advierte que tampoco la excluye, constatando, además, que los Estados miembros pueden adoptar o mantener disposiciones más favorables que las albergadas por las Directivas examinadas (STS nº 881/2016, Sala de lo Social, de 19 octubre 2016, FJ 4). Explican con detalle estas sentencias J. Gorelli Hernández, “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2017; M.J. Moreno Pueyo, “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 116, 2015, pp. 35 ss; A. Hernández Rodríguez, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 165 ss.

menores tienen relaciones familiares *de facto* con los recurrentes, la solución alcanzada tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad. De no otorgarse la protección por maternidad al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los arts. 14 y 39.2º CE, disponiendo este último precepto que los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación³⁰.

Además, en la aplicación de las normas de Seguridad Social lo decisivo a la hora de otorgar las prestaciones por maternidad es la concurrencia de un doble requisito, el primero regulado por normas civiles (el acontecimiento familiar) y el segundo por leyes sobre prestación de actividad productiva asalariada (derecho laboral reflejo). Aunque la gestación por sustitución no aparece expresamente contemplada en la Ley General de la Seguridad Social, cuando ésta identifica las situaciones protegidas por las prestaciones de maternidad, diversas hipótesis interpretativas permiten incluir estos supuestos. Por ejemplo, considerando que es una variante de la maternidad genérica (por lo que ha de subsumirse en ella) o que la analogía aconseja asimilarlos al acogimiento³¹.

Por lo tanto, se esgrime que no se está creando una prestación nueva, sino solo interpretando las exigencias de las actuales de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico, aunque en supuestos donde concurre la paternidad biológica de quien demanda las prestaciones ese recurso interpretativo debería ser solo adicional ya que, según se afirma, carece de sentido admitir la protección cuando nace un hijo fuera del matrimonio, o como consecuencia de una relación sexual esporádica, pero rechazarla en estos supuestos. La Sala asegura que su postura interpreta las normas sobre prestaciones de maternidad “no solo a la luz de la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella” (art. 3.1º Cc) sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos. No se trata de violentar lo preceptuado por el legislador sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes”³².

En definitiva, el Tribunal Supremo ha considerado en este orden que no se aprecia conducta fraudulenta o, directamente, delictiva, más allá de la ilicitud que comporta la propia maternidad por encargo³³ y que la atención a los menores debe

³⁰ STS nº 953/2016, Sala de lo Social, de 16 noviembre 2016 (FJ 9).

³¹ STS nº 881/2016, Sala de lo Social, de 19 octubre 2016 (FJ 6 y 9).

³² *Id.*

³³ STS nº 881/2016, Sala de lo Social, de 19 octubre 2016 (FJ 9): en este asunto no se aprecia conducta fraudulenta alguna, abuso de derecho u obtención ilícita de prestaciones que pudieran alterar el resultado,

ser el punto de vista predominante cuando se trata de prestaciones de Seguridad Social. Se considera que en este ámbito no se debe entrar en las prohibiciones sobre inscripción registral o sobre el propio contrato de maternidad por sustitución y que hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados: el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor. Según se aduce, la nulidad del contrato no puede perjudicar al menor, entre otros motivos, porque nuestro ordenamiento laboral ya reconoce ciertos efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad³⁴, además está abierto a instituciones extranjeras declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo³⁵ y, por encima de todo, porque el interés superior del menor ha de guiar cualquier decisión que les afecte.

III. El interés superior del menor y el orden público internacional en la gestación por sustitución

La finalidad del presente apartado es sencilla: recopilar en diversas fuentes qué se entiende por “interés superior del menor” y “orden público internacional” en el ámbito de la gestación por sustitución. Con este análisis pretendo subrayar que los conceptos jurídicos indeterminados son necesarios y permiten que el Derecho se adapte con más agilidad a la rápida evolución de la sociedad, pero en temas tan sensibles y controvertidos como el que nos ocupa generan al mismo tiempo soluciones heterogéneas que dependen en no pocas ocasiones de la postura ideológica del intérprete³⁶.

El propio Tribunal Supremo señala en la sentencia de la Sala de lo Civil de 2014 que el interés superior del menor es “una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial”. Pero reconoce también que “en ocasiones

como hubiera ocurrido si se pretende una duplicidad de prestaciones o en casos en los que exista un conflicto entre progenitores biológicos y subrogados.

³⁴ STS nº 953/2016, Sala de lo Social, de 16 noviembre 2016 (FJ 9): cuando se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato que resultase nulo, en el supuesto en el que se establece pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial o cuando se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo.

³⁵ Art. 2.2º RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. BOE 21.3.2009.

³⁶ El orden público ha sido considerado en esta materia “un maridaje con tanto atractivo que invita a caer en la tentación de la consigna fácil, el análisis de brocha gorda, el posicionamiento más ideológico que jurídico o ambos muy entreverados”. S. Álvarez González, “Gestación por sustitución...”, *loc. cit.*, p. 168.

estos conceptos jurídicos indeterminados se han denominado “conceptos esencialmente controvertidos”, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de este criterio” (FJ 5).

Así ocurre precisamente en esta materia, en la que, como veremos a continuación, la interpretación de estos conceptos es diversa en la práctica española (judicial y administrativa). Como ha quedado evidenciado anteriormente, la jurisprudencia dictada en el orden civil no comparte la postura de la existente en el orden social, cada vez más abundante, y tampoco coincide con las pautas dictadas desde la DGRN. Ciertamente es que no tienen por qué concordar ya que obedecen a finalidades distintas y, además, tampoco es la primera ocasión que esto ocurre en el plano de las relaciones transfronterizas (véase lo que ha sucedido con las pensiones de viudedad de fallecidos polígamos³⁷); pero lo anterior no obsta para que nos planteemos, al menos, si no convendría optar por un tratamiento de la cuestión más coherente si es que se renuncia a que pueda ser unitario (ya que la casuística es diversa) y que, a la postre, aporte mayores dosis de seguridad jurídica.

Esta hipótesis, no obstante, parece poco realista en la actualidad a la luz de los argumentos tan polarizados que nos aportan los operadores jurídicos y la sociedad en general. Para reflexionar sobre ello incluiremos en este apartado posturas defendidas tanto en la jurisprudencia anteriormente abordada del Tribunal Supremo en los distintos órdenes como en la doctrina de la DGRN.

Comenzando por el orden civil, en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2014 los magistrados coinciden con los recurrentes en que la determinación de la filiación por motivos puramente biológicos ha quedado superada. Existen en nuestro sistema otras vías de atribución de la filiación (como la adopción o el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete a un tratamiento de reproducción asistida) y en consecuencia, la determinación de la filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no contraviene en sí misma el orden público internacional español (FJ 3).

Ahora bien, junto con lo anterior, advierte el Tribunal que tanto en nuestro ordenamiento como en el de la mayoría de los basados en similares principios y valores, no se acepta que los distintos sistemas mencionados vulneren “la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie

³⁷ Vid. nota al pie nº 10.

de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno–filiales vedadas a la mayoría de la población” (FJ 3).

Me detendré primero en los argumentos que se atribuyen a la mujer gestante, continuaré con los relativos al menor y finalizaré con los padres comitentes.

Se asegura, en primer lugar, que la gestación por sustitución vulnera la dignidad de la mujer gestante, la cosifica y permite a determinados intermediarios lucrarse a costa de explotar el estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes pobres y vulnerables. Sin duda esta última constatación es muy preocupante. La deriva del fenómeno hacia la explotación de mujeres de países empobrecidos que ven en esta opción una forma de supervivencia para ellas y sus familias constituye una atrocidad porque “una elección entre pobreza y un embarazo subrogado no puede considerarse una libre elección”³⁸. Es indiscutible que esta realidad existe³⁹, pero cabría preguntarse si proporcionar un marco jurídico con garantías (que asegurara que el consentimiento de la mujer no se encuentra viciado por motivos no aceptables⁴⁰) podría frenar este tipo de prácticas en aquellos países. Además, no todas las gestaciones son lucrativas, por lo que no todas deberían recibir el mismo tratamiento legal desde esta perspectiva aunque estas últimas representen un porcentaje pequeño y se ciñan generalmente a relaciones familiares o de amistad.

En cuanto a la cosificación y la vulneración de la dignidad de la mujer, considero que lo esencial y lo que realmente se debería regular y controlar caso por caso es que el consentimiento de estas mujeres sea libre y válido⁴¹, de ahí que se debiera valorar sosegadamente –sin tanta visceralidad– si la motivación económica excluye tal validez a la luz de las circunstancias particulares de cada asunto. No todas las mujeres viven la gestación, el embarazo, el parto y la maternidad en general del mismo modo, con la misma intensidad, el mismo significado y el mismo apego. Hay quien pueda opinar y sentir que gestar y criar un niño son dos acciones humanas distintas y separables, por lo que resulta complicado justificar que se establezcan reglas únicas y abstractas sin considerar la opinión de la mujer

³⁸ A. Marrades Puig, “La gestación subrogada en el marco...”, *loc. cit.*, en prensa.

³⁹ *El País*, 7 mayo 2016: “Mujer pobre, sana, se alquila”. Disponible en (consultado el 21 mayo 2017): http://elpais.com/elpais/2016/05/06/tentaciones/1462535192_740903.html.

⁴⁰ Aun así, hay quien opina que no debería restringirse por motivos económicos porque el ser humano realiza muchas actividades por esta razón que se consideran controvertidas o donde se pone en riesgo su vida, que no son necesariamente ilegales.

⁴¹ No considera que pueda existir un consentimiento libre L. Nuño Gómez, “Gestación comercial: deseos y derechos”, *Notario del siglo XXI*, Marzo–Abril 2017, p. 18. Considera la autora que “el manido argumento del libre consentimiento –recurrente mantra para justificar y garantizar la explotación y subalternidad de las mujeres– precisa que éste sea un acto libre e informado. El ejercicio de dicha libertad requiere de un yo autónomo no mediado por la supervivencia o la subordinación. En un contexto globalizado de feminización de la pobreza y rearme del neoliberalismo patriarcal, el consentimiento está viciado porque no se dan los requisitos exigibles a un contrato libre entre iguales”.

gestante. En todo caso, la decisión derivada de la capacidad femenina para gestar debería pertenecerle exclusivamente a ella sin excluir, por supuesto, que deba analizarse cada asunto en particular con el fin de determinar si tal consentimiento ha sido prestado de forma libre o, por el contrario, se encuentra viciado por dolo, engaño o violencia y, en consecuencia, no puede ni debe generar efectos jurídicos.

En relación con los menores, la sentencia considera asimismo que la dignidad del niño es vulnerada, que es cosificado al ser objeto de comercio, permitiendo igualmente esta técnica que determinados intermediarios hagan negocio con ellos. En consecuencia, parece ser que la mayor consideración es económica, lo que alejaría toda preocupación jurídica de las gestaciones altruistas a pesar de que tampoco se permiten en nuestro país. Y desde luego, en este mismo sentido el Tribunal parece olvidar que toda filiación “no tradicional” (entendiendo por tal la biológica en parejas heterosexuales) conlleva unos gastos, frecuentemente elevados, como ocurre en la adopción internacional (en la que, aunque no se hable de lucro, también hay intermediarios y requiere desembolsar importantes cantidades de dinero) o en las diversas técnicas de reproducción asistida (para las que no pocas familias han de solicitar créditos y endeudarse a largo plazo).

Y finalmente, en relación con los solicitantes del servicio, los magistrados aseguran que “se ha creado una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”. La elevada cantidad de dinero que supone el acceso a la gestación por sustitución es también una cuestión controvertida. Es cierto que en algunos países contratar este servicio puede llegar a ascender a 120.000 euros (Estados Unidos), mientras en otros, en los que existen menos garantías jurídicas y un mayor índice de explotación, se calcula en unos 45.000 a 60.000 euros (Ucrania, Rusia)⁴². No obstante, el perfil de las personas que recurren a la gestación por sustitución es muy variado. No todas son pudientes, igual que tampoco lo son todos aquellos que recurren a las otras vías anteriormente mencionadas (la adopción internacional o la reproducción asistida).

Junto con lo anterior, resulta interesante mencionar también la interpretación de quienes sean “los mejores padres” para esos niños. Los recurrentes se atribuyen este papel frente a la madre que dio a luz ya que ellos son los que manifestaron su consentimiento inicial a ser padres, lo que constituye el ambiente que asegura a los niños “la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar”, mientras que la mujer gestante asumió su papel de mera parte en el contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo. El Tribunal, por el contrario,

⁴² *El País*, 19 febrero 2017: “Gestación subrogada: el dilema de gestar al hijo de otros”. Disponible en (consultado el 21 mayo 2017): <http://politica.elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487346402358963.html>.

no admite esta interpretación porque considera que “llevaría a concluir que el legislador español, al considerar nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuir la condición de madre a la mujer que da a luz al niño [*como así establece el art. 10.2 LTRHA*] (...) ha vulnerado el interés superior de menor”. Ello conduciría, a su vez, a admitir la filiación a favor de personas de países desarrollados en buena situación económica frente a familias desestructuradas o de entornos problemáticos, por lo que “la invocación indiscriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas” (FJ 5).

El Tribunal se resiste pues a que el fin justifique los medios. No podría estar más de acuerdo ya que, insisto, no todo vale y por eso no hay que permitir que se continúe explotando mujeres pobres y vulnerables. Pero en este punto me atrevería a realizar de nuevo una comparación con las adopciones, algunas de las cuales se constituyen también como una medida de protección de menores que proceden de familias desestructuradas, de entornos problemáticos y empobrecidos. La adopción de esta medida, aun siendo un último recurso, se basa en el derecho del menor a crecer en una familia que le proporcione un ambiente estable y seguro. Por ello, en el marco jurídico actual, cuando el fin –en este caso la inscripción en el Registro Civil– redunde en la protección jurídica, familiar y social de unos menores, ¿no debería prevalecer? La propia sentencia reconoce que “el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores”, pero al mismo tiempo no tiene inconveniente en sacrificar sus expectativas de una forma, a mi modo de ver, ejemplarizante y preventiva –sin tener suficiente consideración del análisis particular de su situación– y rechaza la posibilidad de que sean inscritos al considerar que no quedan desprotegidos porque existen otras vías de protección⁴³. De igual modo, niega que se vulnere su derecho a una identidad única y al respeto de la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos y las libertades fundamentales (FJ 5).

Humildemente considero de extrema gravedad que el propio Tribunal Supremo sea consciente de que la falta de reconocimiento de la filiación puede perjudicar a estos menores y además se permita decirlo expresamente. Siendo así, no se está protegiendo su interés superior sino que, como acertadamente ha calificado la doctrina, cabría hablar incluso del “interés inferior del menor”⁴⁴. ... Además, la ausencia de reconocimiento de la filiación conlleva importantes daños asociados. Como

⁴³ El propio art. 10 LTRHA deja la puerta abierta a la reclamación de la filiación biológica dado que los recurrentes alegan –aunque no prueban– que existe vínculo genético con los menores.

⁴⁴ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución y Derecho internacional

perjuicio directo se señala el daño infligido al derecho a la vida privada de los menores y consecuentemente a su derecho a la identidad. Como perjuicios indirectos, la falta de coincidencia de su filiación a nivel internacional, la negativa a ostentar la nacionalidad española, a llevar los apellidos de los padres intencionales, a la privación de derechos sucesorios⁴⁵, a tener que mostrar cada vez el acta del Registro civil extranjero acompañada de traducción jurada para realizar ciertos trámites y ejercer derechos o acceder a servicios (seguridad social, comedor del colegio, campamento de verano, ayudas económicas...) pudiendo generar “sospecha o, al menos, incompreensión” de aquellas personas a las que deban dirigirse “en el ejercicio de su autoridad parental interina o presunta”⁴⁶.

A pesar de lo anterior, continúa señalando la sentencia que la concreción del interés del menor no debe hacerse conforme al punto de vista personal de los recurrentes sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios (FJ 5). Pero nuevamente, ¿cuáles son esos valores que la sociedad asume como propios? Volvemos a tropezarnos con conceptos jurídicos indeterminados. Recuerda el Tribunal que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida es relativamente reciente ya que data de 2006, y que además vino precedida por un considerable debate social (FJ 4). Pero este debate social puede haber cambiado en la actualidad y en todo caso no parece que se vaya a poder alcanzar una opinión unánime, como tampoco existe en la propia sentencia a la hora de interpretar estos conceptos. Lo anterior queda evidenciado en su Voto Particular, del cual se desprenden interesantes reflexiones.

La primera, los magistrados coinciden con el fallo en que la técnica a aplicar es la del reconocimiento de decisiones extranjeras, pero precisamente por ello no se debería plantear la aplicación del art. 10 LTRHA puesto que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera. De este modo, el instrumento contractual no puede ser la causa de denegación del reconocimiento sino, en su caso, la consideración de que la decisión extranjera vulnera el orden público internacional español “entendido desde el interés superior del menor”. Así pues “el orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la norma interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor”.

Por otro lado, el Voto Particular se refiere también a los perfiles de las mujeres gestantes y de los padres comitentes afirmando que “no se puede generalizar ni se

privado...”, *loc. cit.*, p. 78.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 88 ss; P. Blanco-Morales Limones: “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho internacional privado*, nº 1, 2015, p. 13.

⁴⁶ J. Flores Rodríguez, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa”, *Diario La Ley*, nº 8363, 2014, p. 4.

compadece con las reglas jurídicas de un Estado con el que compartimos ámbitos privilegiados de cooperación jurídica en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya como son los Estados Unidos de Norteamérica”. Además, los magistrados advierten que supone una manifestación del derecho a procrear especialmente importante para algunas personas que no pueden tener un hijo genéticamente propio como es el caso de autos (personalmente comparto su anhelo e incluso su desesperación pero, vuelvo a insistir, no a cualquier precio), que no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante, que el consentimiento de la madre se hace ante autoridad judicial (que vela por que se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias) y que tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se explota o cosifica a la mujer en contra de su voluntad (nuevamente en este aspecto es dónde cabría preguntarse la libertad subyacente tras un acuerdo motivado por necesidades vitales de tipo económico). Lo que es evidente y comparto plenamente es que en ningún caso se afecta al interés del menor ya que nace en el seno de una familia que lo quiere.

Continúa señalando esta misma opinión que la tendencia en el Derecho comparado camina hacia la regularización y flexibilización de estos supuestos. Menciona en este sentido los trabajos de la Conferencia de La Haya (que mencionaré más adelante) y la Instrucción DGRN 5 octubre 2010 analizada *supra*, pero reconoce que el marco actual genera un panorama incierto por cuanto el orden público internacional como motivo de rechazo del reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras se tiene en cuenta en algunos casos y se niega en otros. Este orden público atenuado, asegura, es lo que ha permitido reconocer ciertos efectos en nuestro ordenamiento en el sector de las prestaciones de maternidad.

Junto con lo anterior, se recuerda también un criterio interpretativo del orden público internacional de sobra conocido pero obviado en esta sentencia: la eventual vulneración solo puede comprobarse caso por caso. Sin embargo, no se considera por estos magistrados que se haya concretado en este asunto en particular cómo queda afectada la dignidad de quien acepta la petición libre y voluntariamente; tampoco se especifica de qué forma queda afectada la dignidad de los nacidos a los que se procura una familia; asimismo no ha quedado acreditado que puedan existir beneficios económicos indebidos o la participación de intermediarios; y además se considera que se ha respetado el interés del menor y su derecho a una filiación e identidad únicas. Por todo lo anterior, afirman que la sentencia “tutela la excepción del orden público de una forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración de la Sala mediante el recurso de casación” como hubiera sido la obligación de estos jueces.

Además de una incorrecta interpretación del orden público, el Voto Particular considera también que la sentencia ha afectado gravemente al interés del menor

al colocar a estos niños en un “limbo jurídico incierto”⁴⁷ mientras crecen creando “vínculos afectivos y familiares irreversibles”. La protección que la sentencia dice ofrecer a estos menores instando a actuar al Ministerio Fiscal es considerada insuficiente por estos magistrados, los cuales defienden que el derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público y que por lo tanto “el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado”.

El Tribunal Supremo volvió a considerar en el Auto de 2 febrero 2015 relativo al incidente de nulidad de actuaciones mencionado con anterioridad que el interés del menor quedaba protegido instando a actuar al Ministerio Fiscal en los términos antedichos (FJ 6), pero, de nuevo, el Voto Particular de esta segunda decisión opinaba lo contrario. Los cuatro magistrados discrepantes consideraron que se debería haber decretado la nulidad de las actuaciones atendiendo a la protección de derechos fundamentales, lo que hubiera “exigido una aplicación más coherente de estos principios con una realidad innegable, como es la de los vientres de alquiler, y de unos niños que están creciendo en un entorno familiar, social y económico, con independencia de la nulidad del contrato que propició su nacimiento”. En definitiva, apelan al interés de unos “niños de carne y hueso, que no están en condiciones de recibir la protección especial que merecen sus derechos, sus necesidades y sus problemas desde su estancia en España”.

Vuelvo a coincidir con esta opinión en la necesidad de que los niños no se vean perjudicados por el hecho de haber sido traídos al mundo por medio de esta técnica, lo que incluye proteger su ciudadanía e identidad, aspectos “que revisten una importancia primordial”. Asimismo, se considera que la postura de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo perpetúa una “incertidumbre inquietante” en cuanto a la situación de los menores, mientras el interés superior de los mismos exigiría una respuesta inmediata que ha sido negada. El desacuerdo alcanza incluso a la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, que no se considera que haya sido realizada adecuadamente, ya que se debería haber tomado en cuenta no solo el interés superior de los menores sino también “la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se dé respuesta a su solicitud de inscripción”.

En definitiva, en el Voto Particular se denuncia cómo la Sala reprende a los recurrentes por no haber comenzado el proceso de determinación de la filiación tras la sentencia denegatoria dictada en 2014 al mismo tiempo que ella misma vuelve a retrasarla a pesar de que nuestro ordenamiento la está admitiendo por otras vías. Se refiere a la doctrina de la DGRN, cuyo contenido supone de partida

⁴⁷ Comparto esta preocupación, si bien no otras más alarmistas que aseguran que la denegación puede conducir a que los niños sean internados en un orfanato o que se ha creado un nuevo problema mundial de refugiados. Hace referencia a esta última idea S. Álvarez González, “Efectos en España...”, *loc. cit.*, p. 370.

que la inscripción de estos niños no atenta contra el orden público internacional español si se cumplen los requisitos establecidos en la Instrucción de 7 octubre 2010. Es más, la misma considera que si se reconoce la resolución extranjera en España en los términos allí exigidos “se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero”.

En esta misma línea más permisiva, finalizaré el apartado analizando la interpretación del interés superior del menor y el orden público internacional en el orden social y, en particular, en las dos sentencias de 2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo mencionadas anteriormente.

En primer lugar, la sentencia de 19 octubre de 2016, referida a las niñas nacidas en la India, reproduce cómo la Letrada de la Administración de la Seguridad Social que interpone el recurso de casación por unificación de doctrina considera erróneo conferir protección social a una institución opuesta al orden público español. Sin embargo, el trabajador y el Ministerio Fiscal consideran lo contrario. El primero defiende que dado que este caso es semejante al de quienes adoptan o acogen a menores, al no existir una contemplación específica del supuesto procede acudir a la interpretación analógica de las normas, buscando de ese modo el superior interés del menor. Y el Ministerio Público, por su parte, considera que la respuesta a la solicitud de prestaciones debe ser positiva por la finalidad de la norma laboral –lo que sería suficiente– y porque también nuestro Tribunal Supremo civil insta al Fiscal, a los recurrentes y a las autoridades públicas competentes a encontrar una solución partiendo de la relación familiar “de facto” y que permita el desarrollo y protección de estos vínculos (FJ 1).

En cuanto al razonamiento de la Sala, resulta de interés recoger algunos argumentos que conducen a estimar el recurso (declarando la firmeza de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de la que trae causa) y, consecuentemente, a otorgar la prestación. Por un lado, el Tribunal hace referencia a las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Labassee y Mennesson contra Francia* (2014), así como *Paradiso y Campanelli contra Italia* (2015)⁴⁸, respecto de las que destaca la relevancia que conceden a la

⁴⁸ La STEDH 27 enero 2015 (demanda 25358/12), en el asunto *Paradiso y Campanelli contra Italia*, se refiere a un matrimonio italiano que, tras varias tentativas fallidas de fecundación in vitro, recurre a la maternidad subrogada en Rusia, donde la gestante dio su consentimiento para que el bebé fuera registrado como hijo de los progenitores italianos. Inicialmente tuvo lugar la inscripción de éstos como padres de acuerdo con la legislación rusa, pero posteriormente fueron imputados por alteración del estado civil, falsedad y violación de la ley sobre adopción, en tanto se acreditaron notables falsedades en el relato de los hechos, negándoseles el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero. Las autoridades italianas no solo rechazaron la filiación sino que, tras seis meses de convivencia pusieron al niño bajo la tutela de una institución entregándolo a una familia de acogida. Analiza esta sentencia A.J. Vela Sánchez, “¿Ha

“necesidad de proteger la situación realmente generada” optando por un “mal menor” como es mantener las consecuencias de una situación contraria al Derecho nacional porque así conviene al interés del menor. Por otro lado, recuerda que la sentencia de la Sala de lo Civil resolvió la cuestión formal de acceso al Registro Civil y aplicó el orden público internacional español para rechazar el recurso pero en modo alguno avaló que se apartara al menor de quienes en realidad actúan como sus padres y que “Lejos de ello, sus consideraciones finales exhortan a la búsqueda de remedios para proteger al menor que ya está inserto de facto en un determinado núcleo familiar” (FJ 5).

De igual modo, señala el Tribunal que el art. 39 CE proporciona diversos principios que han de presidir la interpretación de las leyes vigentes: procurar la protección social de la familia, la protección integral de los hijos y velar por los derechos de los niños. Por ello, “no parece dudoso que para las dos menores nacidas en Nueva Delhi resulta conveniente que quien es y actúa como progenitor pueda estar a su cuidado al amparo de la situación protegida por la Seguridad Social” ya que “cuando el padre (biológico, tras maternidad subrogada) es el único de los progenitores que materialmente está al cuidado de las menores la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a las prestaciones”.

En segundo lugar, continúa esta misma línea favorable la sentencia de 16 de noviembre de 2016, relativa a un menor nacido en San Diego (California), en la que el Tribunal reitera argumentos esgrimidos en el asunto anterior y confirma que de acuerdo con el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del niño “Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior” (FJ 8). Así pues, el principio del interés superior del menor ha de servir para la interpretación de las normas examinadas referentes a la protección de la maternidad (FJ 9) y en consecuencia, una interpretación integradora de las normas nacionales e internacionales, a la luz de la jurisprudencia existente sobre la materia, esencialmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), conduce a la estimación del recurso formulado.

Disiente no obstante uno de los Votos Particulares (reproducido en términos similares en ambas sentencias) sobre el protagonismo otorgado en las mismas a la jurisprudencia del TEDH en dicha “interpretación integradora” porque, como ya se explicó anteriormente, sus sentencias se refieren a escenarios legales (francés e italiano) más restrictivos que el contemplado en España. Considera la opinión discrepante en consonancia con la sentencia de la Sala de lo Civil de 2014 que es precisamente la existencia de otras vías para la determinación de la filiación la que lleva a excluir el argumento del interés del menor, ya que los padres pueden

variado el TEDH su doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente lo permiten?”, *Diario La Ley*, nº 8953, 2017, pp. 1–13.

protegerlo a través de los cauces legales existentes “y no violentando la Ley y el orden público español”. En esta misma línea argumental se aduce que “la propia consideración de atentado al orden público excluye por sí misma toda consecuencia jurídica que pretenda derivarse de su asimilación a otras categorías jurídicas que nuestro Derecho protege. Si aquella cualidad negativa excluye su inscripción en el Registro Civil, en igual forma repele que del acto ilegal pueda derivarse el nacimiento de derechos anudados a situaciones legítimas, sin que la pretensión pueda pretender amparo en los superiores intereses del menor”.

Otro de los Votos Particulares de esta segunda sentencia de noviembre de 2016 señala además que el reconocimiento de la resolución extranjera se ha acordado “de manera incondicionada, sin matices, y empleando para ello el argumento (“inefable”, según algún cualificado sector doctrinal) del “interés superior del menor”, sacándolo del contexto en él ha sido entendido por las sentencias del TEDH que cita la decisión mayoritaria”. Consideran los magistrados además que “la prestación de maternidad no se puede reconocer a la madre que no tiene esa condición con arreglo a la ley española, so pretexto de proteger al menor, argumento recurrente que serviría para reconocer todo tipo de prestaciones que responden a la necesidad de proteger diferentes situaciones de necesidad: como la orfandad, la viudedad, la incapacidad, la jubilación, etc... Con ello se quiere decir que proteger una situación de necesidad no justifica, sin más, el reconocimiento de una prestación”.

Ha quedado pues evidenciado que no existe consenso en la práctica española sobre el contenido del interés superior del menor y el orden público internacional en la gestación por sustitución con elementos de extranjería, por lo que, en consecuencia, considero que la heterogeneidad reinante en la práctica española reclama una regulación más completa de este fenómeno que aporte mayor seguridad jurídica.

IV. Necesidad de regulación y propuestas legislativas

Lo establecido por el art. 10 LTRHA es insuficiente y no resuelve los problemas surgidos con esta problemática. Incluso obviando que “la aplicación directa a los casos internacionales de la legislación civil española sobre gestación por sustitución resulta completamente improcedente y constituye un error metodológico de envergadura”⁴⁹, determinar la filiación de estos niños por el parto (art. 10.2º LTRHA) en los casos con elementos de extranjería carece de sentido y dejarlo a la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico (art. 10.3º

⁴⁹ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, p. 49.

LTRHA) no cubre todos los supuestos, por no hablar de la indefensión que se generaría en aquellas situaciones en que el progenitor biológico se negara a entablar dicha acción judicial.

El dato biológico hace tiempo que dejó de ser el único criterio generador de la filiación jurídica en parte para hacer frente al problema de la infertilidad humana, por lo que la importancia del elemento volitivo ha ido creciendo con los años en la legislación española en este sector⁵⁰, diferenciándose en este sentido distintas “funciones maternas” que pueden corresponder a diferentes mujeres: la aportación de gameto femenino (maternidad genética), la gestación (maternidad de gestación) y la atribución de la función jurídico-social de madre (maternidad jurídica)⁵¹. Las técnicas de reproducción asistida “relativizan el parentesco biológico en interés de la verdadera paternidad: la paternidad afectiva y educativa”⁵². Lo que no sabemos es si la irrupción de la intencionalidad en la filiación incluirá en algún momento también esta práctica, pero de no ser así, si la decisión pasa por prohibirla, será necesario referirse tanto a la nacional como a la internacional porque de lo contrario se deberían regular las situaciones nacidas en el extranjero. Por ejemplo, añadiendo en la Ley española una norma materialmente orientada que concrete espacialmente la prohibición (todo el planeta) según la cual se establezca que dichos contratos serán nulos “independientemente del lugar donde se celebren y de la residencia de las partes en ese momento”. Esta previsión resolvería la problemática en sentido negativo desde su origen, sin tener que resolver después las consecuencias que entrañan los contratos celebrados en el extranjero para la filiación y para los niños ya nacidos. La prohibición absoluta del contrato de gestación y sus efectos sería pues una de las opciones legislativas⁵³, a la que es posible añadir otras dos: el mantenimiento de la prohibición y consecuente nulidad del contrato aunque admitiendo sus efectos (la filiación, entre otros) por medio de la aplicación del orden público atenuado y, finalmente –aunque no entraré a valorarla–, la adopción de un estatuto jurídico adecuado que regule tales prácticas y sus consecuencias⁵⁴.

⁵⁰ A.J. Vela Sánchez, “La gestación por sustitución...”, *loc. cit.*, p. 4.

⁵¹ Vid. A. Durán Ayago, “El acceso al Registro Civil...”, *loc. cit.*, pp. 273 y 274 y la bibliografía allí citada.

⁵² P. Blanco-Morales Limones: “Una filiación: tres modalidades de establecimiento...”, *loc. cit.*, p. 8.

⁵³ Aboga por una prohibición de carácter universal V. Bellver Capdevila: “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, nº 11, 2015, p. 16. Cabe matizar, no obstante, que el autor demuestra en su estudio que una de las principales preocupaciones es la explotación de mujeres pobres en el marco actual, por lo que termina señalando en su conclusión final que “se debería optar por una prohibición universal o, al menos, adoptar todas las medidas legales y políticas para evitar la proliferación de mercados de úteros en países donde la pobreza femenina puede abocar a muchas mujeres a ver esta práctica como la única salida”.

⁵⁴ J. Flores Rodríguez, “Vientres de alquiler...”, *loc. cit.*, pp. 2–3. El autor se inclina por la tercera opción como “la solución objetivamente recomendable”: “establecer un verdadero estatuto jurídico para

En todo caso, en un sentido u otro, no se debe dejar en manos de los jueces lo que corresponde al legislador. Uno de los Votos Particulares de la sentencia de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo de 19 octubre 2016 considera que la situación actual “aumenta el margen de discrecionalidad judicial a través del uso extensivo de la ponderación y con ello socava el imperio de la ley y el equilibrio del sistema”. Se posiciona a favor de la “radical prohibición” pero en todo caso opina que ésta es una cuestión que ha de ser abordada exclusivamente por el legislador, pero nunca “mediante ocurrencias coyunturales e irreflexivas de incierto futuro” (refiriéndose a la doctrina de la DGRN) o “a través de interpretaciones judiciales que desbordan la ponderada y discrecional aplicación de la ley”.

Una vez clara la necesidad de regulación, se plantean diversos escenarios partiendo de la premisa de que no se puede abordar de igual modo la regulación de esta opción en España y el reconocimiento de situaciones nacidas en el extranjero. En el panorama comparado es posible diferenciar tres grandes grupos de países que han tenido en cuenta esa diferenciación.

En el primero, se recoge la prohibición absoluta de la gestación por sustitución, tanto la nacional como la internacional. La mayoría de los países europeos de nuestro entorno prohíben la maternidad subrogada (entre otros, Alemania, Austria, Finlandia, Francia, Italia, Noruega, Portugal, Suecia o Suiza, que incluso la prohíbe en la misma Constitución Federal⁵⁵) y algunos de ellos excluyen también la eficacia, dentro de su territorio, de los contratos de maternidad celebrados en el extranjero⁵⁶.

En el segundo grupo, más flexible y heterogéneo, se permite si concurren ciertas características. Hay países muy permisivos, como Ucrania, que aprueban esta técnica de una forma amplia⁵⁷. Otros “toleran la práctica médica” (Bélgica, Dinamarca y Holanda) con la posterior determinación de la filiación por parte de las autoridades según la legislación civil⁵⁸. Reino Unido determina la filiación de la madre gestante, quien posteriormente renuncia con control judicial, modificándose la filiación mediante una *parental order*⁵⁹. Estados Unidos presenta un panorama muy diverso según el Estado de que se trate. Mientras Nueva York prohíbe la maternidad subrogada, por ejemplo, Tennessee la reconoce de forma amplia⁶⁰.

la filiación derivada de la gestación por sustitución, modificando el Derecho civil de familia a tal efecto, con fundamento en un convenio que podrá ser redactado ante un notario u otro profesional del Derecho y homologado judicialmente”.

⁵⁵ A. Quiñones Escámez, “El contrato de gestación...”, *loc. cit.*, p. 228.

⁵⁶ L. Álvarez de Toledo Quintana, “El futuro de la maternidad subrogada...”, *loc. cit.*, p. 41.

⁵⁷ E. Lamm, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, nº 3, 2012, p. 17.

⁵⁸ A. Quiñones Escámez, “El contrato de gestación...”, *loc. cit.*, p. 228.

⁵⁹ C. Fenton-Glynn: “Outsourcing ethical dilemmas: regulating international surrogacy arrangements”, *Medical Law Review*, Vol. 24, nº 1, 2016, pp. 60–64.

⁶⁰ A. Quiñones Escámez, “El contrato de gestación...”, *loc. cit.*, pp. 231–232.

Por otro lado, existe una tendencia en el mundo que permite la maternidad nacional pero no la internacional (exigiendo por ejemplo que todas las partes del contrato tengan su residencia en el país, como ocurre en la India o Tailandia), cerrando así las puertas a padres extranjeros. Otros países permiten igualmente la nacional pero solo en la vertiente altruista. Es el caso de Canadá⁶¹ y antes de Grecia, que ha vuelto a abrir esta opción para extranjeros con residencia temporal⁶². Asimismo, puede que se permita únicamente la derivada de motivos médicos que imposibilitan la gestación o que se clasifiquen según se exija o no una resolución judicial, previa o posterior al nacimiento del niño, que constate que el acuerdo es válido⁶³.

El tercer grupo de países, finalmente, carece de legislación sobre el particular, lo que podría dar lugar a dos posibilidades. Bien permitir todo tipo de situaciones independientemente de sus características (es decir, tanto la nacional como la internacional, altruista o remunerada, biológica o sin vínculos genéticos y para cualquier persona que solicite esta clase de servicios, con o sin control por parte de autoridades públicas) bien prohibirlas tajantemente al no ser un supuesto de filiación contemplado en su legislación.

¿En qué grupo incluimos a España? En ninguno. Nuestro país se encuentra en el mismo limbo jurídico que los menores no inscritos hasta que se confirma su filiación. La maternidad subrogada está prohibida a nivel nacional pero la regulación es inexistente por lo que respecta a las filiaciones nacidas en el extranjero de acuerdo con leyes foráneas que permiten esta práctica. En este incierto marco, el interés superior del menor justifica las prestaciones por maternidad pero también exige que su filiación tenga acceso al Registro civil español. Hasta que no se regulen los supuestos conectados con otros países, en el marco jurídico actual me posiciono a favor de la inscripción de los niños nacidos por medio de gestación por sustitución en el extranjero⁶⁴, sobre todo de aquéllos respecto de los que se

⁶¹ *El País*, 21 febrero 2017: “Canadá y los vientres altruistas”. Disponible en (consultado el 21 mayo 2017): http://internacional.elpais.com/internacional/2017/02/20/actualidad/1487608787_068654.html; Diario 20 minutos, 25 mayo 2016: “La regulación de la maternidad subrogada de país a país”. Disponible en (consultado el 21 mayo 2017):

<http://www.20minutos.es/noticia/2744893/0/gestacion-subrogada-paises/>

⁶² A. Quiñones Escámez, “El contrato de gestación...”, *loc. cit.*, p. 228.

⁶³ A. Durán Ayago, “El acceso al Registro Civil...”, *loc. cit.*, t. XII, 2012, p. 278. Destacar en esta línea el grupo de países que somete el proceso a una “pre-aprobación” de los acuerdos de gestación mediante el cual los comitentes y la gestante deberán presentar su arreglo ante un organismo (ya sea un juez, tribunal o comité) para que verifique el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación y lo apruebe consecuentemente antes de proceder con el tratamiento médico. Es el caso de Grecia, Israel y Sudáfrica según explica E. Lamm, “Gestación por sustitución...”, *loc. cit.*, p. 13.

⁶⁴ Comparto la visión de K. Trimmings y P. Beaumont, “Parentage and surrogacy in a European perspective”, en J. Scherpe, *European Family Law*. Vol. III. *Family Law in a European Perspective*, Northampton (USA), Edward Elgar Publishing, 2016, p. 282.

evidencie un vínculo biológico con los padres de intención, aunque no solo, y en el caso de regularse finalmente este escenario, defendería la inscripción con sujeción a unas condiciones específicas muy claras⁶⁵: siempre que se hayan observado ciertos requisitos que protejan a las madres gestantes y a los menores.

En cuanto a las primeras, es ineludible que se constate su consentimiento informado y válido (que no fueron engañadas ni intimidadas), así como el respeto de todas las garantías jurídicas que sean necesarias para evitar la explotación y los abusos. Por ejemplo, exigiendo que la madre gestante haya tenido un plazo de reflexión desde el nacimiento del niño antes de renunciar a sus derechos, así como plena disposición para decidir sobre su salud y su cuerpo durante la gestación y el parto. Asimismo, regulando solo los casos altruistas, o en el supuesto de que se incluyan también ciertos aspectos económicos, que éstos se refieran solo a los gastos médicos o a una “compensación razonable” (siendo necesario definir este concepto), o, si se decide ir más allá, que se exija que las mujeres gestantes tengan unos ingresos o un patrimonio mínimos para poder contratar. De igual modo, se podría requerir que la mujer gestante solo pudiera aceptar esta práctica un número limitado y reducido de veces para evitar que se transformen en “máquinas productoras de hijos ajenos”, a lo que se podría sumar que ya haya sido madre al menos en una ocasión, con el fin de que comprenda la gravedad de su compromiso y todo lo que conlleva un embarazo y el parto de un niño⁶⁶. Soy consciente de la dificultad de controlar estos aspectos en un mundo al que aún le queda mucho por avanzar en el ámbito de la cooperación internacional, pero no por ello hay que renunciar a plantear opciones legislativas. Podrían trasladarse a este ámbito ciertos mecanismos de cooperación como la creación de registros internacionales o la designación de Autoridades Centrales, dos propuestas que ya funcionan en otros ámbitos como las sucesiones internacionales⁶⁷ o las adopciones⁶⁸.

En relación con los niños, resulta indispensable evitar el tráfico de menores. Por ejemplo, exigiendo que en el país de origen se hayan seguido protocolos de actuación controlados por autoridades públicas que garanticen la conformidad de todo el procedimiento con la legalidad de aquel país, permitiendo inscribir solo a los menores nacidos en países donde esté garantizada (por ley o contractualmente)

⁶⁵ Habría que valorar la conveniencia de una regulación propia de sus condiciones de reconocimiento porque estos casos ya constituyen “un tipo específico” de situación privada internacional que exigiría también una respuesta específica. S. Álvarez González, “Efectos en España...”, *loc. cit.*, p. 367.

⁶⁶ E. Lamm, “Gestación por sustitución...”, *loc. cit.*, pp. 38 y 39.

⁶⁷ Convenio relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, hecho en Basilea el 16 mayo 1972 (BOE 5.10.1985); Convenio relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, hecho en Basilea el 16 mayo 1972.

⁶⁸ Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 mayo 1993 (BOE 1.8.1995).

la irrevocabilidad del consentimiento por parte de los padres comitentes, sobre todo ante el nacimiento de niños con problemas de salud, o incluso considerando únicamente los asuntos procedentes de países que garanticen legalmente la protección social del menor que pudiera quedar eventualmente desamparado de surgir algún conflicto en la relación contractual. Como consecuencia de lo anterior, considero razonable la doctrina de la Instrucción de la DGRN de 2010 aunque imponga un requisito extraordinario para el acceso al Registro y siempre que se plasme en una norma del rango adecuado⁶⁹, ya que tales extremos pueden ser controlados por medio de la intervención de un juez extranjero (o, se podría valorar, de otra autoridad pública según la teoría de la equivalencia de funciones), un control judicial que se plasmará en una resolución, que será reconocida (o no) posteriormente en España. Si en el supuesto particular no se ha aportado tal decisión o, aun habiéndose aportado, el Encargado del Registro Civil no obtiene la certeza de que dichos aspectos sean veraces y que han sido probados en la resolución extranjera (doble control por tanto, primero de la autoridad extranjera y después de la española), el acceso al Registro español deberá ser denegado y el salvoconducto del bebé de salida del país rechazado por los Consulados españoles⁷⁰.

Pero, si no es el caso y existe una resolución dictada por una autoridad pública extranjera que permita presumir que la filiación se ha determinado legalmente (salvando con ello la indisponibilidad del estado civil por medio de un contrato privado), aunque se apreciara la existencia de una norma imperativa en el artículo 10 LTRHA, ésta afectaría al contrato pero no necesariamente a un posible reconocimiento de la decisión extranjera⁷¹. Es cierto que la corrupción existente en algunos países puede poner en peligro este control, al igual que exigir una decisión judicial en aquellos otros donde no se articulen cauces legales para que se puedan dictar esta clase de resoluciones en la materia, pero precisamente por ello no deberían registrarse menores nacidos en países donde no haya garantías jurídicas. Con el tiempo, este tipo de exigencias podría reconducir esta práctica solo a aquellos países que instituyan y protejan dichas garantías, eliminando la explotación de las mujeres extranjeras y otros efectos indeseables asociados actualmente a esta realidad.

⁶⁹ Esta exigencia añadida por la DGRN es contraria a la Ley según A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, p. 63.

⁷⁰ En esta línea, la reciente STSJ Madrid 13 marzo 2017 (209/2017) desestimó acertadamente la pretensión de un matrimonio español ante el Consulado General de España en Moscú porque no se presentó resolución judicial con las exigencias requeridas en la Instrucción de la DGRN de 2010 y se consideró que el consentimiento de la madre gestante había sido anticipado y desprovisto de garantías. Noticia disponible en (consultado el 21 mayo 2017): http://www.eldiario.es/sociedad/decision-Consulado-Moscu-gestacion-subrogada_0_629937373.html

⁷¹ Me adhiero en este sentido a la opinión de A. Quiñones Escámez, “El contrato de gestación...”, *loc. cit.*, p. 206.

En conclusión, a mi entender, la opción legislativa más adecuada en la materia pasaría entonces por continuar exigiendo resolución judicial (o pública en todo caso) del país de origen, pero propuestas y divagaciones aparte, hay que tener en cuenta la próxima aplicación de la nueva Ley del Registro Civil 20/2011⁷² (LRC 2011 en adelante), que admitirá supuestos en que no se va a exigir necesariamente resolución judicial para el acceso al Registro. Se ha considerado que la nueva Ley generará en esta materia una situación de “esquizofrenia jurídica”⁷³, aunque como se ha podido observar a la largo del trabajo, tal situación ya existe ante el mantenimiento de la nulidad de los contratos en la LTRHA, por un lado, mientras que, por otro, se permite que acceda al Registro Civil la filiación derivada de parte de estos contratos (resolución judicial extranjera mediante en virtud de la Instrucción de la DGRN de 2010), por lo que más bien se va a perpetuar o incluso agravar la esquizofrenia jurídica existente.

Veamos brevemente en qué términos acogerá la nueva LRC a los casos internacionales (no regidos por instrumentos internacionales⁷⁴) más allá de la doctrina actual de la DGRN de 2010, mientras se sigue prohibiendo esta técnica en la LTRHA⁷⁵.

La LRC 2011 incluye un Título X bajo el nombre “Normas de Derecho internacional privado” que abarca los arts. 94 a 100. Ciñéndonos a los preceptos que nos interesan, el art. 96, en primer lugar, regula el acceso de las resoluciones judiciales extranjeras al Registro Civil español. Su inscripción se podrá instar si procede de un proceso contencioso⁷⁶ previa superación del trámite de ejecutur (hoy regulado en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil⁷⁷ en defecto de instrumento internacional aplicable) o, de

⁷² BOE 22.7.2011.

⁷³ A. Durán Ayago, “El acceso al Registro Civil...”, *loc. cit.*, p. 266.

⁷⁴ Nótese en este ámbito los convenios de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) que España ha ratificado, como el Convenio nº 6 relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, hecho en Bruselas el 12 septiembre 1962 (BOE nº 92, de 17 abril 1984). Según su art. 1: “Cuando una persona es designada en la inscripción de nacimiento de un hijo no matrimonial como madre de éste, la filiación materna quedará determinada por tal designación. Sin embargo, esta filiación podrá ser impugnada”. *Vid.* el estado de las ratificaciones en (consultado el 21 mayo 2017): <http://ciec1.org/SiteCIEC>. Asimismo es importante resaltar el nuevo Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 julio 2016 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, cuyo art. 1 incluye los documentos públicos expedidos por autoridades de Estados miembros relativos, entre otros hechos, al nacimiento y a la filiación.

⁷⁵ *Vid.* también los artículos 11 y 12 y Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3.7.2015).

⁷⁶ Podría ocurrir, por ejemplo, que acabara en un juicio que la madre gestante se negara a entregar al nacido o que los comitentes se negaran a recibirlo.

⁷⁷ BOE 31.7.2015.

tratarse de una resolución de jurisdicción voluntaria, ante el Encargado del Registro Civil⁷⁸, quien procederá a realizarla siempre que se verifiquen ciertos requisitos: la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados, que el tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento y que la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. Y además, el apartado 3 permite, como defendía *supra*, que este régimen jurídico sea aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales.

El art. 98, por su parte, regula el acceso al Registro Civil de las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros, que constituyen título válido para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen, nuevamente, unos requisitos, que difieren según la certificación constituya o no un mero reflejo de una resolución judicial previa (no exigiéndola siempre, por tanto). En el primer caso, si la certificación es un mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro, y a tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo con alguno de los procedimientos contemplados en el art. 96 anteriormente citado ya que “toda certificación que traiga causa en la inscripción de una sentencia no puede tener un tratamiento dissociado del que le corresponda a la ejecutoria que sirvió de título al asiento”⁷⁹.

Esto implicará para los supuestos de filiación fundados en certificaciones extranjeras basadas en resoluciones judiciales no contenciosas que su inscripción se sujetará a la comprobación de los siguientes aspectos: la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados, que el tribunal de origen ha basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española⁸⁰ (quedaría por determinar si este requisito lleva a aplicar la bilateralización de nuestros criterios de competencia judicial internacional o el sistema de los contactos razonables⁸¹), que se han respetado los derechos de defensa de las partes (incluida la madre gestante, aunque la interpretación es algo

⁷⁸ Se ha señalado que esta opción articula “un sistema de execuatur de carácter administrativo de muy dudosa constitucionalidad y de carácter muy peculiar”. J.M. Espinar Vicente, “La Ley 20/2011 de Registro Civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, p. 522.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 518.

⁸⁰ Se cuestiona este requisito en *ibid.*, p. 513.

⁸¹ A. Durán Ayago, “El acceso al Registro Civil...”, *loc. cit.*, p. 301. Como adelantábamos en la nota al pie nº 24, Calvo Caravaca y Carrascosa González consideran que la bilateralización “no tiene el más mínimo sentido”, ya que el sistema parte del presupuesto equivocado de que todos los sistemas judiciales del mundo deben comportarse como los españoles, por lo que debería aplicarse el sistema de los contactos

forzada para los supuestos no contenciosos) y que esa inscripción en particular no se considera manifiestamente incompatible con el orden público español. En este último caso, apoyaría una interpretación coherente con la Instrucción de la DGRN de 2010, de ahí que estaría refiriéndose a los aspectos a controlar allí especificados y por encima de todo, los relativos al consentimiento libre y voluntario de la madre gestante y a la irrevocabilidad de los consentimientos, sujetos o no a plazo.

En el segundo supuesto, esto es, si la certificación registral extranjera no proviene de una resolución judicial previa, se requiere que la misma haya sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado, que el Registro extranjero de procedencia tenga análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española en cuanto a los hechos de que da fe, que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado y que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

Los dos primeros aspectos no generan mayores problemas y el último debería ser interpretado en la misma línea que vengo defendiendo (es decir, valorando una eventual violación del orden público en el caso concreto). Me centraré ahora en el tercer requisito, que es el que puede plantear en este momento mayores dificultades de interpretación. El legislador requiere que el “hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado”. Esta norma vincula el reconocimiento al método conflictual, por lo que dicha validez se regirá por la ley que señale el art. 9.4º Cc, reformado en el año 2015⁸², regulador de la filiación.

Este precepto diferencia, por un lado, la ley aplicable a la determinación y al carácter de la filiación por naturaleza y, por otro lado, la aplicable al contenido de la filiación y a la responsabilidad parental. Mientras estas dos últimas cuestiones se rigen por lo establecido en un convenio internacional (el Convenio de La Haya, de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁸³), la determinación y el carácter de la filiación se regulan por medio de tres conexiones en cascada, de suerte que se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de su establecimiento; a falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la

razonables, ya apoyado en el pasado por el propio Tribunal Supremo.

⁸² Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29.7.2015).

⁸³ BOE 2.12.2010.

filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese mismo momento⁸⁴, y finalmente, si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española.

Trasladando estas normas a la gestación por sustitución, diferenciaremos aquellas situaciones en que las autoridades españolas conocen del asunto en los países de origen de aquellas otras en que abordan la cuestión una vez el niño se encuentra ya residiendo en territorio español.

En los asuntos conocidos en los Consulados españoles en el extranjero, entiendo que la determinación de la ley reguladora de la filiación podría quedar fijada utilizando la primera regla, lo que descartaría la aplicación de las siguientes. La misma requiere concretar “la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación”, por lo que teniendo en cuenta las circunstancias en las que se producen esta clase de casos, entiendo que la residencia en el momento en que se establece la filiación coincide con el país del nacimiento (desde luego, no ha tenido otra desde que nació) y de la posterior solicitud de los padres comitentes en el Registro consular correspondiente, luego debería aplicarse la ley de dicho Estado a la determinación de su filiación (que permite la gestación por sustitución), a salvo siempre una eventual violación del orden público en ese asunto en particular, como exige comprobar el legislador en el art. 98 LRC/2011.

Si el caso se conociera por las autoridades españolas una vez el niño estuviera ya residiendo en España, el propio art. 9.4º Cc señala que si la ley de la residencia no permitiere el establecimiento de la filiación (como sería el caso en aplicación del art. 10 LTRHA), se aplicará la ley nacional del hijo en ese mismo momento. Si el hijo reside ya en España y aún no ha sido determinada su filiación, lo más probable es que haya entrado en nuestro país con un pasaporte extranjero expedido por el país en el que nació (que le otorgó la nacionalidad por el criterio *ius soli*), por lo que, de nuevo, la aplicación de la ley de dicho país permitiría determinar la filiación derivada de la maternidad subrogada.

Veremos en qué quedará en la práctica la aplicación de estas normas, al igual que resultará muy interesante seguir a nivel global la actividad de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en esta materia, que se encuentra estudiando una iniciativa en el ámbito de la filiación que ha sido apoyada por la Unión Europea⁸⁵. Como muestran los trabajos de esta organización disponibles en

⁸⁴ En ambos casos se ha eliminado el problema del conflicto móvil al congelar en el tiempo el criterio de conexión mutable que incluye la norma, la residencia habitual del hijo.

⁸⁵ European Parliament “Regulating international surrogacy arrangements – State of play”, August 2016: “*This work at global level is necessary and relevant, as international surrogacy arrangements may imply relations between EU and third-country citizens, as well as conflicts of laws and jurisdictions with*

línea⁸⁶, la idea de trabajar sobre esta materia surgió en 2001 y comenzó a impulsarse con mayor seriedad en 2010, de modo que en un futuro (a muy largo plazo⁸⁷) tal vez contemos con un convenio internacional que armonice la filiación y, en su caso, la maternidad subrogada entre los Estados contratantes, dotándola de mayor seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones transfronterizas.

El desafío no es menor: regular el reconocimiento de las filiaciones determinadas en el extranjero respetando la legislación en virtud de la cual se han establecido sin que se requiera una nueva determinación de la filiación en el país de la residencia final del menor. Según el último documento disponible febrero 2017⁸⁸, relativo a la reunión en La Haya del grupo de expertos celebrada del 31 de enero al 3 febrero este año, diecinueve especialistas de diferentes regiones del planeta, incluyendo países con diferentes posturas sobre la gestación por sustitución tanto nacional como en su vertiente internacional, abordaron de forma prioritaria la posibilidad de adoptar normas de Derecho internacional privado sobre la filiación de los niños en situaciones transfronterizas, incluyendo aquéllos nacidos de contratos de gestación internacionales.

En relación con estos últimos, los expertos coincidieron en que todos los niños deben ser tratados de igual modo independientemente de las circunstancias que rodeen su nacimiento. Pero, a partir de esta premisa, se está valorando la conveniencia de que los casos de maternidad subrogada cuenten con un planteamiento diferenciado respecto de otros supuestos de filiación internacional. Se propone que el nuevo instrumento sea vinculante, que se continúe estudiando el tratamiento tanto de decisiones judiciales como de otros documentos públicos extranjeros en los que conste la filiación, y, dando cuenta de nuevo de la dificultad de obtener consensos en esta materia, reconocen finalmente que no ha sido posible alcanzar conclusiones definitivas en esta reunión sobre la viabilidad de extender las normas que se adopten para la filiación a los casos de gestación por sustitución ni sobre la eventual necesidad de normas y garantías adicionales para estos supuestos. Se comprometen a seguir discutiendo y veremos hasta dónde llegan las negociaciones.

third countries". Disponible en (consultado el 21 mayo 2017): [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571368/IPOL_BRI\(2016\)571368_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571368/IPOL_BRI(2016)571368_EN.pdf).

⁸⁶ Trabajos disponibles en (consultado el 21 mayo 2017): <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

⁸⁷ La diversidad de posturas sobre esta controvertida materia hace prever que se requerirá un largo tiempo hasta que se alcance un consenso internacional suficiente para adoptar este convenio, e incluso que la existencia de regímenes que quedarán fuera del mismo continuarán dando lugar a abusos y, consecuentemente, a los mismos dilemas. C. Fenton-Glynn, "The regulation and recognition of surrogacy under English law: an overview of the case-law", *Child and Family Law Quarterly*, vol. 27, nº 1, 2015, p. 95.

⁸⁸ Disponible en (consultado el 21 mayo 2017): <https://assets.hcch.net/docs/ed997a8d-bdcb-48eb-9672-6d0535249d0e.pdf>.

V. Reflexión final

Con esta reflexión final termino mi primer trabajo redactado en primera persona del singular. Tomé esta decisión de forma consciente porque es un tema muy sensible sobre el que he querido realizar un análisis jurídico sobre una materia en la que resulta muy difícil no expresar una visión personal. No quiero decir con ello que esté en posesión de la verdad absoluta, ni mucho menos. Las reflexiones aquí expresadas son susceptibles de seguir debatiéndose al mismo tiempo que continuaré reclamando una regulación a la altura del fenómeno que estamos viviendo.

Como he querido reflejar en este estudio, nuestro país aún no está preparado para reformar la regulación vigente que prohíbe esta práctica en España –en un sentido (admitiendo la gestación por sustitución contratada en España) o en otro (reforzando la prohibición a escala internacional)– pero no podemos eludir las situaciones nacidas en el extranjero a pesar de la sensibilidad de la materia. A la luz del heterogéneo tratamiento dispensando por la normativa y la práctica españolas, la necesidad de regular la gestación por sustitución con elementos de extranjería es imperiosa y urgente, además de factible, dentro del respeto a los derechos y las garantías jurídicas que merecen todas las partes implicadas.

En el ring de la maternidad subrogada, encontramos, en un lado, una ley sobre reproducción asistida que prohíbe esta práctica, una única sentencia del Tribunal Supremo que deniega la inscripción de la filiación y múltiples sentencias en el orden social que no conceden la prestación por maternidad; y, en el otro lado, una normativa registral que permite el acceso al registro con intervención de autoridad pública, unas directrices administrativas que admiten la inscripción siempre que se aporte resolución judicial y reiteradas sentencias, del Tribunal Supremo e instancias inferiores, que sí conceden la prestación por maternidad.

Ante el panorama descrito, sería deseable regular y controlar la gestación por sustitución contratada en el extranjero teniendo en cuenta las circunstancias en que se ha tenido acceso a la misma antes de que nazca el niño, condicionando el reconocimiento de decisiones públicas extranjeras que fijen la filiación a las restricciones que se han sugerido en este estudio. Si no se regulan estos extremos y se continúa valorando *ex post* los casos que lleguen a las autoridades españolas, las decisiones tendrán que tener en cuenta necesariamente el bienestar del menor y su interés superior, lo que a mi juicio pasa por reconocer la filiación y las prestaciones derivadas de la misma teniendo que obviar las circunstancias en que se pactó su nacimiento y, por ende, sin la posibilidad de proteger ya en ese momento a la madre gestante.

Diversas instituciones extranjeras no conocidas en España afectan a personas merecedoras de protección que se encuentran al alcance del Derecho español. Por

ello, nuestro legislador tiene no solo la posibilidad sino la responsabilidad⁸⁹ de contemplar soluciones para subsanar los vicios de determinadas situaciones nacidas en el extranjero. La mujer residente en España de un matrimonio polígamo celebrado en otro país constituye un ejemplo de ello. También la mujer repudiada unilateralmente en el extranjero que solicita el reconocimiento de su propio repudio en España.

Igual que se considera razonable por justicia material (y no solo por mí, sino por parte de la doctrina, de los tribunales españoles e incluso del Tribunal Supremo⁹⁰), que la segunda mujer pueda tener derecho a parte de la pensión de viudedad y que se reconozca el repudio unilateral si es la propia interesada la que lo solicita (subsando o paliando, al menos, la discriminación previa producida en el país de origen), ¿por qué no proteger jurídicamente a los niños nacidos por medio de estos contratos que presenten vínculos con nuestro país y, de paso, exigir que los casos internacionales conectados con España incluyan garantías jurídicas para las gestantes extranjeras?

Bibliografía

- Álvarez de Toledo Quintana, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 5–49.
- Álvarez González, S.: “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 339–377.
- Álvarez González, S.: “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret*, nº 2, 2017, pp. 166–200.
- Azcárraga Monzonís, C. y Guamán Hernández, A.: “Poligamia y Pensión de viudedad”, *La reforma de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 73–85.
- Bellver Capdevila, V.: “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, nº 11, 2015, pp. 19–52.
- Blanco–Morales Limones, P.: “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho internacional privado*, nº 1, 2015, pp. 1–16.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 45–113.
- De Verda Beamonte, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, nº 7501, 2010, pp. 1–6.

⁸⁹ Reflexiona sobre el papel que pueden jugar las legislaciones de los países de los padres comitentes en la protección de las mujeres gestantes extranjeras C. Fenton–Glynn, “Outsourcing ethical dilemmas: regulating international surrogacy arrangements”, *loc. cit.*, p. 65.

⁹⁰ M. Guzmán Zapater, “Gestación por sustitución...”, *loc. cit.*, p. 736.

- Durán Ayago, A.: “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XII, 2012, pp. 265–308.
- Durán Ayago, A.: “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 febrero 2015”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho internacional privado*, nº 2, 2015, pp. 50–63.
- Espinar Vicente, J.M.: “La Ley 20/2011 de Registro Civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, pp. 485–525.
- Fenton-Glynn, C.: “Outsourcing ethical dilemmas: regulating international surrogacy arrangements”, *Medical Law Review*, Vol. 24, nº 1, 2016, pp. 59–75.
- Fenton-Glynn, C.: “The regulation and recognition of surrogacy under English law: an overview of the case-law”, *Child and Family Law Quarterly*, vol. 27, nº 1, 2015, pp. 83–95.
- Flores Rodríguez, J.: “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa”, *Diario La Ley*, nº 8363, 2014, pp. 1–5.
- Gorelli Hernández, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2017.
- Guzmán Zapater, M.: “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 731–743.
- Hernández Rodríguez, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 147–174.
- Iriarte Ángel, J.L.: “El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas”, en C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 627–641.
- Lamm, E.: “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, nº 3, 2012, pp. 1–49.
- Marrades Puig, A.: “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, 2017, en prensa.
- Moreno Pueyo, M.J.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 116, 2015, pp. 21–56.
- Moreno Sánchez-Moraleda, A.: “Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho internacional privado español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 731, 2012, pp. 1363–1394.
- Nuño Gómez, L.: “Gestación comercial: deseos y derechos”, *Notario del siglo XXI*, Marzo–Abril 2017, pp. 16–20.
- Quiñones Escámez, A.: “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley”, *InDret. El orden público interno, europeo e internacional civil. Homenaje a la Dra. Nuria Bouza*, nº 2, 2017, pp. 201–251.
- Salvador Idrach, V.: “Gestación por sustitución: Inadmisión en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre”, *Revista General de Derecho*, 1997, pp. 5175–5202.
- Soto Moya, M.: “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho internacional privado*, nº 3, 2016, pp. 1–11.

- Trimming, K. y Beaumont, P.: “Parentage and surrogacy in a European perspective”, en J. Scherpe (ed.), *European Family Law, Vol. III. Family Law in a European Perspective*, Northampton (USA), Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 232–283.
- Vela Sánchez, A.J.: “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”, *Diario La Ley*, nº 8927, 2017, pp. 1–14.
- Vela Sánchez, A.J.: “¿Ha variado el TEDH su doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente lo permiten?”, *Diario La Ley*, nº 8953, 2017, pp. 1–13.

Recepción: 21 mayo 2017

Aceptación: 14 julio 2017

LA TRANSFORMACIÓN EN ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN EXTRANJERA TRAS LA REFORMA DE LA LEY 54/2007

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA *

SUMARIO: I. Introducción. II. El interés superior del menor en la Adopción internacional. 1. El interés del menor como pauta o criterio de procedimiento. 2. Interés del menor y transformación en adopción. III. Reconocimiento de la adopción extranjera y conversión. 1. Antecedentes. 2. Nuevo régimen. A) El art. 30.4º de la Ley de Adopción Internacional. B) Requisitos generales para la conversión en adopción. IV. La transformación en adopción. 1. Antecedentes. 2. Régimen actual. 3. Requisitos. 4. Constitución de la adopción tras la previa protección del menor en el extranjero, en especial, cuando se prohíbe en su legislación de origen: el art. 19. 4º de la Ley de Adopción Internacional. 5. Procedimiento. V. Transformación en adopción y proyecto de adopción internacional. 1. Diferenciación. 2. Finalización del procedimiento de adopción en España. VI. Consideraciones finales.

RESUMEN: La falta de referencia a la transformación en adopción en la Ley de Adopción internacional tras la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, no puede interpretarse en el sentido de impedir que tenga lugar. Por el contrario, cabe transformar en adopción una medida de protección extranjera que no presenta similitudes con la adopción española, incluso cuando la legislación nacional del menor la prohíbe, siempre que lo aconseje el interés superior del niño. Se trata de un valor que preside el ordenamiento de tutela de la infancia, considerado ahora también un derecho sustantivo y norma de procedimiento en la Ley de Protección jurídica del menor (LO 15/1996) tras su modificación por la LO 8/2015. La citada transformación ha de diferenciarse de las colocaciones que tienen lugar en el marco de un Proyecto de adopción internacional

PALABRAS CLAVE: ADOPCIÓN PLENA – TUTELA – CONVERSIÓN – TRANSFORMACIÓN – INTERÉS DEL MENOR

ABSTRACT: *The Transformation into Adoption of a Foreign Protective Measure According to the Reform of the International Adoption Act 45/2007*

The omission of the reference to the transformation into adoption in the International Adoption Act as a result of the reform contained in Act 26/2015, of 28 July 2015, can not be interpreted in the sense of preventing it from taking place. On the contrary, an overseas protective measure which has not similarities with the adoption in Spain could be transformed into adoption, even when it is prohibited by the minor

* Profesora titular de Universidad-CU acreditada de Derecho internacional privado (Universidad de Jaén)

national law, whenever advised by the best interest of the child, as a value presided by the children protection system. This value is now also considered as a substantive rights and a procedural rule in the Legal Protection of Children Act (Organic Law 15/1996), after the amendment by Organic Law 8/2015. The transformation should be distinguished from applications taken place within the framework of an International Adoption Project.

KEYWORDS: ADOPTION, LEGAL PARENT–CHILD RELATIONSHIP –CONVERSION – TRANSFORMATION – BEST INTEREST OF THE CHILD.

I. Introducción

La adopción internacional permite realizar el interés superior del menor, valor que preside el ordenamiento de la infancia, en la línea de los instrumentos internacionales suscritos por el Gobierno español, como se verá *infra*¹. Su regulación ha experimentado cambios en época reciente, debiendo citarse, de forma particular, la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (en adelante, LAI)². Uno de sus fines fue establecer un régimen unitario en el territorio nacional, aclarando –de este modo– las cuestiones competenciales que comenzaban a revestir cierta importancia en un momento de significativo incremento de adopciones internacionales³.

¹ Ahora bien, como es sabido, la adopción internacional se considera el último recurso en orden a la tutela de la infancia, una vez que no se ha logrado a través de las medidas previstas por cada ordenamiento que permiten que el menor permanezca en su propio territorio, como expresa el art. 21 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. Señala que: “los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción internacional cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y b) reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un lugar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen” (BOE 31.12.1990). Para el sentido del convenio y su proceso de elaboración *vid.* extensamente, M.I. Álvarez Vélez, *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho constitucional español*, Madrid, ICADE, 1994.

² BOE 29.12.2007. Para una valoración crítica de la norma *vid.*, en particular, S. Álvarez González, “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 39 ss.; C. Esplugues Mota, “La nueva Ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2008-2, pp. 363-380; R. Arenas García y C. González Beilfuss, “La Ley 54/2007 de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, junio de 2009, vol. 17, pp. 9 ss.; A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzáles: “Críticas y contra-críticas en torno a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, nº 1, pp. 35 ss.

³ Si bien las cuestiones relacionadas con el Derecho internacional privado (conflicto de leyes) son competencia exclusiva del Estado, las regulaciones autonómicas comenzaban ya a incidir en aspectos pertenecientes a este campo. De ahí que también resultara prioritaria una ley estatal por este motivo. *Vid.* S. Álvarez González, “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, *La Ley*, de 25 marzo 2008, nº 6910, pp. 1-19.

De otro lado, se contaba por vez primera con una ley especial, que abarcaba el completo régimen de la adopción en Derecho internacional privado (en adelante, DIPr)⁴. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia, reforma también la LAI⁵, dejando claro, entre otras cuestiones, que sólo puede acudir al procedimiento de “conversión” cuando se trata de una adopción simple (extranjera)⁶ y que no puede llegar a constituirse en España la adopción de un menor de edad cuya ley personal no la permita o prohíba expresamente (art. 19.4º), salvo cuando haya sido declarado en desamparo⁷. Sin embargo, la LAI no impide que instituciones extranjeras, que no son adopciones simples,

⁴ Regula la competencia internacional de autoridades, el Derecho aplicable y el reconocimiento de decisiones. No obstante, la LAI ha sido mucho más parca en relación con el sector de la cooperación, que trata en artículos aislados. Entre ellos, el art. 9 (modificado por la Ley 26/2015), que realiza una remisión al Convenio de La Haya de 1993 sobre cooperación en el ámbito de la adopción internacional, aunque el Estado extranjero no sea parte; y el art. 24 (que lleva por título “cooperación internacional”), ubicados en distintos Títulos

⁵ BOE 29.7.2015. Para un comentario y aspectos polémicos de la reforma *vid.* A. Durán Ayago, “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr*, t. VI, 2016, pp. 452-453; A. López-Taruella Martínez, “La ley aplicable a la adopción internacional y la competencia judicial en materia de medidas de protección del menor tras las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015”, *AEDIPr*, t. VI, 2016, pp. 375-393.

⁶ En concreto, se ha eliminado la referencia a la “transformación”, que recogía el art. 30, 4º de la LAI. El art. 30.4º de la versión originaria disponía que: “las adopciones simples o menos plenas constituidas por la autoridad extranjera competente podrán ser transformadas en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello (...)”. El actual tenor del art. 30, 4º de la LAI, tras su reforma por la Ley 26/2015, prevé que: “la adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera podrá ser convertida en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria (...)”. Dicha eliminación dota de mayor claridad al régimen de la conversión, que no es entendida como cambio radical de la medida extranjera, sino como la posibilidad de completar sus efectos y, en concreto, los consentimientos, con la finalidad de que tenga acceso al Registro civil español. Por tanto, dicha supresión constituye una mejora de redacción, que se completa con el establecimiento de un procedimiento específico y simplificado (art. 42 de la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria), destinado –básicamente– a aportar los consentimientos requeridos para la adopción plena. Este cambio, además, abre la vía de la “transformación” en adopción de una medida de protección extranjera, siempre que no se trate de una adopción simple o, incluso, en este caso, en determinados supuestos.

⁷ Éste es el caso de las personas de nacionalidad marroquí, al no ser la *kafala* equiparable a una adopción, tal y como se concibe en el ordenamiento español. Por tanto, no pueden –en principio– completarse los consentimientos con el objetivo de que dicha medida se transforme en una adopción una vez que el menor es trasladado al territorio español. *Vid.*, en particular, A. Rodríguez Benot, “Adopción y *kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”, en “Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo”, XVII Jornadas de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (1997), Madrid, BOE, 1999, pp. 195 ss; A. Quiñones Escámez, A. Rodríguez Benot, H. Zekri y J. Ouhida, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Proyecto ADL, Fortalecimiento y modernización de la Administración de justicia de Marruecos, Madrid, FIIAAP, 2009; M.P. Diago Diago, “La *kafala* islámica en España”, AAVV, *Derecho islámico e interculturalidad*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 111 ss; N. Marchal Escalona, “La *kafala* marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, julio de 2013, vol. 3 (*on line*).

puedan llegar a ser adopciones plenas (españolas)⁸. Por el contrario, cabe transformar en adopción una medida de protección extranjera, a pesar de la inexistencia de una referencia específica en la LAI (a diferencia de lo que sucede con la conversión), incluso cuando no está prevista o se prohíbe expresamente por la ley personal del menor (a pesar del tenor del art. 19.4º LAI tras su reforma por la Ley 26/2015)⁹.

Ahora bien, no queda claro qué procedimiento ha de seguirse para ello, siendo necesario interpretar el entero ordenamiento de protección de la infancia y, en concreto, el “sistema de la adopción internacional”, con el objetivo de hacer compatible el nuevo texto legal (actual LAI) con el valor del interés superior del niño¹⁰.

Se realiza a continuación un análisis de la regulación actual, con referencia a los antecedentes legislativos inmediatos de la conversión así como de la transformación en adopción de una medida de protección extranjera (en particular, al derogado art. 9.5º Cc)¹¹. De este modo, pueden observarse las diferencias entre ambas figuras y su utilidad para dar respuesta a la diversidad de situaciones en las

⁸ Ahora bien, la noción de adopción simple hace referencia a una pluralidad de medidas de protección que presentan también características diferenciadas, como sucede, en particular, en algunos países de América Latina, no siendo posible, por ello, reconducirlas a una categoría unitaria. Vid. F. Calvo Babío, “La adopción en América Latina”, G. Esteban de la Rosa (coord.), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 33-47. Consciente de esta circunstancia, el legislador español ha aprovechado la reforma de la LAI (operada por la Ley 25/2016) para incluir una definición de adopción simple a los efectos de su aplicación (art. 15, 3º).

⁹ La figura de la conversión ha experimentado también modificaciones tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 julio la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3.7.2015), en particular, en lo que respecta al procedimiento (art. 42). Para un extenso comentario vid. P.A. De Miguel Asensio, “Ley de la jurisdicción voluntaria y Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. XVI, 2016, pp. 147-197.

¹⁰ Si bien no cabe profundizar en esta sede en la noción de sistema desde el punto de vista de la teoría del Derecho, cabe afirmar que expresa la idea de unidad compuesta de partes que mantienen relaciones entre sí. En concreto, un sector de la doctrina considera que supone la reunión de, al menos, tres caracteres. En un nivel mínimo, requiere la presencia de un conjunto de elementos. De otro lado, entre ellos existen relaciones específicas y no de mera yuxtaposición. Y, por último, implica la existencia de cierta unidad, que comporta un aspecto negativo de diferenciación con el exterior y un aspecto positivo de identidad. Vid. M. Van de Kerchove y F. Ost, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Madrid, Serv. Publ. Facultad de Derecho, Universidad complutense, Madrid, 1988, p. 45-46. Y, en este sentido, cabe indicar la existencia de un sistema de la adopción internacional, que se caracterizaría, entre otras cuestiones, por su autonomía con respecto al régimen de la adopción interna, como se verá *infra*, al tratar el procedimiento de constitución o formalización. Para las distintas definiciones de sistema véase, en particular, N. Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 3ª impresión, Madrid, Debate, 1995.

¹¹ Como se sabe, la entrada en vigor de la LAI (Ley 54/2007) supuso la derogación del contenido anterior del citado art. 9.5º Cc, que quedó redactado del siguiente modo: “la adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de adopción internacional” (Disp. final primera). Para un completo análisis del régimen de la adopción internacional anterior a la entrada en vigor de la LAI, que incluye la referencia al Proyecto de ley vid., entre otras aportaciones, G. Esteban de la Rosa (coord.), *Regulación de la adopción internacional*.

que se encuentran los menores cuando se trata de formalizar una adopción internacional en España. De otro lado, es preciso situar especial énfasis en el interés superior del menor y, en particular, en su renovado protagonismo a raíz de las citadas reformas¹².

Por último, no ha de perderse de vista el marco en el que se ubica el citado cambio legislativo (modificación de la LAI), que se caracteriza por una reforma integral del régimen de tutela de la infancia, con la finalidad de adaptarlo –en especial– a los cambios sociales que han tenido lugar en las últimas décadas, como expresan las Exposiciones de Motivos de la citada Ley 26/2015 y de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹³.

II. El interés superior del menor en la adopción internacional

1. El interés del menor como pauta o criterio de procedimiento

La protección de la familia y de los hijos, así como la tutela de la infancia constituyen principios de la política social y económica (art. 39 CE)¹⁴. Son también compromisos asumidos por el Estado español a través de la firma de instrumentos internacionales que reconocen los derechos de la infancia y, en particular, el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, de 20 de noviembre de

Nuevos problemas, nuevas soluciones, Aranzadi, Pamplona, 2007

¹² En particular, ha de citarse el nuevo art. 2 LOPJM, tras su reforma por la Ley 8/2015 *supra* citada. En todo caso, el citado interés es un factor de renovación del sistema de DIPr. Vid. A. Borrás Rodríguez, “El interés del menor como factor de unificación y progreso del Derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, p. 47-99.

¹³ BOE 23.7.2015. Debe destacarse, entre estas modificaciones, la incorporación en el ordenamiento español de la figura de la adopción abierta, tras la reforma del Cc operada por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que permite que el adoptado mantenga contacto con la familia de origen, a pesar de la extinción del vínculo de parentesco. En concreto, el art. 178, párrafo 4º señala: “cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos”. Para un análisis de las citadas reformas véase, entre otras aportaciones, G.A. Botana García, “La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad Civil*, septiembre de 2015, nº 9; A. López Azcona, “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la LO 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Bol. Inf. Mº Just.*, enero de 2016, nº 2185, p. 1-89; A. A. Paniza Fullana, “La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 22 de julio”, *Aranzadi civil-mercantil*, 2015, nº 8, vol. 2, pp. 141-152.

¹⁴ Vid. M.I. Álvarez Vélez, *La protección de los derechos del niño...*, *op. cit.*, pp. 135 ss.

1989 (en adelante, CDN)¹⁵. Sin embargo, dicha tutela puede tener lugar con arreglo a una amplia gama de opciones, que consisten en la formalización de la medida de protección que corresponda al interés superior del menor. El citado interés es, sin lugar a dudas, un valor del entero sistema de protección y promoción de la infancia, que se recoge, en particular, en el art. 3 del CDN, que señala: “una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Si bien se indica –con frecuencia– que se trata de un concepto jurídico indeterminado (término abierto o impreciso), no puede compartirse este tratamiento en el momento actual, en especial, tras la reforma de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁶.

Como es sabido, una de las principales novedades ha consistido en la incorporación de una noción del interés superior del menor precisa y, en concreto, la recogida en la Observación General nº 14 (2013), del Comité de los Derechos del niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3.1º del CDN)¹⁷. En ella, el citado Comité subraya que el supremo interés del niño abarca tres dimensiones, al poder ser invocado directamente ante los tribunales (derecho sustantivo), constituir un criterio para la interpretación (principio) así como una norma de procedimiento.

Interesa de forma específica esta última, que expresa la necesidad de que las decisiones judiciales o administrativas que se adopten sobre los menores de edad

¹⁵ BOE 31.12.1990. Para la diferencia entre principios y valores *vid.*, en particular, M. Reale, *Teoría tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, trad. A. Mateos, Tecnos, Madrid, 1997. De otro lado, la consideración del interés del niño como valor y no sólo como principio (jurídico) parte de una concepción determinada de la función del Derecho desde el punto de vista del método. Dicho método no sólo comprende una perspectiva normativa o positivista y otra realista, sino también axiológica, que reclama del jurista una función crítica del Derecho positivo vigente a través de los valores compartidos por la comunidad internacional y, en concreto, para la plena efectividad de los derechos humanos que los expresan, en particular, en el ámbito de la infancia. *Vid.*, M. Gascón Abellán, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, M. Carbonell / P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 38-40.

¹⁶ BOE 23.7.2015. El interés del menor es, más bien, una pauta o idea directiva, que ha de presidir la labor de creación e interpretación de las normas y que legitima la intervención pública para la protección de la infancia (*Eingriffslegitimation*). *Vid.* M. Coester, *Das Kindeswohl als Rechtsbegriff*, Metzner, Frankfurt am Main, 1983, p. 135 ss.

¹⁷ En concreto, el actual art. 2 LOPJM señala en su ap. 5º que “toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías de proceso y, en particular”: a) los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente; b) la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos (...); c) la participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor (...); d) la adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros y las garantías procesales respetadas; y e) la existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada (...).

sean resultado de procedimientos o expedientes en los que se hayan respetado determinadas garantías (entre ellas, que el menor haya sido oído) y contengan en la motivación qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones¹⁸.

Así, el citado interés del menor, en su dimensión de pauta o criterio de procedimiento, puede permitir a la autoridad judicial española constituir una adopción en la que exista un elemento extranjero tras considerar todas las circunstancias que concurren en el caso y, en particular, que las personas que “se ofrecen a adoptar” reúnen las exigencias que establece la normativa (en particular, de cada Comunidad Autónoma) relativa a su idoneidad¹⁹.

Y ello, a pesar de que, en principio, la medida de protección extranjera no presente similitud con la adopción, tal y como está regulada en el ordenamiento español en la actualidad (plena) o, incluso, cuando el ordenamiento correspondiente a la nacionalidad del menor no contemple la medida de la adopción plena o la prohíba de forma expresa. En tal caso, la autoridad judicial deberá motivar su decisión, explicando las razones por las que constituye la adopción internacional a favor de la persona o pareja que se ha ofrecido (como se verá *infra*).

Cabe recordar, por último, que la idoneidad es uno de los requisitos que presenta mayor relevancia en el procedimiento de adopción, que se establece también, por este mismo motivo, para la adopción internacional (art. 10 LAI)²⁰. En principio, dicha declaración de idoneidad es previa a la propuesta previa que ha de realizar la Entidad pública (art. 176 Cc), salvo que no sea necesaria, en los supuestos que recoge el art. 176.2º Cc, modificado por la Ley 25/2016. Por tanto, en tales casos, la idoneidad será valorada por la autoridad judicial. Ahora bien,

¹⁸ Vid. Observación General nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, 1º del Convenio de los Derechos del Niño de 1989), p. 4.

¹⁹ Cabe observar un cambio de paradigma realizado por el legislador español en relación con la adopción. Frente a la idea de solicitud (por las personas interesadas), se emplea la noción de ofrecimiento. Este cambio puede apreciarse, entre otras disposiciones, en el apartado 2º del art. 2 de la LAI, tras su reforma por la Ley 25/2016. Señala: “la finalidad de esta ley es proteger los derechos de los menores que van a ser adoptados, considerando también los de las personas que se ofrecen para la adopción y demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional”.

²⁰ Esta exigencia se estableció en el ordenamiento español por vez primera por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor (BOE 17.1.1996), tanto para la adopción interna (art. 176 Cc) como internacional (art. 25). Ahora bien, ante la falta de una definición de esta exigencia, la Ley 26/2016 ha reformado el art. 176 Cc para establecer su contenido, indicando que “se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad paternal, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”. Destaca la doctrina que se trata de un requisito para garantizar el interés superior del menor [vid. R. Espinosa Calabuig, “El certificado de idoneidad de los adoptantes” en, G. Esteban de la Rosa (coord.), *La adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 205].

este procedimiento difiere del que se sigue para constituir una adopción internacional, conforme a la actual LAI (como se verá *infra*).

2. Interés del menor y transformación en adopción

Junto a la dimensión anterior, como señala el Comité de los derechos del niño, el interés superior del menor es también un criterio que permite la interpretación del ordenamiento y, en este sentido, ha de afirmarse que el citado interés constituye un principio (jurídico) que cumple las funciones que tradicionalmente se ha considerado que desempeñan: informadora, interpretativa e integradora²¹. Conforme a la segunda, el interés del menor conduce a que la autoridad judicial haya de tomarlo en cuenta en todo caso en su labor de aplicación de la normativa y, en concreto, de la actual LAI, en especial, cuando no resulta claro el sentido de la norma²².

Conforme a dicha función “interpretadora”, cabe dar a la norma el sentido más conforme a los citados principios y, en concreto, al interés superior del menor. Por tanto, el principio del interés del menor permite realizar una interpretación del art. 19.4º Cc, que excluya de la prohibición los supuestos de transformación. O, dicho de otro modo, el citado principio obliga a restringir el ámbito aparentemente general de la norma²³. Y ello, porque la transformación parte de la toma en consideración de una relación de protección previa constituida en el extranjero (conforme al art. 34 LAI, reformado por la Ley 25/2016).

De este modo, el art. 19.4º LAI sólo se referiría a la constitución de la adopción, como indica su tenor literal, sin incluir los casos de “transformación” siempre que el citado principio aconseje formalizar la adopción del menor en España, a pesar de que no lo permita –en principio– su ley nacional o no esté prevista, si –de este modo– se permite la integración familiar del menor.

De otro lado, la transformación también permite que pueda tener lugar la plena integración del menor en la familia adoptiva cuando la ley conforme a la cual se ha constituido la adopción simple no prevea la conversión (art. 22 LAI)²⁴. La doctrina ha planteado una pluralidad de soluciones para que tenga lugar la

²¹ Vid. M. Beladiez Rojo, *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1994.

²² Como se ha señalado, los principios jurídicos con prescripciones interpretativas y no meros criterios de interpretación. Ello significa que el operador jurídico debe elegir, entre todos los sentidos posibles, el que sea más acorde con los principios generales del Derecho. Vid. M. Beladiez Rojo, *Los principios jurídicos...*, op. cit., p. 110.

²³ *Ibid.*, p. 115.

²⁴ Puede citarse, como ejemplo, el caso de Guatemala, en donde, como es sabido, no existe la adopción plena.

conversión en tal caso, que, al final, consisten en la aplicación (a la adopción) de la ley española, que es, precisamente, en lo que consiste la transformación²⁵.

La existencia de dicha vía (transformación) es coherente con el actual sistema de la adopción internacional presidido por el criterio del interés superior del menor, en la medida en que, no sólo se parte de la previa homologación de las relaciones de protección constituidas en el extranjero, sino que permite en mayor medida la realización del citado interés, si éste aconseja la formalización de una adopción internacional para la plena integración familiar del menor. Se concreta de este modo el criterio del supremo interés del menor en el ámbito de la adopción (en particular, internacional), concibiéndola como medida para la integración familiar (véase *infra*)²⁶.

III. Reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero y conversión

1. Antecedentes

Los antecedentes de la conversión se sitúan en el derogado art. 9.5º Cc y, en concreto, en su apartado 4º, incorporado tras la reforma del CC operada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre²⁷. Su inciso segundo preveía que podían prestarse “los consentimientos exigidos por tal ley –ley del adoptando– ante una autoridad del país ante el que se inició la constitución de la adopción o, posteriormente, ante cualquier autoridad competente” (española)²⁸.

Como es sabido, la jurisprudencia (en particular, de la DGRN) y un sector doctrinal consideraban que el Derecho español no preveía la posibilidad de convertir (de forma automática) en adopción española las medidas de protección extranjeras (en especial, la adopción simple), que no desplegasen los mismos efectos que

²⁵ Para este debate *vid.*, en particular, S. Álvarez González: “La ley de adopción internacional...”, *loc. cit.*, p. 46-47; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La ley 54/2007...*, *op. cit.*, pp. 153 y 303-304.

²⁶ Y ello con independencia de la relación que pueda mantener el menor con la familia de origen (como sucede con la denominada adopción abierta, prevista por el legislador español), con la finalidad de realizar el derecho del menor a tener contacto con las personas que favorezcan su bienestar y desarrollo, entendido en sentido amplio.

²⁷ BOE 17.11.1987.

²⁸ Ahora bien, la referencia a la ley del adoptando es obra de una modificación posterior, operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que sustituyó la palabra “adoptante” por “adoptando” en la primera frase. El citado ap. 4º del art. 9.5º Cc fue redactado nuevamente por la LOPJM. Su tenor quedó de la siguiente forma: “en la adopción constituida por la competente autoridad extranjera, la Ley del adoptando regirá en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios. Los consentimientos exigidos por tal Ley podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente. En su caso, para la adopción de un español será necesario el consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España” (disp. final segunda).

aquella, sino que, en tales casos era necesario transformar la institución extranjera²⁹. Por tanto, no había posibilidad de completar la medida de protección, sino que era preciso cambiar sus efectos³⁰. Sin embargo, dicha conversión estaba prevista en el art. 9.5.4º Cc, quizás de una forma un tanto ambigua³¹. El Proyecto de Ley de Reforma del Código civil en materia de adopción remitido por el Consejo de Ministros, el 21 febrero 1986, al Congreso de los Diputados tenía un sentido más claro, al otorgar a la adopción extranjera los efectos previstos en la ley del país de constitución, impidiendo de este modo que la adopción simple (adopción extranjera debilitada) tuviese en España efectos distintos de los previstos por la legislación española³². Para ello, se establecía la posibilidad de completar la citada adopción,

²⁹ La DGRN señala en la Resolución-Circular, de 15 julio 2006, que no existe en el ordenamiento jurídico español un mecanismo legal para la conversión en adopciones plenas de las adopciones simples válidamente constituidas en el extranjero y no convertidas en el país de origen (BOE 30.8.2006). Vid. un amplio comentario realizado por S. Álvarez González, “Reconocimiento e inscripción en el Registro civil de las adopciones internacionales”, *REDI*, vol. LVIII, 2006-2, pp. 683-710. Entre las aportaciones doctrinales contrarias también a la existencia de la conversión vid. Mª Ballesteros de los Ríos, “Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera”, *Aranzadi Civil*, 1999-1, p. 1751; M.A. Calzadilla Medina, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 255. Autorizada doctrina consideraba –por el contrario– que se regulaba esta posibilidad en el art. 9.5º Cc. Vid., en particular, C. Esplugues Mota, “El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1997, nº 1, pp. 66 ss.

³⁰ Para ello, la DGRN indica que se requiere “la intervención de la autoridad judicial española competente (...) para que la adopción guatemalteca pueda transformarse en España en adopción plena” (Res. de 7 de diciembre de 2002). Vid. texto de la decisión en RJ 2003/2165. Eran muy numerosas las resoluciones de la DGRN que denegaban la homologación “como adopción” de las adopciones simples extranjeras, porque “la adopción simple –en este caso constituida por una pareja de españoles en Paraguay– no crea vínculos de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante, no quedan extinguidos por aquella los derechos y deberes del parentesco de sangre, con excepción de la patria potestad, y tal adopción puede revocarse por la sola voluntad del adoptado al llegar a la mayoría de edad” (Res. de 1 de septiembre de 1995, RJ 1995/6862). Esta postura del Centro directivo contrastaba con la mantenida en la Res. de 9 febrero 1989 recaída en consulta formulada sobre adopción por españoles en el extranjero. La DGRN ponía de relieve la posibilidad de que los consentimientos a los que hacía referencia el art. 9, 5.4º Cc se expresaran ante una autoridad distinta de la que inició el expediente de adopción, refiriéndose a cualquier autoridad del país extranjero en el que se constituyó o ante cualquier otra competente, entre las que incluía –desde luego– el propio cónsul de España, siempre que el adoptante fuese español y el adoptado estuviese domiciliado en la demarcación consular (*Bol. Inf. Mª Just.*, nº 1523, p. 49 ss).

³¹ En todo caso, sólo cabía completar tales consentimientos cuando la medida de protección extranjera creaba una relación de parentesco (filiación). De otro lado, era preciso que la adopción no estuviese prohibida en el ordenamiento de origen del menor, pues, en otro caso, era preciso transformar en adopción la medida de protección extranjera (vid. *infra*): Esto es, cabía aportar los consentimientos requeridos para que se constituyera la adopción en España si los prestados ante la autoridad extranjera no tenían la finalidad de permitir que el menor se integrase en la familia adoptiva de forma plena, esto es, rompiéndose los lazos (de hecho y jurídicos) con la familia de origen del menor. Como señaló la DGRN, los efectos propios de la adopción española son la plena integración del niño en la familia adoptiva (sin injerencia de la familia de origen, al menos, durante su minoría de edad); y la creación de una relación de filiación idéntica a la que surge cuando se trata de una relación por naturaleza (Res. de 1 junio 1999, RJ 1999/10118).

³² El citado Proyecto de Ley indicaba: “la adopción constituida en el extranjero por autoridad del país de la nacionalidad o de la residencia habitual del adoptando tendrá en España de pleno derecho los efectos

en particular, cuando el adoptando o el adoptante ostentasen la nacionalidad española³³.

La entrada en vigor de la LAI supuso un importante cambio, al indicar el art. 30 el procedimiento y requisitos (garantías) que debe reunir una adopción simple extranjera para convertirse en una adopción plena, tras su reconocimiento en España (art. 31)³⁴. Dicho régimen no ha variado de forma significativa tras la reforma de la LAI operada por la Ley 26/2015 (*vid. infra*)³⁵. Por tanto, no sólo no se impide la homologación de las adopciones simples, sino que su reconocimiento puede ir seguido de la aportación de los consentimientos con los que no se contaba cuando se formalizaron en el extranjero³⁶.

de la ley del país de constitución: si el adoptado fuese español, se requiere que haya sido observada la ley española en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios para la adopción. Cuando los efectos a los que se refiere el párrafo anterior fueren distintos a los previstos para la adopción por la ley española, los adoptantes españoles pueden solicitar del Juez o Cónsul español que los efectos se completen con los de esta ley". Como expuso un representante del Grupo socialista al justificar las modificaciones introducidas en el art. 9.5º Cc "respecto a las adopciones constituidas en el extranjero...se arbitra un sistema para que las adopciones formalizadas ante autoridades extranjeras puedan alcanzar plenitud de efectos en el ordenamiento español" (BOCG, de 10 de marzo de 1986). Cabe recordar que, tras la reforma por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sólo existe una forma de adopción, plena, que despliega los mismos efectos que la filiación por naturaleza. La doctrina señaló que uno de los objetivos del Proyecto de ley fue configurar la adopción como un instrumento de integración familiar (...) de tal forma que el hijo adoptado ostenta de forma definitiva un *status familiae* (*vid. F. Lledó Yagüe, "Comentario al Proyecto de Ley de adopción", Anuario de Derecho Civil, 1986-4, vol. 39, pp. 1195 y 1209*).

³³ *Vid. extensamente, N. Bouza Vidal, "La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1987, nº 6, pp. 897-931*

³⁴ Esta nueva regulación fue bien recibida. *Vid., S. Álvarez González, "La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos", AEDIPr, t. VII, 2007, p. 54; R. Arenas García y C. González Beilfuss, "La Ley 54/2007 de adopción internacional: entre la realidad y el deseo", Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2009, vol. 17, pp. 9 ss, entre otras aportaciones. Para un tratamiento monográfico vid., A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios), Granada, Comares, 2008.*

³⁵ En todo caso, cabe citar el art. 15.3º LAI (reformado por la Ley 26/2015), que ofrece una definición de adopción simple a los efectos de su aplicación. En concreto, precisa que: "a los efectos de lo establecido en esta ley, se entenderá por adopción simple o no plena aquella constituida por autoridad extranjera competente cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española".

³⁶ La homologación de la citada adopción significa que el Estado requerido admite que despliegue los efectos que le son propios en el país de origen. Ahora bien, si no son los previstos en el Derecho español, podrá convertirse en adopción española (teoría de la equiparación de efectos). Esto es, se toma en cuenta la adopción simple como situación jurídica previa existente en el momento en que se solicita su conversión en adopción plena en España. Para ello, no sólo se requiere homologar la decisión extranjera para que despliegue "efecto de tipicidad", sino —más propiamente— efecto constitutivo. *Vid. extensamente, F.F. Garau Sobrino, Los efectos de las resoluciones extranjeras en España, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 50 ss.*

Queda claro que la conversión no consiste en la nueva constitución de una adopción, sino que se parte de la medida extranjera, que no ha sido reconocida en España “como adopción”³⁷. Y, en todo caso, el procedimiento es abreviado, si se compara con el que ha de seguirse para transformar en adopción una medida de protección extranjera (véase *infra*)³⁸.

2. Nuevo régimen

A) El art. 30.4º de la Ley de Adopción internacional

Como se ha señalado *supra*, la reforma de la LAI por la Ley 26/2015, de 28 de julio, no ha variado básicamente el régimen de la conversión de las adopciones simples (extranjeras). Ahora bien, conforme al nuevo art. 30.4º LAI, la conversión se regirá por la ley determinada con arreglo a la ley de su constitución (como también indica el art. 22)³⁹. De otro lado, en todo caso (continúa señalando el art.

³⁷ Si bien la homologación de la adopción simple extranjera constituye una etapa necesaria para que tenga lugar la conversión, estas situaciones plantean –más bien– la aplicación de la ley del foro, como se verá a continuación. Puede citarse también en este sentido a propósito de la Ley italiana de Derecho Internacional privado y, en concreto, de los arts. 32 y 33 de la Ley de 1983, P. Picone, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit international privé (Cours général de droit international privé)”, *Recueil des Cours*, t. 276, 1999, p. 179; R. Davì, “Problemi di diritto internazionale privato relativi all'applicazione della nuova legge italiana sull'adozione”, *Dir. fam.*, 1988, pp. 481 ss, esp. p. 489.

³⁸ Por tanto, la conversión y la transformación en adopción se sitúan “a caballo” entre el sector de la competencia internacional y el ámbito del reconocimiento, al requerir la intervención de una autoridad española para constituir la adopción, pero parten de la homologación de la relación constituida en el extranjero, que no tiene la consideración de adopción en el ordenamiento español (conforme a la teoría de la equiparación de efectos”). *Vid.*, C. Esplugues Mota, “Sobre la adopción internacional”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 23, marzo de 1998, p. 281 ss.

³⁹ Señala que: “la ley aplicable a la conversión de la adopción no plena en plena y a la nulidad de la adopción será la aplicada para su constitución”. Ha tenido lugar un cambio que puede ser considerado relevante con respecto a la redacción anterior que indicaba que: “los criterios anteriores sobre determinación de la ley aplicable a la constitución de la adopción serán aplicables también para precisar la ley aplicable a la conversión, nulidad y revisión de la adopción”. La nueva redacción incide en el hecho de que la conversión se rige por la misma ley que se aplicó a la formalización o constitución de la adopción simple. Y, por ello, supeditaría la posibilidad de conversión a que estuviera prevista la adopción plena en dicho ordenamiento. En este sentido, A. Durán Ayago explica la aplicación a la conversión de la ley de la constitución de la adopción simple en el hecho de que resulta lógico que se obtengan los consentimientos que esta ley exige para formalizar una adopción plena (*vid.* “Aspectos internacionales...”, *loc. cit.*, p. 452). Sin embargo, esta interpretación supondría un importante cambio con respecto al régimen anterior (antiguo art. 22 en relación con el antiguo art. 30, 4º LAI). Cabe recordar las críticas que se vertían a la regulación de la conversión por el art. 22 LAI en su redacción inicial, al prever la posibilidad de que sea regulada la conversión por una pluralidad de ordenamientos, lo que no parecía compatible con la clara opción favorable a la conversión que había expresado el legislador español en el art. 30.4º. Se indicó, en concreto, que carecía de sentido determinar la posibilidad de conversión conforme a lo que indique un ordenamiento extranjero. Si es ésta una opción de política jurídica admitida por el legislador español, no puede supeditarse a exigencias adicionales. *Vid.* S. Álvarez González, S., “Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional”, *La Ley*, de 25 de marzo de 2008, nº 6910, pp. 1-19.; *id.* “La Ley de adopción...”, *loc.*

30.4º LAI), para la conversión de una adopción simple o no plena en una adopción plena, el juez competente deberá examinar la concurrencia de los siguientes extremos:

a) adecuado asesoramiento sobre la extinción de los vínculos entre el menor y su familia de origen; b) consentimiento libre, prestado por escrito; c) que no se haya prestado mediante pago y no haya sido revocado; d) que el consentimiento de la madre se haya prestado tras el nacimiento del menor; e) que el menor, con suficiente juicio, haya sido asesorado e informado sobre los efectos de la adopción y preste su consentimiento, si cuando se exija; f) que el menor haya sido oído, teniendo en cuenta su grado de madurez y juicio; y g) que dicho consentimiento haya sido prestado de forma libre, siguiendo las formalidades legales y sin que haya mediado precio o compensación.

Tales condiciones ponen de relieve que la conversión de la adopción no tendrá lugar si no se cumplen tales exigencias (previstas por la ley española). Y ello, con independencia de lo que indique una ley extranjera aplicada para constituir la adopción simple⁴⁰. Esta afirmación hace más compatible el sentido del nuevo art. 22 (y también 30, 4º) de la LAI con el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (en adelante, CLH de 1993)⁴¹. Su art. 27 dispone que la conversión tendrá lugar cuando: a) la ley del Estado de recepción lo permita; y b) los consentimientos exigidos en el art. 4, apartados c) y d) han sido o son otorgados para la adopción.

Por tanto, dicha conversión procede siempre que se haya previsto por la ley del país de recepción del menor (el foro) y se reúnan los consentimientos, entendidos éstos en sentido material (esto es, que consten dichos consentimientos), sin que —para ello— sea necesario referirse a lo indicado por la ley del Estado de origen del menor o, en su caso, del lugar en el que se haya celebrado o constituido la adopción⁴².

cit., pp. 54-58. Para este debate *vid.* extensamente, A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Críticas y contra-críticas en torno a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, vol. 2, nº 1, pp. 35 ss.

⁴⁰ En todo caso, la remisión que realiza el art. 22 LAI a la ley aplicada a la constitución de la adopción simple ha de ser entendida en el sentido de que es preciso que dicho ordenamiento no prohíba la adopción (plena). Se logra —de este modo— una interpretación compatible con el sentido del art. 27 del CLH de 1993 y, por ello, coherente en el contexto del “sistema de la adopción internacional”. Como se verá *infra*, este sistema permite la transformación en adopción de una medida de protección extranjera, siempre que se reúnan un conjunto de requisitos.

⁴¹ BOE 1.8.1995.

⁴² En todo caso, el CLH de 1993 sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación (art. 2.2º). Y, por ello, no se aplica para establecer la cooperación entre las autoridades de los Estados parte en otro caso. Por este motivo, la conversión tiene lugar siempre que la adopción no esté prohibida en el ordenamiento de origen del menor (correspondiente a su nacionalidad). *Vid. infra*.

B) Requisitos generales para la conversión en adopción

No cabe convertir en adopción cualquier medida de protección constituida en el extranjero, sino que han de cumplirse los siguientes requisitos: en primer lugar, es preciso que se haya formalizado en origen una medida de protección que ha creado una relación de parentesco entre la persona o pareja adoptiva y el adoptado (*status filii*) y, en concreto, ha de tratarse de una adopción simple⁴³. Si el país de origen del menor prevé la adopción, pero la medida de protección que se ha constituido tiene una finalidad distinta a la que es propia a aquella (tal y como es entendida en el propio país de origen), no podrá utilizarse el procedimiento abreviado de conversión que regula la actual Ley de la Jurisdicción Voluntaria, 15/2015, de 2 de julio, que determina los supuestos en los que cabe formalizar la conversión ante la autoridad judicial española⁴⁴. En tal caso, será necesario –en su caso– transformar en adopción dicha medida de protección o finalizar en España el expediente de adopción (véase *infra*).

Tampoco tendrá lugar la conversión si no existe la adopción en el país de origen del menor o está prohibida. Como se sabe, tales situaciones se excluyen del CLH de 1993⁴⁵. En la medida en que la conversión en adopción permite completar sus efectos cuando se prevea esta posibilidad en el ordenamiento del país de recepción

⁴³ En relación con los efectos de la adopción simple en España, la LAI indica en el art. 30.1º y 2º (redacción dada por la Ley 25/2016) que se regulan con arreglo al art. 9, 4º del CC. En concreto, señala que el art. 9.4º Cc determinará la existencia, validez y efectos de tales adopciones, así como la atribución de la patria potestad. Sin embargo, en todo caso, el art. 9.4º Cc sólo regulará el contenido y efectos de la filiación (incluida la adoptiva) una vez que se ha homologado la decisión extranjera de adopción en España, esto es, se trate de una adopción española. De lo contrario, se plantearía una tautología, dado que no es posible determinar la ley personal del hijo, si aún no se sabe si la relación de protección constituida en origen crea una relación de filiación equiparable a la que crea o genera la adopción plena española [vid. J. Mª Espinar Vicente, “La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la DGRN)”, *Actualidad Civil*, 1997-3, margs. 757 ss]. De otro lado, siguiendo una estricta calificación *lege fori* (art. 12.1º Cc), habría que considerar que la adopción simple constituida en el extranjero es una medida de protección que no está comprendida en el ámbito del art. 9.4º Cc, porque no conlleva la completa ruptura del menor con respecto a su familia de origen (vid. P. Rodríguez Mateos, “Comentario al art. 9, 5º del Cc”, *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2º, Madrid, Edersa, 1995, pp. 258-259).

⁴⁴ BOE 3.7. 2015. Los aps. 2º, 3º y 4º del art. 42 LJV completan lo dispuesto en la LAI en relación con la sustanciación del expediente de adopción internacional que se sigue ante las autoridades españolas, al indicar, en concreto, que no será necesaria la propuesta previa de la Entidad pública asistencial competente por razón del territorio. También se refiere a los consentimientos y asentimientos que son necesarios en todo caso, debiendo considerarse que se trata de una norma especial para la adopción internacional en relación con lo dispuesto en el Cc (en el ámbito de la adopción interna).

⁴⁵ El art. 2 del convenio prevé su aplicación cuando se trata de adopciones que establecen un “vínculo de filiación”, expresión que delimita su ámbito, al excluir otras formas de protección de menores que no crean una relación de parentesco. Vid. G. Parra Aranguren, “Rapport de la commission spéciale”, *Actes et Documents de la dix-septième session*, 10 au 29 mai 1993, 1994, 1995-2, pp. 176 ss.

del menor, si sólo están comprendidas en el convenio las adopciones que crean un vínculo de filiación, debe entenderse que sólo procede la conversión cuando la relación de protección produce los efectos de la filiación (creación de una relación de parentesco), conforme al art. 27⁴⁶.

En segundo extremo, para que pueda realizarse la conversión no es necesario que la legislación del Estado en el que se ha constituido la adopción simple también prevea la forma plena de adopción, sino que puede tener lugar siempre que esté prevista en el ordenamiento del Estado de acogida del menor (art. 27 CLH de 1993). Ha de tomarse en cuenta que el CLH de 1993 no remite al ordenamiento interno del Estado de acogida del menor, debiendo, por tanto, consultarse su sistema de Derecho Internacional privado (en adelante, DIPr).

En tercer lugar, es preciso completar los consentimientos para que la adopción extranjera despliegue los efectos de la española y, en concreto, la plena integración del menor en la familia adoptiva⁴⁷. Es preciso, que se presten los consentimientos de los padres (no privados de la patria potestad) y, en su defecto, de sus tutores. Este requisito puede ser interpretado en sentido material o conflictual⁴⁸. En cuarto término, que la persona o pareja adoptiva cuente con el certificado de idoneidad. Si bien se trata de un requisito que puede ser subsanado *a posteriori*, se contará con él si se ha seguido el procedimiento que establece el CLH de 1993⁴⁹.

Por último, la conversión tiene lugar a través de un procedimiento simplificado (art. 42 LJV), en el que se aportan los consentimientos de los padres no privados

⁴⁶ Vid. G. Parra Aranguren, "Rapport Explicatif", *Actes et documents de la dix-septième session de La Conférence de La Haye de Droit international privé*, t. II, La Haya, 1994, nota 19, marg. 91 (p. 53). Tal relación sólo tiene lugar cuando se formaliza en el citado país de origen del menor una adopción simple (*ibid.*, nota 19, marg. 94, p.53). Con este mismo sentido, por tanto (y porque el CLH no tiene la finalidad de favorecer la constitución de las adopciones, sino asegurar la protección del menor, en especial, luchando contra el tráfico de niños y las adopciones claudicantes) no permite la conversión en adopción cuando no está permitida por la legislación nacional del menor, a pesar de que resida en un Estado en el que sí se regule la adopción (*vid.*, N. Meyer-Fabre, "La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, p. 280).

⁴⁷ Por tanto, la conversión sólo se refiere a este efecto (posibilidad de completar los consentimientos), no siendo un supuesto de conversión la renuncia a la revocación.

⁴⁸ Ha de tomarse en cuenta el nuevo art. 42 Ley 15/2015 (*vid. infra*).

⁴⁹ Cabe mencionar un caso que se planteó ante la AP de Asturias (sección 7ª), que resolvió a través de Auto nº 152/2001, de 30 de marzo (AC 2001\2236). Se trataba de la constitución de una adopción en España del menor de nacionalidad guatemalteca por un matrimonio de españoles, que lo habían acogido en virtud de adopción simple, única modalidad de adopción existente en dicho país. Guatemala no era en aquel momento Estado parte del CLH de 1993. La pareja no contaba con el previo certificado de idoneidad expedido por el servicio de protección de menores de la CA correspondiente, sino que había sido obtenido en el Estado de origen. Por este motivo, no puede considerarse un supuesto de conversión ni tampoco que el desplazamiento del menor a España se ha realizado en el marco de un proyecto de adopción internacional, sino que la Administración autonómica española deberá verificar nuevamente la citada idoneidad.

de la patria potestad o de los tutores ante la autoridad española⁵⁰. En la medida en que no se trata de constituir *ex novo* la adopción, sino de completar la que ya se inició en el extranjero, dicha autoridad ha de prescindir de todas las fases del procedimiento (propuesta previa, declaración de la idoneidad, etc.), que se han cumplido en el extranjero⁵¹.

La conversión es, por tanto, un procedimiento especial para constituir una adopción ante autoridad española, que requiere la previa homologación de una decisión extranjera. Ahora bien, en la medida en que el reconocimiento pretende principalmente que la adopción extranjera se inscriba en el registro civil (efecto registral o impropio), la única posibilidad para ello es que sea idéntica a la prevista en el Derecho español. No obstante, queda abierta otra vía, que consiste en la posibilidad de transformar en adopción las medidas de protección extranjeras que no presenten similitudes con la adopción española, a través del inicio *ex novo* del procedimiento ante las autoridades españolas, como se verá *infra*.

IV. La transformación en adopción

1. Antecedentes

Como se ha señalado *supra*, la falta de utilización por la DGRN del procedimiento de conversión en adopción hizo que situaciones comprendidas en el art. 9.5.4º, inciso segundo, Cc quedasen fuera y, por tanto, que determinadas relaciones de protección y adoptivas (en particular, las adopciones simples) se reconociesen en nuestro país sólo como relaciones jurídicas previas a la constitución de la adopción, cuyo procedimiento había de iniciarse *ex novo* ante las autoridades españolas⁵². Por tanto, en lugar de completar la medida de protección extranjera a través

⁵⁰ Si bien la obtención de los consentimientos corre por cuenta de los padres adoptivos, puede utilizarse la vía consular, así como la cooperación internacional instaurada entre las Autoridades Centrales (AACC).

⁵¹ Indica dicha posibilidad, de conversión, cuando se dé alguno de los siguientes criterios: a) que el adoptando tenga su residencia habitual en España; b) que el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España; o c) que el adoptante tenga la nacionalidad española o tenga su residencia habitual en España. Debe entenderse que se trata de criterios de competencia internacional (de las autoridades españolas) para llevar a cabo la conversión, que han de ser interpretados a la luz de lo dispuesto por la LAI, como indica el art. 41 LJV. Y, por tanto, esta disposición hay que ponerla en relación con el art. 15.1º LAI.

⁵² La DGRN insistía en la idea de que, en determinadas circunstancias, era necesaria la intervención *ex novo* de la autoridad judicial española, esto es, la transformación de la citada institución en una adopción. En Res. de 7 diciembre 2002, la DGRN considera que es necesaria “la intervención de la autoridad judicial española competente (...) para que la adopción guatemalteca pueda transformarse en España en adopción plena” (RJ 2003/2165). La doctrina destacó la gran discrecionalidad de la que hacían uso las autoridades españolas a la hora de aplicar el art. 9.5.4º Cc para la conversión de la adopción [vid. A. Borrás Rodríguez, “Problemas de Derecho internacional privado suscitados por la nueva Ley del Menor”, *Problemas actuales de aplicación del Derecho por los jueces españoles*, Cuadernos de Derecho judicial,

de la aportación de los consentimientos, se procedía a formalizar la adopción *ex novo*.

En todo caso, a juicio de la DGRN, la transformación suponía cambiar la finalidad de la medida de protección extranjera, al no ser posible completar sus efectos (consentimientos), en un momento en el que aún no había entrado en vigor la LAI y, por tanto, no existía una vía específica para que tuviese lugar la conversión de las adopciones simples (según el criterio de la citada Dirección General). Ahora bien, con independencia de la bondad de esta afirmación (errónea o incorrecta por las razones indicadas *supra*), presenta interés prestar atención al (derogado) art. 9.5.5º Cc con el objetivo de analizar la regulación actual⁵³.

En concreto, señalaba que: “no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española (...)” (redacción dada por la Disp. final segunda de la LOPJM).

A nuestro juicio, no preveía una condición adicional (de sobra conocida), que tuviesen que reunir las decisiones extranjeras de adopción, sino que —más bien— desempeñaba una función como norma de apertura y cierre del nuevo “sistema de la adopción internacional” en un contexto de reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección de menores, entre las que se incluye la adopción y, en particular, la adopción internacional (EM de la LOPJM)⁵⁴.

En concreto, la LOPJM abunda en la finalidad perseguida por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de adopción⁵⁵, relativa a la configuración de la adopción como medida para la plena integración familiar, de un lado; y, de otro, regula aspectos específicos del procedimiento de adopción internacional, dado el progresivo incremento que experimenta esta medida de protección (en particular, la adopción de niños extranjeros por adoptantes españoles) (EM)⁵⁶.

CGPJ, Madrid, 1997, p. 190-191].

⁵³ Para un tratamiento monográfico del régimen de la adopción internacional (con referencia a la regulación sustantiva española) anterior a la entrada en vigor de la LAI *vid.*, entre otras aportaciones, MA. Calzadilla Medina, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 2004.

⁵⁴ La identificación de un sistema jurídico específico puede tener lugar como consecuencia de la progresiva especialización del ordenamiento. Como señala la doctrina, la especificación (diferenciación) es característica de la emergencia de los sistemas jurídicos. *Vid.* M. Van de Kerchove y F. Ost, *El sistema jurídico...*, *op. cit.*, p. 180.

⁵⁵ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción (BOE 17.11.1987).

⁵⁶ Para los aspectos de DIPr *vid.* A. Borrás Rodríguez, “Problemas de Derecho internacional privado suscitados por la nueva Ley del Menor” en, AAVV, *Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, pp. 161-229.

En este contexto, el citado art. 9.5.5º Cc permitía homologar las medidas de protección extranjeras en atención a su similitud con la adopción española y, por ello, comprendía todas las situaciones que se planteaban a las autoridades españolas, incluso cuando la forma de protección bajo cuya cobertura había sido colocado el menor no desplegar los mismos efectos que la adopción española⁵⁷. En tal caso, no sería reconocida “*como adopción*”, sin perjuicio de poder articular la posibilidad de conversión/transformación (vid. *supra*).

La modificación del art. 9.5º Cc tras la entrada en vigor de la LAI ha supuesto reafirmar la existencia del citado “sistema de la adopción internacional”, conformado no sólo por la citada Ley sino también por los convenios sobre adopción internacional de los que forma parte España. En concreto, la LAI no excluye las medidas de protección de la infancia (en sentido genérico), sino que, por el contrario, “regula el régimen jurídico–privado de los casos internacionales de acogimiento familiar y otras medidas de protección de menores” (EM) y ello, con el objetivo –declarado por el legislador– de contar con una regulación sistemática, coherente y actualizada que permita dar respuesta al fenómeno de la adopción en España (EM).

Y, para ello, recoge un régimen específico para convertir en adopciones plenas las adopciones simples extranjeras (art. 30), de un lado y, de otro, comprende también el de otras medidas de protección en el Título III y, en particular, prevé el reconocimiento de efectos legales en España de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras (art. 34)⁵⁸. Si bien la doctrina considera que la inclusión del citado Título III es criticable, refuerza la interpretación de que la LAI permite (facilita) la constitución de adopciones (españolas) a partir de las medidas de protección extranjeras que hayan sido reconocidas en España como acogimientos o tutelas (art. 34)⁵⁹.

⁵⁷ Vid extensamente, G. Esteban de la Rosa, “Conversión en España de las adopciones constituidas en América Latina (función del art. 9, 5, 4º del Código civil en el nuevo sistema de la adopción internacional)” en, F. Aldecoa Luzárraga y J.M. Sobrino Heredia (coords.), *Migraciones y desarrollo. II Jornadas Iberoamericanas de Estudios internacionales*, Montevideo, 25-27 octubre 2006, Madrid, Marcial Pons, pp. 485-512.

⁵⁸ Nuevamente la LAI explicita en el art. 34 la voluntad del legislador de recoger en su ámbito todas las medidas de protección, con independencia de su mayor o menor similitud con la adopción. En concreto, el Título III se denomina: “*Otras medidas de protección de menores*” (arts. 32-34).

⁵⁹ La doctrina considera que carece de sentido que la LAI haya incluido el citado Título III, al existir ya otros instrumentos en el ámbito de la tutela de la infancia. De otro lado, la inclusión de tales medidas tan sólo genera confusión en orden a la aplicación de la LAI. Vid. S. Álvarez González, “La Ley de adopción internacional...”, *loc. cit.*, p. 43. No se hace referencia en esta sede a tales instrumentos internacionales por razones de espacio y por centrarse esta reflexión sobre las novedades de la reciente reforma de la LAI.

En tal caso, se está en presencia de la transformación en adopción (española) de las citadas medidas, que no presentan similitud (equivalencia) con aquélla. Y, en este sentido, si bien la LAI constituye una modificación de amplio alcance con respecto a la regulación anterior, no ha variado el citado sistema de la adopción internacional ya existente (art. 9.5º Cc). Y, de este mismo modo cabe interpretar la reforma de la LAI operada por la Ley 25/2016, como se verá *infra*⁶⁰.

2. Régimen actual

La reforma de la LAI por la Ley 26/2015 no ha alterado el sistema existente sino sólo depurado o precisado algunos extremos, en orden a dotar de mayor claridad al texto y, por ende, a la finalidad de la ley. Así ha de ser entendida la supresión de la referencia a la transformación del art. 30.4º LAI, que hay que poner en relación (y, por ello, concuerda) con la previsión de un procedimiento simplificado a través del cual tiene lugar la conversión (art. 42 LJV).

En este sentido, el legislador deja clara la existencia de un procedimiento específico para completar la adopción simple, a través de la aportación de los consentimientos. Y, por tanto, *a sensu contrario*, no cabe la conversión en adopción española de una medida de protección extranjera que no crea una relación de parentesco (filiación) entre la persona o pareja adoptante. Desde esta lógica resulta quizás más clara la posibilidad de transformación. Esto es, el legislador ha establecido un régimen específico para la conversión, diferenciándola –por completo– de otro, que consiste en su constitución *ex novo*, en particular, cuando exista previamente una medida de protección extranjera, que no presenta similitud con la adopción, al no crear una relación de parentesco entre el menor y la familia que lo acoge.

Y, por ello, dicha supresión no elimina la posibilidad de que puedan llegar a ser adopciones las medidas de protección extranjeras que no presentan similitud con la adopción española. Por el contrario, la reforma de la LAI operada por la Ley 26/2015 permite una interpretación del sistema de la adopción internacional, con arreglo al principio del interés superior del niño, en el que la transformación está prevista para todos aquellos casos en los que no se ha constituido en el extranjero

⁶⁰ Como señala la doctrina, los sistemas jurídicos (al igual que los sociales) evolucionan y se transforman, en particular, para dar respuesta a las demandas sociales y necesidades de los particulares, pero lo hacen de forma controlada, esto es, manteniendo su equilibrio y existencia (*vid.* J. Wroblewski, “Change of law and social change”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1983, LX, nº 2, p. 30). Tienden también a reforzar sus condiciones de equilibrio, contribuyendo a garantizar la homeostasis social. Se trate de las relaciones que las sociedades mantienen con su entorno ecológico, de las relaciones de coexistencia entre los pueblos e, incluso, de las relaciones sociopolíticas que se imponen al nivel de formación social (*vid.*, M. Van de Kerchove y F. Ost, *El sistema jurídico...*, *op. cit.*, p. 159).

una medida de protección que cree una relación de parentesco entre el menor y la persona o familia adoptante⁶¹.

Por tanto, la transformación consiste –en todo caso– en variar sustancialmente los efectos de la medida de protección extranjera (al no coincidir con la adopción española), pero siempre que lo aconseje el interés del menor, *leitmotiv* sobre el que se asienta el entero edificio de la tutela de la infancia, que, además, se ha concretado en las recientes reformas.

Inicialmente, son supuestos de transformación todos aquellos en los que no es posible la conversión, siendo necesaria la intervención de la autoridad judicial *ex novo*. Y, para ello, ha de tomarse en cuenta la medida de protección, que ha podido tener acceso al Registro civil (ha sido reconocida) como situación de hecho y jurídica de acogimiento o tutela (conforme al actual art. 34 LAI), como ha puesto de relieve la jurisprudencia⁶².

Por tanto, la transformación es una vía que se abre en el actual sistema de la adopción internacional de origen autónomo (inexistente en el régimen convencional) interpretado conforme al interés superior del menor, que permite cambiar los efectos de una medida de protección extranjera para que pueda inscribirse como adopción en España. Se trata de una vía complementaria a la conversión (única prevista por el régimen convencional), que permite la más plena realización del interés del menor, en la medida en que la constitución de la adopción permite su integración en el medio familiar en el que ya se encuentra previamente.

Estas situaciones se plantean con respecto a menores procedentes principalmente de Marruecos o de la India, que han sido previamente tutelados en sus países de origen, habiendo obtenido en tales casos el certificado de idoneidad para la tutela. Tal medida de protección no es equiparable, claramente, a la adopción española y, por tanto, no puede reconocerse como adopción ni puede convertirse en adopción, sino que sólo cabe su transformación⁶³. También son claros supuestos

⁶¹ Como es sabido, la DGRN ha hecho referencia en innumerables ocasiones a la idea de la “transformación” cuando se trata de cambiar los efectos de la medida de protección extranjera, requiriéndose para ello la intervención *ex novo* de las autoridades españolas.

⁶² *Vid.* Res. DGRN nº 4/2004, de 23 de enero. Se trata de un supuesto de transformación en adopción, en el que se toma en cuenta el tiempo de convivencia del menor con la persona o familia que lo ha adoptado en origen con la finalidad de evitar tener que comenzar el procedimiento de adopción en España desde su inicio. Hay realmente un reconocimiento, pero no de la adopción, sino de la relación de protección extranjera, que se considera un acogimiento u otra medida de protección previa a la constitución de la adopción (JUR 2004\138592).

⁶³ Un claro caso de transformación, anterior a la reforma de la LAI por la Ley 26/2015, es el que resolvió la AP de Santander, en sentencia de 30 de abril de 2015, sección 2ª (Cendoj. Roj: AAP S 462/2015 - ECLI:ES:APS:2015:462A). La autoridad judicial española constituye en España la adopción de un menor de edad, que había sido acogido previamente en Marruecos, mediante la medida de la *kafala*, al considerar que el menor se encontraba en situación de desamparo, declarado por la autori-

de transformación los que tienen lugar cuando los menores son desplazados a España bajo la cobertura de una medida de protección, sin que exista un proyecto de adopción internacional. En tal caso, si bien no será necesaria la propuesta previa (si se ha dado el período de convivencia que prevé el art. 176.3º Cc), será preciso valorar la idoneidad de la persona o pareja adoptante.

3. Requisitos

Como se ha indicado *supra*, la supresión de la referencia a la transformación del art. 30.4º LAI permite afirmar la posibilidad de que lleguen a ser adopciones las medidas de protección extranjeras que no presentan similitud (de ningún tipo) con la adopción tal y como se recoge en el ordenamiento español, siempre que ello se justifique con arreglo al interés del menor⁶⁴. Y, en concreto, cuando se hace referencia a la transformación en adopción, se trata —frecuentemente— de los casos de menores que proceden de países en los que no existe la adopción o no está permitida (véase *infra*).

En todo caso, sólo cabe transformar en adopción las medidas de protección extranjeras que no crean una relación de parentesco (o filiación) entre la persona o pareja adoptiva y el menor y, por tanto, no pueden completarse sus efectos (a través de la aportación de los consentimientos con los que no se contaba al formalizar la adopción)⁶⁵. Por ello, en principio, dicha transformación supone la existencia (y reconocimiento previo) de una medida de protección extranjera, que no presenta similitud de ningún tipo con la adopción española, conforme al art. 34 LAI⁶⁶.

Por tanto, la transformación consiste en iniciar *ex novo* el procedimiento judicial de adopción en España, al no haberse reconocido como adopción la medida

dad marroquí. Además, la madre había renunciado a la patria potestad. Para ello, considera de aplicación la LAI y, en concreto, menciona su art. 30 sobre la conversión/transformación en adopción, que no es de aplicación en este caso. Por último, aplica el art. 18 LAI para la constitución de la adopción con arreglo a la ley española.

⁶⁴ La modificación del art. 30.4º LAI elimina la confusión entre conversión y transformación, que existía con anterioridad, como también recoge —de igual forma— la EM de la Ley 54/2207. En concreto, señala que: “la Ley incorpora igualmente, una regulación, hasta ahora inexistente en nuestro Derecho positivo, relativa a los efectos en España de la adopción simple o menos plena legalmente constituida por autoridad extranjera, así como la posibilidad de conversión en una adopción con plenitud de efectos, estableciendo los factores que deben concurrir en cada caso para que la autoridad española competente acuerde la transformación”.

⁶⁵ Si se trata de este tipo de medidas —insisto— basta para que la constitución de la adopción tenga lugar con aportar los consentimientos necesarios, interpretando este requisito en sentido material (conversión).

⁶⁶ Y, por ello, se diferencia de la constitución entendida en sentido estricto, que consiste en la intervención de la autoridad judicial española para formalizar la adopción sin que haya tenido lugar el previo reconocimiento de una relación de protección constituida en el extranjero.

de protección extranjera, ni ser posible su conversión⁶⁷. Así, la autoridad española ante la que se solicite el reconocimiento de una medida de protección extranjera tendrá que verificar, en primer lugar, si puede homologarse en España como adopción. En caso contrario, podrá reconocer la citada medida de protección, para permitir que despliegue en España los efectos que le sean propios de conformidad con el ordenamiento de origen y, en su caso, completarlos (conversión).

Por tanto, tras la reforma de la LAI, operada por la Ley 26/2015, existe, quizás, de forma aún más clara, la posibilidad (ampliamente utilizada por la DGRN) de transformar una medida de protección extranjera en adopción, a través de la intervención *ex novo* de las autoridades judiciales españolas para ello. Por el contrario, no constituyen casos de transformación aquéllos en los que se trata de completar el procedimiento de formalización de la adopción en el marco de un “proyecto de adopción internacional”, esto es, cuando el desplazamiento del menor a España tiene lugar para dicho fin⁶⁸.

Por ello, este procedimiento trata de cambiar los efectos de la medida de protección extranjera (para que lleguen a ser los de la adopción española), a través de la intervención de la autoridad judicial *ex novo*. Si bien puede parecer que se tratará de un número limitado de supuestos, cabe subrayar que también puede ser empleada la vía de la transformación cuando es conocida la adopción, pero no se ha constituido en origen, sino otra medida de protección distinta (siempre que no se trate de un “proyecto de adopción internacional”). Ahora bien, también se precisa dicha intervención *ex novo* en otro tipo de situaciones que, no por ello, constituyen casos de transformación⁶⁹.

Por tanto, para que se trate de un supuesto de transformación han de darse los siguientes requisitos: en primer lugar, que la legislación de origen del menor no permita la adopción, la prohíba expresamente o, aún existiendo esta institución, la

⁶⁷ Es interesante la posición de la DGRN sobre este particular y, en concreto, cabe citar de forma específica por su claridad la Res. DGRN 13 octubre 1995, que considera que no puede convertirse en adopción un acogimiento constituido en Marruecos. El citado Centro directivo entiende que el Registro consular es incompetente para practicar la citada inscripción (art. 68.2º RRC) y que, para que tal adopción sea inscribible, no ha de bastar con que se presten los consentimientos exigidos posteriormente ante autoridad española, sino que la adopción ha de constituirse *ex novo* por el Juez español competente. Por tanto, ha de intervenir *ex novo* la autoridad española. RJ 1995/9985.

⁶⁸ Se trata de la constitución *ex novo* de la adopción por la autoridad judicial española, habiéndose completado la fase administrativa a través del intercambio de los informes entre las autoridades de los dos Estados que participan en la adopción, en especial, de sus Autoridades Centrales (en adelante, AACC), si se trata de países parte del Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, como se verá *infra*.

⁶⁹ Puede tratarse de adopciones extranjeras que carecen de algún requisito, al faltar el certificado de idoneidad o al haber concurrido algún vicio en el procedimiento de constitución en origen o por cualquier otra circunstancia. En tal caso, la única posibilidad que queda abierta es la constitución de una nueva adopción. Si bien todos ellos tienen en común que se suscitan ante los Encargados del Registro civil (en adelante, RC), envuelven situaciones muy distintas y, por tal motivo, no se tratan en esta sede.

protección del citado menor no se enmarque en un “proyecto de adopción internacional”. En segundo extremo, ha de haberse constituido en el extranjero una medida que no cree una relación de parentesco entre el menor y la persona bajo cuya protección se encuentra (*status filii*). En tercer lugar, ha de justificarse la constitución de la adopción en interés del menor.

Y, por último, la persona o pareja que solicita la transformación ha de contar con el certificado de idoneidad, aunque no sea para la adopción. Ahora bien, si no se cuenta con el citado certificado, la autoridad judicial española puede valorar también este requisito en el propio procedimiento de jurisdicción voluntaria de constitución de la adopción (plena), como indica con claridad la jurisprudencia⁷⁰.

Por tanto, se trata de una vía de cierre del sistema de la adopción internacional, que permite variar los efectos de la medida de protección extranjera, a través de la aplicación de la ley española para la formalización de la adopción, siempre que lo aconseje el interés del menor, debiendo la autoridad judicial motivar su decisión valorando todas las circunstancias en las que se encuentra el menor y la idoneidad de la persona o pareja que se ofrece para la adopción.

De otra parte, la transformación permite, a su vez, resolver los casos que pueden presentarse en los que la concreta medida de protección que se ha formalizado en el extranjero no pueda ser convertida en una adopción en España, si –como indica el art. 22 LAI– es preciso aplicar a la conversión la misma ley que determinó su constitución. De ahí que también pueda entenderse que constituye una vía de apertura, al no excluir ningún caso, facilitándose de este modo que puedan llegar a ser adopciones españolas, las medidas extranjeras, siempre que lo aconseje el interés del menor. Por último, dicha transformación no está comprendida en la prohibición que recoge el art. 19.4º LAI.

4. Constitución de la adopción tras la previa protección del menor en el extranjero, en especial cuando se prohíbe en la legislación de origen: el art. 19, 4º de la Ley de Adopción internacional

El legislador español ha querido limitar la posibilidad de que se constituya en España la adopción de menores cuyas leyes personales la prohíban, con la finalidad de “evitar la constitución de adopciones claudicantes que atengan gravemente a la seguridad jurídica del menor” (EM). Para ello, el nuevo art. 19.4º LAI establece una excepción a lo previsto con carácter general en relación con el Derecho que se aplica a la adopción, que es, en principio, la ley sustantiva española (art.

⁷⁰ Como indica la SAP Valladolid 12 abril 2013 (nº de recurso 41/2013), la idoneidad de los adoptantes puede ser evaluada por cualesquiera otros medios admitidos en Derecho (Cendoj: Roj SAP VA 472/2013).

18), salvo en lo que respecta a la capacidad y consentimientos necesarios, que se regularán por la ley nacional del adoptando en determinados casos (art. 19.1º LAI) y siempre que con ello se facilite la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando.

El art. 19.4º LAI deja claro que: “en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad pública”⁷¹. Por tanto, impide que la autoridad judicial española realice la citada ponderación cuando resulte claro que el Estado nacional del menor prohíbe la adopción (tal y como es concebida en el ordenamiento español) o no la contempla (esto es, no existe esta medida de protección), con la finalidad de evitar adopciones claudicantes. Esto es, la aplicación de la citada ley nacional (en principio, extranjera) a la capacidad y consentimientos necesarios para la adopción es facultativa para la autoridad judicial española, que deberá ponderar su conveniencia en atención al posterior reconocimiento de la citada adopción en el país de origen del menor de edad (correspondiente a su Estado nacional). A nuestro juicio, es ésta una de las principales diferencias con respecto a la constitución de la adopción, en la medida en que en este último caso no cabe que tenga lugar conforme indica –de forma literal– el citado art. 19.4º LAI⁷²

Como se ha señalado *supra*, casos de transformación en adopción se presentan –principalmente, aunque no de forma exclusiva– cuando la forma de protección bajo cuya cobertura se encuentra el menor (según su legislación de origen) no crea una relación de parentesco (filiación)⁷³. Así lo ha considerado la jurisprudencia como puede apreciarse en decisiones recientes en las que la autoridad judicial ha constituido la adopción en España de un menor que había sido previamente acogido bajo el régimen de la *kafala* en Marruecos.

Un claro caso de transformación es el que tuvo lugar a través de Auto de la AP de Barcelona de 30 octubre 2008 (nº de recurso 267/2008)⁷⁴ y también por

⁷¹ Esta disposición estaría dando solución a la polémica que se había suscitado en Marruecos a propósito de la adopción de menores de esta nacionalidad que habían sido acogidos bajo el régimen de la *kafala*. Vid. extensamente, P. Diago Diago, “Denegación de constitución de *kafala* por parte de extranjeros que no residen habitualmente en Marruecos. Circular nº 40 S/2 del Reino de Marruecos”, *Millenium DIPr* (on line), consultado en abril de 2017. También sobre esta cuestión N. Marchal Escalona, “Problèmes actuels de reconnaissance de la *kafala* marocaine auprès des autorités espagnols”, *Paix et sécurité internationales*, 2006, nº 4, pp. 197 ss. (on line).

⁷² Señala expresamente que: “se denegará la constitución de la adopción cuando no lo permita la legislación nacional del menor”.

⁷³ Es frecuente la llegada de menores marroquíes acogidos en *kafala* y tutelados de conformidad con la normativa del citado país, con la finalidad de solicitar la constitución judicial de la adopción en España. Vid. Asociación IMA (*Amics dels infants del Marroc*) en www.ima.csic.es.

⁷⁴ Cendoj; Roj: AAP B 7264/2008.

el Auto de la AP de Santander de 30 abril 2015 (nº de recurso 124/2015)⁷⁵. Presentan en común el hecho de que se había constituido la *kafala* de una persona menor de edad en Marruecos y, posteriormente, una vez que el menor se encuentra en territorio español, se solicita la constitución de la adopción. El primero de los casos es muy claro, en la medida en que los solicitantes de la adopción contaban ya con el certificado de idoneidad para la tutela dativa. En el segundo caso, la inexistencia del citado certificado no fue óbice para la constitución de la adopción.

Como se ha señalado *supra* (introducción) esta solución no ha variado tras la adopción del art. 19.4º LAI (reformada por la Ley 26/2015). Por el contrario, cuando se ha formalizado una medida de protección en el extranjero (distinta a la adopción simple) puede constituirse la citada adopción en España, sin que sea necesaria la propuesta previa. Carece de sentido que el sistema de la adopción internacional no permita que en España se constituyan adopciones de menores acogidos en *kafala*, y que se encontraban en origen en una situación de abandono. Aún menos, cuando dicho abandono ha sido reconocido judicialmente en el extranjero (como sucede en los casos resueltos por las autoridades españolas citados *supra*).

Para ello, el principio del interés del menor permite flexibilizar la aplicación de una norma, que ha sido excesivamente rígida, como sucede en el caso de la prohibición que recoge el nuevo art. 19.4º LAI (tras su reforma por la Ley 26/2015). Por tanto, puede ser transformada en adopción una medida de protección extranjera, a pesar de que la ley nacional del menor (que regula su capacidad y consentimientos) no lo permita o no prevea la adopción, conforme al procedimiento y requisitos que se indican *infra*.

5. Procedimiento

La transformación requiere iniciar *ex novo* el procedimiento ante la autoridad judicial española, que determinará su competencia con arreglo a los criterios generales que establece la LAI para la constitución de la adopción. Ahora bien, no cabe hablar en sentido estricto de constitución, al haberse formalizado una medida de protección en el extranjero, que ha de ser reconocida previamente por la autoridad judicial española.

De otro lado, la transformación tiene en común con la conversión que se plantea con carácter previo el reconocimiento de una relación de protección y/o adoptiva, que no ha sido homologada “*como adopción*”. Si bien no cabe la conversión, al no suponer dicha medida de protección la existencia de un vínculo

⁷⁵ Cendoj; Roj: AAP S 462/2015.

de filiación, cabe valorar la posibilidad de que no sea necesario realizar nuevamente todas las fases del procedimiento adoptivo y, en especial, la propuesta previa, al poder tomarse en cuenta la medida de protección extranjera a los efectos del art. 176.2º Cc.

Esto es, habrá que valorar si la medida de protección extranjera equivale a alguno de los supuestos que prevé el citado artículo pues, en tal caso, no se precisa la propuesta previa de la Entidad pública, sino que podrá acudir a la vía judicial⁷⁶. Por tanto, no cabe la transformación –en todo caso– cuando se ha constituido en el extranjero una medida de protección y, con posterioridad, al encontrarse el menor en territorio español, se solicita la constitución de la adopción, sino que, en principio, la relación de protección extranjera ha de presentar parecido con las figuras que recoge el citado art. 176.2º Cc (reformado por la Ley 25/2016)⁷⁷.

Ahora bien, en todo caso, es necesario determinar no sólo la competencia judicial internacional de la autoridad española sino también el Derecho aplicable a la transformación. En relación con este sector, la transformación presenta como singularidad (con respecto a la conversión), que tiene lugar con arreglo a la ley española y sólo en la medida en que responda al interés del menor⁷⁸. Por ello, la constitución de la citada adopción (conforme a la ley española), dependerá de la valoración que realice la autoridad judicial del interés del menor, de tal forma que sólo procederá si éste lo aconseja⁷⁹.

En concreto, la autoridad judicial ha de valorar si se trata de un niño huérfano, el tiempo de convivencia con la persona o pareja acogedora, etc (SAP Málaga 6ª

⁷⁶ En tal caso (equivalencia), cabe emplear la técnica de la substitución, que implica considerar idéntica una institución extranjera a una categoría del foro (*vid.* H. Muir Watt, *Revue Critique de Droit international privé*, 2005-3, p. 247).

⁷⁷ Cabe citar el caso que se presentó ante la AP de Valencia (sección 3ª), en Sentencia de 15 marzo 1996, en la que un matrimonio de nacionalidad española inició el expediente de adopción, partiendo de una previa situación de acogimiento del menor. El acogimiento tuvo lugar tras la delegación de la patria potestad por los progenitores a favor del matrimonio que se encontraban en Nicaragua, a través de un documento privado, posteriormente ratificado por la autoridad judicial. La AP considera que este supuesto está comprendido en el art. 176.2.3º Cc y que, por tal motivo, no es precisa la propuesta previa. Sin embargo, esta interpretación –quizás– es criticable, pues, para que pueda establecerse la citada equivalencia, ha de tratarse de una relación constituida legalmente (y no de hecho). Como señala A.J. Pérez Martín no puede incluirse en este apartado cuando el título del adoptante es la mera convivencia o la simple delegación de la guarda del menor efectuada de forma temporal por los padres (*vid.* *Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1995, p. 510). En este caso, la delegación de la patria potestad había tenido lugar en documento privado posteriormente ratificado por la autoridad judicial. *Vid.* comentario de G. Esteban de la Rosa en, *REDI*, 1997-2, p. 265.

⁷⁸ Por tanto, su singularidad principal consiste en que, dándose los requisitos indicados *supra*, sólo tendrá lugar en la medida en que lo aconseje el interés del menor.

⁷⁹ En este sentido, es un caso interesante el resuelto por la AP de Cádiz, mediante Auto de 11 de diciembre de 2008 (nº de recurso 389/2008). Cendoj: Roj: AAP CA 892/2008.

30 junio 2016, sección 6ª)⁸⁰. No ha de olvidarse que sólo se cumple la finalidad de la adopción (plena integración del menor en la nueva familia) cuando se han podido valorar las circunstancias concretas, como recuerda expresamente la Observación general nº 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño⁸¹.

Por último, mención especial ha de hacerse al certificado de idoneidad y a la necesaria declaración previa de la idoneidad de la persona o pareja que se ofrece para adoptar. Dicha declaración no ha de observarse como un mero requisito o exigencia administrativa, sino como una verificación que realiza la Administración en orden a acreditar que la formalización de la adopción (o de la tutela) es conforme al interés superior del niño. Es sabido que la reforma del Cc llevada a cabo por la Ley 26/2015 ha tenido como finalidad aclarar la participación de la Entidad pública en el procedimiento de adopción, de forma que la citada declaración sea necesariamente previa a la propuesta (art. 176.2º Cc). Ahora bien, en determinados casos, no es precisa la citada propuesta, en concreto, cuando concurra alguna de las circunstancias, que indica el nuevo art. 176, 2º, párrafo 2º (tras su redacción por la Ley 26/2015). Y, por ello, carece de sentido supeditar la formalización de la adopción al hecho de contar con el citado certificado, que no tendrá la persona que se ofrece a adoptar. Por el contrario, el procedimiento de transformación se caracteriza, precisamente, por el hecho de que la autoridad judicial considere que la medida de protección extranjera presenta similitudes (es equivalente) a las formas de protección que indica el citado art. 176, 2º Cc.

Por tanto, la persona o pareja que se ofrece para adoptar (en los supuestos de transformación) no contará con el certificado de idoneidad para la adopción, sino, en su caso para la tutela, más aún, tras la citada reforma del Cc; pero, en todo caso, no necesita solicitarlo para iniciar el procedimiento de adopción ante la autoridad judicial española. Por último, en otro caso, estos supuestos sí quedan comprendidos en la prohibición que recoge el art. 19.4º LAI.

III. Transformación en adopción y proyecto de adopción internacional

1. Diferenciación

La transformación en adopción de una medida de protección extranjera difiere de otra situación que se presenta cuando los menores son trasladados a España en

⁸⁰ Cendoj. Roj: SAP MA 2026/2016 - ECLI:ES:APMA:2016.

⁸¹ Véase, Observación General nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, 1º del Convenio de los Derechos del Niño de 1989), p. 9. En concreto, señala que el concepto del interés superior del niño es flexible y adaptable. Y, por tanto, “*debe ajustarse y definirse de forma individual conforme a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales*”.

el marco de un proyecto de adopción internacional. Usualmente, han sido acogidos o tutelados en origen, de tal forma que la intervención de la autoridad judicial española tiene la finalidad de completar el procedimiento⁸². Como es sabido, para dar cobertura a estos casos, el CLH de 1993 utiliza la noción de colocación (*placement*) para indicar que el menor es o va a ser desplazado desde un Estado contratante a otro en el marco de un expediente que tiene la finalidad de constituir la adopción (art. 2.1º)⁸³.

La expresión “proyecto de adopción” resalta esta última idea, dado que el convenio no regula la constitución de la adopción, sino la fase administrativa del procedimiento⁸⁴. Sin embargo, estas situaciones pueden ser distintas y, por tanto, también la función de la autoridad judicial.

Si el menor procede de un Estado parte del CLH (y se ha seguido su procedimiento) sin que se haya constituido una adopción en origen, tal y como es entendida esta institución en el Derecho español, es preciso convertir la adopción simple o finalizar el procedimiento⁸⁵. De otro lado, en relación con este segundo

⁸² Tal situación puede presentarse, p.ej., como consecuencia de la inexistencia de la adopción en el país de origen. Éste es el caso de la India, en donde se constituye una tutela con fines de adopción en España, habiendo sido los solicitantes declarados tutores y otorgándoseles el consentimiento para que la adopción se constituya de forma plena en España. Vid. J. Palacios y otros, *Adopción internacional en España: un nuevo país, una nueva vida*, Madrid, MTAS, 2005, p. 105.

⁸³ Esta expresión (*placement*) es empleada como “cajón de sastre” para aludir a etapas y situaciones muy diversas entre sí, que tienen en común el hecho de que el menor se desplaza de un Estado contratante a otro con la finalidad de constituir una adopción. De otro lado, no cabe precisar con mayor exactitud su significado, como se puso de relieve en las reuniones de trabajo mantenidas para la preparación del Convenio, en las que se señalaron la diversidad de sentidos con los que es entendida en los distintos Estados parte. En inglés, v.gr., hace referencia a la entrega física del menor a la familia adoptiva. En francés, sin embargo, tiene un sentido más amplio, y puede significar tanto dicha entrega física como la transmisión de la patria potestad de la familia de origen a la adoptiva (vid., G. Parra Aranguren, “Rapport Explicatif...”, *loc. cit.*, marg. 328, p. 96).

⁸⁴ El CLH de 1993 no determina la autoridad internacionalmente competente para constituir la adopción, motivo por el cual el funcionamiento del convenio ha suscitado algunas dudas, pues puede darse el visto bueno a la adopción en la fase administrativa del procedimiento, sin que se constituya la adopción con posterioridad en la fase judicial. Vid. entre otros, N. Meyer-Fabre, “La Convention...”, *loc. cit.*, p. 264. Quedó clara esta cuestión en la tercera reunión de la Comisión especial encargada de la elaboración del anteproyecto de convenio, en cuyo art. 19 se indicaba que: “las Autoridades Centrales se mantendrán informadas sobre el procedimiento de adopción y las medidas adoptadas para finalizarlo, así como el desarrollo del período probatorio, si tal período fuera requerido”. Vid. traducción del texto al castellano elaborada por A. Borrás Rodríguez y C. González Beilfus en, *REDI*, 1992-1, p. 284. Se fracciona, por tanto, el régimen jurídico de la constitución de la adopción internacional, que se determina por el CLH de 1993 y por las reglas –en particular, de procedimiento– del sistema español de DIPr relativas a la fase judicial. Vid. A. Bucher, “L’avant-projet d’une Convention de La Haye sur l’adoption internationale”, *Revue suisse de Droit international et de Droit européen*, 1993, p. 153 ss.

⁸⁵ Ambas están reguladas por el CLH de 1993, que se refiere a las situaciones en las que tiene lugar un desplazamiento del menor desde el Estado de su lugar de residencia (en ocasiones, su país de origen) al Estado del lugar de residencia de la familia o persona adoptiva (Estado de acogida) con motivo de la realización de una adopción internacional (art. 2). De otro lado, cabe recordar que el CLH comprende

supuesto se presentan, as vez, situaciones distintas en función de si es de aplicación o no el CLH de 1993 (o, si se ha seguido correctamente su procedimiento) como se verá *infra*.

2. Finalización del procedimiento de adopción en España

Como se ha indicado *supra*, sólo puede completarse el procedimiento de adopción en España cuando se haya iniciado con tal finalidad, con independencia de que se trate de un Estado parte del CLH⁸⁶. La respuesta que ofrece el convenio a estos casos se encuentra en el art. 17, que prevé que “*en el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos...*” cuando se den un conjunto de requisitos⁸⁷.

En este momento del expediente (que regula el citado art. 17) aún no se sabe si la adopción tendrá lugar en el país de origen o en el país de recepción. No obstante, en el segundo caso tales desplazamientos, anteriores a la constitución de la adopción, no sólo están destinados a trasladar al menor al Estado en el que tendrá lugar dicha adopción, sino que, con frecuencia, el menor se encuentra ya formalmente protegido. Si bien el CLH no obliga a los Estados parte a reconocer tales medidas, han de ser tomadas en consideración para la constitución judicial de la adopción⁸⁸.

No se trata del reconocimiento del efecto constitutivo de la medida de protección extranjera (a diferencia del procedimiento de transformación), sino sólo de su valoración con la finalidad de considerar que se ha cumplido una etapa del expediente, la asignación del menor, con independencia de la forma jurídica que

todas las modalidades de adopción que crean un vínculo de filiación, motivo por el se excluyen otras formas de protección, entre las que cabe destacar la *kafala*; *vid.* B. Sturlèse, “La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *JCP*, 1993-I (n° 3710), p. 428.

⁸⁶ No obstante, no resulta fácil discernir en determinados casos si la finalidad que se perseguía cuando se constituyó la medida de protección en el extranjero era formalizar una adopción en nuestro país. En todo caso, si la persona o pareja adoptante cuenta con el certificado de idoneidad, el citado desplazamiento del menor a España se realiza en el marco de una adopción proyectada. Y ello, con independencia de que los Estados implicados sean parte del CLH de 1993, se trate de Estados contratantes del citado acuerdo pero no se haya seguido correctamente el procedimiento que prevé o, por último, la situación no esté comprendida en el ámbito del convenio (*vid. infra*).

⁸⁷ El art. 20 del CLH de 1993 también se refiere a esta situación, al hacer referencia a que las AACC se mantendrán informadas sobre el procedimiento de adopción y las medidas adoptadas para finalizarlo, así como el desarrollo del período probatorio, si fuera requerido.

⁸⁸ *Vid.* A. Bucher, “La nouvelle Convention de La Haye relative à l’adoption internationale”, *Revue du droit de tutelle*, 1994, p. 107. Sin embargo, esta medida de protección podrá ser reconocida de conformidad con las disposiciones del sistema español de DIPr., esto es, bien según lo que prevean los convenios internacionales que resulten de aplicación, bien según el sistema y condiciones previstas por la normativa autónoma.

revista. De otro lado, no es necesaria la propuesta previa, al tratarse de una fase que se ha cumplido en el extranjero, bastando con que la pareja o persona que se ofrece para adoptar cuente con el certificado de idoneidad⁸⁹.

No obstante, en la medida en que el menor aún no ha sido adoptado (y sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 20 del CLH de 1993, si la legislación del Estado de acogida prevé la citada etapa preparatoria o período de convivencia), la autoridad judicial se vería abocada a constituir una adopción. Sin embargo, sigue siendo libre de apreciar si la finalización del procedimiento de constitución de la adopción conviene al supremo interés del menor. Por tanto, si se ha seguido el procedimiento del CLH de 1993, la intervención de la autoridad judicial española ha de limitarse a constituir la adopción, pero teniendo en cuenta que volverá a valorar si conviene al interés del menor. Por tanto, el procedimiento para finalizar la constitución de la adopción requiere sólo la intervención judicial de la autoridad española, sin que sea necesario repetir determinadas fases o etapas, entre las que cabe señalar, de forma específica –aunque no sólo– la propuesta administrativa previa (art. 176.1º Cc)⁹⁰.

Si los Estados implicados no son parte del CLH de 1993 o no se ha seguido su procedimiento, también ha de permitirse que se finalice la constitución de la adopción en España, al haberse cumplimentado en el país de origen la fase previa relativa a la adoptabilidad del menor y, en cualquier caso, la entidad pública del país receptor habrá intervenido en la apreciación de la idoneidad de los adaptantes, que ha de ser actualizada⁹¹. El art. 25 LOPJM prevé la intervención en el procedimiento de organismos acreditados, así como la expedición por la CA del certificado de idoneidad⁹².

⁸⁹ Es ésta otra diferencia con el procedimiento de transformación, dado que la medida de protección extranjera ha de ser reconocida a los efectos de valorar si la situación de protección equivale a las categorías que prevé el art. 176, 2º Cc como excepciones a la necesaria propuesta previa. Como se sabe, en definitiva, la finalidad de la propuesta previa de la Entidad pública es, una vez seleccionada a la pareja o persona adoptante, identificar al menor cuya adopción se va a llevar a cabo. Ha de tomarse en consideración, además, que ya se cuenta con el certificado de idoneidad.

⁹⁰ También es relevante el art. 28 del convenio, que indica que “no afecta a ley alguna de un Estado de origen que exija que la adopción de un niño con residencia habitual en ese Estado tenga lugar en ese Estado o que prohíba la colocación del niño en el Estado de recepción o su desplazamiento al Estado de recepción antes de la adopción”.

⁹¹ *Vid.*, X. Campà I de Ferrer, “Las adopciones internacionales y su reconocimiento en España”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1998, nº 351, p. 5.

⁹² Si bien no intervienen las Autoridades Centrales previstas en el CLH de 1993, los Estados de origen prevén la intervención de organismos, que entran en contacto con la Administración española (servicio de protección de menores) o con las entidades colaboradoras. *Vid.*, M. Góngora Bernícola, “El papel de las ECAIs en el proceso de adopción internacional dentro y fuera del Convenio de La Haya” en, M. D. Adam Muñoz y S. García Cano (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004, pp. 169 ss.

En ocasiones, la entidad competente española ha otorgado previamente el citado certificado. En tales casos, cabe finalizar el procedimiento ya iniciado. Para ello, deberá solicitarse el reconocimiento de la medida de protección y posteriormente instarse el procedimiento judicial de adopción en España, pudiendo tomarse en cuenta el período de convivencia previa del menor con la familia o persona que desea adoptarlo (art. 176 Cc)⁹³.

La propuesta previa debería ser sustituida por el informe psico-social y el certificado de idoneidad de los adoptantes que acredita los mismos extremos que los contenidos en la citada propuesta previa. De otro lado, tendrá que intervenir la autoridad judicial para formalizar la adopción en los mismos términos indicados anteriormente.

Por último, si bien no ha tenido lugar la asignación del menor, a diferencia de lo que sucede cuando es de aplicación el CLH de 1993 (art. 17), la intervención de la autoridad española, así como de la autoridad del Estado de origen del menor, permite considerar que se ha valorado la conveniencia de la citada adopción por ambas y que esta intervención equivale a la propuesta previa.

En tercer lugar, si el menor ha sido desplazado a España bajo la cobertura de una medida de protección constituida en origen, pero no se ha seguido correctamente el procedimiento previsto en el CLH de 1993 (a pesar de su carácter obligatorio)⁹⁴, tendrá que intervenir nuevamente la Administración española para verificar la idoneidad para la adopción, a pesar de que la persona o pareja adoptante cuente con el certificado expedido por una autoridad del país de origen del menor en el extranjero⁹⁵.

⁹³ Si bien no cabe apreciar una diferencia significativa cuando se trata de finalizar el procedimiento de adopción en España entre los casos en los que los Estados implicados son parte del CLH de 1993 y aquellos en los que no lo son, en este último supuesto no ha tenido lugar, propiamente, la asignación del menor, que prevé el art. 17 del CLH y, por tanto, puede justificarse la necesidad de que la Entidad pública realice la propuesta previa (art. 176 del CC). Esto es, si los países implicados no son parte del CLH, no se justifica de forma tan clara la excepción a la citada propuesta previa, antes señalada.

⁹⁴ Cabe la posibilidad de que la pareja o persona adoptante se dirija directamente al Estado de origen del menor (que es parte del CLH de 1993) para constituir la adopción, tras cuya formalización tiene lugar el desplazamiento del menor al territorio español. En tales casos, la decisión de adopción no contará con el certificado de conformidad con el convenio y, por tanto, su reconocimiento no tendrá lugar de forma automática.

⁹⁵ Se hicieron conocidos los casos de las adopciones constituidas en Rumania en un momento en el que, a pesar de ser parte del CLH de 1993, no exigía para la constitución judicial de las adopciones el certificado de idoneidad de la familia o persona adoptante. *Vid.* sobre este particular, P. Orejudo Prieto de los Mozos, “El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)”, *Aranzadi Civil*, 1998, nº 12, p. 14; S. Adroher Biosca, “Algunas cuestiones en torno a la adopción internacional” en, M^a D. Adam Muñoz y S. García Cano (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 154 ss.

Cabe recordar que no sólo están excluidas del CLH de 1993 las medidas de protección que no se han constituido en el Estado de origen del menor con la finalidad de que se formalice la adopción en el Estado de recepción, sino también las situaciones en las que la pareja o persona adoptante formaliza en el extranjero la citada medida, sin que en el expediente hayan participado las AACC de ambos Estados parte.

No podría considerarse que el desplazamiento ha tenido lugar con motivo de la adopción y, por tanto, la situación no estará comprendida en el convenio. Una vez que el menor se encuentre en España, tendrá que iniciarse *ex novo* el procedimiento de adopción. No obstante, si el menor ha sido desplazado al territorio español y la familia o persona adoptante contaba con el certificado de idoneidad, se está en presencia de un supuesto en el que también cabe poner fin en España al procedimiento de adopción. De otro lado, la autoridad judicial tendrá que justificar su competencia internacional para formalizar la adopción en España y determinar la ley aplicable a la adopción.

IV. Consideraciones finales

La reforma de la LAI por la Ley 26/2015 ha de interpretarse en el amplio marco de la modificación del entero sistema de tutela de la infancia que ha realizado el legislador español también a través de la LO 8/2015. La supresión de la referencia a la transformación del art. 30.4º LAI aclara el régimen de la conversión y establece la diferencia con la formalización *ex novo* de la adopción, en especial, cuando se ha constituido una medida de protección en el extranjero que no presenta similitudes con la adopción (española).

Interpretando la nueva regulación con arreglo al principio del interés superior del menor, tendrá lugar la transformación en adopción de una medida de protección extranjera siempre que la autoridad judicial establezca la idoneidad de la persona o pareja que se ofrece para adoptar, incluso, cuando la ley personal del menor prohíba de forma expresa esta medida. Así, la transformación constituye una vía de cierre del sistema de la adopción internacional, que permite variar los efectos de la medida de protección extranjera, a través de la aplicación de la ley española para formalizar la adopción, siempre que lo aconseje el interés del menor, debiendo la autoridad judicial motivar su decisión valorando todas las circunstancias en las que se encuentra el menor y la idoneidad de la persona o pareja que se ofrece para la adopción.

Esta interpretación permite que la LAI sea operativa en un importante número de supuestos en los que pueden encontrarse los menores en una pluralidad de cir-

cunstancias, cuando son trasladados al territorio español tras haber sido constituida una medida de protección en el extranjero que no es sustancialmente similar a la adopción (española). Esta vía permite, además, dar respuestas a tales casos, sin necesidad de buscar otras soluciones que pueden ser, incluso, incompatibles con la norma. Y, en concreto, la citada vía resuelve las situaciones que se presentan cuando la ley conforme a la cual se ha constituido la adopción simple no prevé la modalidad de adopción plena. Si la conversión ha de determinarse con arreglo a la ley de la constitución de la adopción simple (art. 22 LAI), no podría llevarse a cabo.

El actual sistema de la adopción internacional permite esta vía de cierre, pues, en caso contrario, dejaría la LAI de ser operativa en un importante número de casos que envuelven las adopciones internacionales, sin que ésta haya sido la finalidad de la reforma, que —por el contrario— ha reforzado el principio del interés del menor sobre el que se construye el entero ordenamiento de tutela de la infancia. Y, por este mismo motivo, dicha vía sólo puede ser empleada cuando lo aconseje el supremo interés del menor.

De otro lado, la interpretación del sistema con arreglo al citado interés permite a la autoridad judicial valorar las citadas circunstancias, sin condicionar la posibilidad de constituir una adopción al sólo hecho de que esté prohibida por la ley nacional del menor. Por el contrario, la transformación no queda comprendida en la prohibición que establece el art. 19.4º LAI, que se refiere sólo a la constitución de la adopción (en sentido estricto).

A nuestro juicio, la respuesta a estas situaciones potencialmente claudicantes no se encuentra en la fase del reconocimiento ni tampoco cuando se solicita la constitución judicial de la adopción, sino en el momento en el que se formalizan en el extranjero (*v.gr.*, una *kafala*). Por tanto, la transformación es una vía resultante de la interpretación del actual sistema de la adopción internacional con arreglo al principio del interés superior del menor, que permite su más plena realización, al hacer posible la integración familiar del niño, incluso cuando no lo prevé o prohíbe expresamente su ley nacional.

Bibliografía

- Adroher Biosca, S.: “Algunas cuestiones en torno a la adopción internacional” en, Mª D. Adam Muñoz y S. García Cano (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004, pp. 154–216.
- Álvarez González, S.: “La Ley de adopción internacional. Reflexiones a la luz de su texto, de sus objetivos y de la comunión entre ambos”, *AEDIPr*, 2007, pp. 39–69.
- Álvarez González, S.: “Reconocimiento e inscripción en el Registro civil de las adopciones internacionales”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2006–2, pp. 683–710.

- Álvarez González, S.: "Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional", *La Ley*, de 25 de marzo de 2008, nº 6910, pp. 1–19.
- Álvarez Vélez, M^a I.: *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho constitucional español*, ICADE, Madrid, 1994.
- Arenas García, R. y González Beilfuss, C., "La Ley 54/2007 de adopción internacional: entre la realidad y el deseo", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2009, vol. 17, pp. 9–23.
- Ballesteros de los Ríos, M^a: "Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera", *Aranzadi Civil*, 1999–I, pp. 1751–1768.
- Beladiez Rojo, M.: *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1994.
- Bobbio, N.: *Teoría General del Derecho*, 3^a impresión, Madrid, Debate, 1995.
- Botana García, G.A.: "La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", *Actualidad Civil*, septiembre de 2015, nº 9, pp. 14–39.
- Bouza Vidal, N.: "La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, nº 6, pp. 897–931.
- Borrás Rodríguez, A.: "Problemas de Derecho internacional privado suscitados por la nueva Ley del Menor", *Problemas actuales de aplicación del Derecho por los jueces españoles*, Madrid, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, 1997, pp. 161–229.
- Borrás Rodríguez, A.: "El interés del menor como factor de unificación y progreso del Derecho internacional privado", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, pp. 47–99.
- Bucher, A.: "L'avant-projet d'une Convention de La Haye sur l'adoption internationale", *Revue suisse de Droit international et de Droit européen*, 1993, pp. 153–180.
- Calzadilla Medina, M^a A.: *La adopción internacional en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Calvo Babío, F.: "La adopción en América Latina", G. Esteban de la Rosa (coord.), *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 33–47.
- Calvo Babío, F.: *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Dykinson, Madrid, 2003.
- Calvo Caravaca, A.–L., Carrascosa González, J., *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008.
- Calvo Caravaca, A.–L., Carrascosa González, J., "Críticas y contra-críticas en torno a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional", *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, vol. 2, nº 1, pp. 35–90.
- Coester, M.: *Das Kindeswohl als Rechtsbegriff*, Alfred Metner Verlag, Frankfurt am Main, 1983.
- Davì, R.: "Problemi di diritto internazionale privato relativi all'applicazione della nuova legge italiana sull'adozione", *Dir. fam.*, 1988, pp. 481–503.
- De Miguel Asensio, P.A.: "Ley de la jurisdicción voluntaria y Derecho internacional privado", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2016, pp. 147–197.
- Diago Diago, M^a P.: "La kafala islámica", *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, vol. 2, pp. 140–162.

- Diago Diago, M^a P.: “Denegación de constitución de kafala por parte de extranjeros que no residen habitualmente en Marruecos. Circular nº 40 S/2 del Reino de Marruecos”, *Millenium DIPr* (on line), consultado en abril de 2017.
- Diago Diago, M^a P.: “La kafala islámica en España”, AAVV, *Derecho islámico e interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 111 y ss.
- Durán Ayago, A.: “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr*, 2016, pp. 415–462.
- Espinar Vicente, J. M^a: “La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la DGRN)”, *Actualidad Civil*, 1997–3, margs. 757–925.
- Espinosa Calabuig, R.: “El certificado de idoneidad de los adoptantes” en, G. Esteban de la Rosa (coord.), *La adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 203–216.
- Esplugues Mota, C.: “El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional en España”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1997–1, pp. 66–89.
- Esplugues Mota, C.: “Sobre la adopción internacional”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 23, marzo de 1998, pp. 281–324.
- Esplugues Mota, C.: “La nueva Ley española de adopción internacional de diciembre de 2007: ¿una ocasión perdida?”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2008–2, pp. 363–380.
- Esteban de la Rosa, G. (coord.): *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, Aranzadi, Pamplona, 2007.
- Esteban de la Rosa, G.: “Conversión en España de las adopciones constituidas en América Latina (función del art. 9, 5, 4º del Código civil en el nuevo sistema de la adopción internacional” en, F. Aldecoa Luzárraga y J.M. Sobrino Heredia (coords.), *Migraciones y desarrollo. II Jornadas Iberoamericanas de Estudios internacionales*, Montevideo, 25–27 de octubre de 2006, Marcial Pons, Madrid, pp. 485–512.
- Garau Sobrino, F.F.: *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992.
- Gascón Abellán, M.: “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, M. Carbonell/P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de L. Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 26–39.
- Góngora Bernícola, M.: “El papel de las ECAIs en el proceso de adopción internacional dentro y fuera del Convenio de La Haya” en, Adam Muñoz, M^a.D. y García Cano, S. (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004, pp. 169–183.
- Quiñones Escámez, A., Rodríguez Benot, A., Zekri, H., Ouhida, J.: *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Proyecto ADL, Fortalecimiento y modernización de la Administración de justicia de Marruecos, FIIAAP, Madrid, 2009.
- López Azcona, A.: “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la LO 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Bol. Inf. Mº Just.*, nº 2185, 2016, pp. 1–89.
- López-Taruella Martínez, A.: “La ley aplicable a la adopción internacional y la competencia judicial en materia de medidas de protección del menor tras las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015”, *AEDIPr*, t. 16, 2016, pp. 375–393.
- Lledó Yagüe, F.: “Comentario al Proyecto de Ley de adopción”, *Anuario de Derecho civil*, 1986–4, vol. 39, pp. 1195–1214.

- Marchal Escalona, N.: “La kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, julio de 2013, vol. 3 (on line), pp. 1–23.
- Marchal Escalona, N.: “Problèmes actuels de reconnaissance de la kafala marocaine auprès des autorités espagnoles”, *Paix et sécurité internationales*, 2006, n° 4, pp. 197–212 (on line).
- Meyer–Fabre, N.: “La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1994, pp. 280–283.
- Orejudo Prieto de los Mozos, P.: “El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)”, *Aranzadi Civil*, 1998, n° 12, pp. 14–29.
- Palacios, J. y otros: *Adopción internacional en España: un nuevo país, una nueva vida*, Madrid, MTAS, 2005.
- Paniza Fullana, A.: “La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 22 de julio”, *Aranzadi civil–mercantil*, 2015, n° 8, vol. 2, pp. 141–152.
- Parra Aranguren, G.: “Rapport de la commission spéciale”, *Actes et Documents de la dix–septième session*, 10 au 29 mai 1993, 1994, 1995–2, pp. 176 y ss.
- Parra Aranguren, G.: “Rapport Explicatif”, *Actes et documents de la dix–septième session de La Conférence de La Haye de Droit international privé*, t. II, La Haya, 1994.
- Parra Aranguren, G.: *Actes et documents de la dix–septième session de La Conférence de La Haye de Droit international privé*, t. II, La Haya, 1994.
- Pérez Martín, A.J.: *Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores*, Valladolid, 1995.
- Picone, P.: “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé (Cours général de droit international privé)”, *Recueil des Cours*, t. 276, 1999, pp. 179–425.
- Reale, M.: *Teoría tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, trad. A. Mateos, Tecnos, Madrid, 1997.
- Rodríguez Benot, A.: “Adopción y kafala: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”, en *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo*, XVII Jornadas de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (1997), BOE, Madrid, 1999, pp. 195–216.
- Rodríguez Mateos, P.: “Comentario al art. 9,5º del Cc”, *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, tomo I, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1995, pp. 258–316.
- Van de Krchove, M. y Ost, F.: *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Madrid, Serv. Publ. Facultad de Derecho, Universidad complutense, Madrid, 1988.
- Wroblewski, J.: “Change of law and social change”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1983, LX, n° 2, pp. 293–309.

Recepción: 25 mayo 2017
Aceptación: 7 octubre 2017

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD *

José María ESPINAR VICENTE **

SUMARIO I. Derecho penal internacional y Derecho internacional penal. II. Jurisdicción universal y Derecho Internacional penal. III. Jurisdicción universal y Derecho penal internacional. IV. El sistema español de Derecho penal transfronterizo. V. Análisis del art. 23.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. VI. Algunas consideraciones finales en torno a la competencia judicial internacional en relación con los delitos de genocidio y lesa humanidad.

RESUMEN: Desde la Ley Orgánica 6/1985 hasta nuestros días, la competencia internacional de los tribunales españoles para enjuiciar los delitos de lesa humanidad ha sufrido una transformación radical. La primera redacción consagraba un criterio puro de universalidad que progresivamente fue siendo objeto de restricciones. La Ley Orgánica 1/2014 lo sustituyó por los principios de territorialidad y personalidad clásicos, aunque introdujo la residencia habitual del inculcado y la asunción de una competencia residual. En este trabajo se aboga por una posición intermedia que refuerce la posición del Sistema jurídico español en la cooperación internacional contra este tipo de delitos.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PENAL – DERECHO PENAL INTERNACIONAL – JURISDICCIÓN; COMPETENCIA RESIDUAL – DELITOS; CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD – UNIVERSALIDAD – TERRITORIALIDAD Y PERSONALIDAD – EXTRADICIÓN – TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL – DOBLE IMPUTACIÓN – COOPERACIÓN INTERNACIONAL.

ABSTRACT: *International Jurisdiction and Crimes Against Humanity*

From the Organic Law 6/1985 to the present, the international competence of the Spanish courts to prosecute crimes against humanity has undergone a radical transformation. The first draft consecrated a pure criterion of universality that progressively was subject to restrictions. The Organic Law 1/2014 replaced it with the principles of classic territoriality and personality, although it introduced the habitual residence of the accused and the assumption of residual competence. This paper advocates an intermediate position that reinforces the position of the Spanish legal system in international cooperation against this type of crime.

* Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación: DER2014–54470–P (2015/2018) Título: “La regulación de las crisis matrimoniales internacionales en el Derecho español y de la Unión Europea”, del que son investigadores principales las Dras. Mónica Guzmán Zapater y Mónica Herranz Ballesteros.

** Catedrático de Derecho internacional privado Universidad de Alcalá.

KEYWORDS: INTERNATIONAL CRIMINAL LAW – INTERNATIONAL CRIMINAL LAW – JURISDICTION – RESIDUAL JURISDICTION – CRIMES – CRIMES AGAINST HUMANITY – UNIVERSALITY – TERRITORIALITY AND PERSONALITY – EXTRADITION – INTERNATIONAL CRIMINAL COURT – DOUBLE IMPUTATION – INTERNATIONAL COOPERATION.

I. Derecho penal internacional y Derecho internacional penal.

Hace tiempo el Profesor Quintano Ripollés¹ explicaba la diferencia entre el Derecho internacional penal y el Derecho penal internacional sobre la base de que el primero hacía referencia al conjunto de mecanismos de los que dispone la Sociedad Internacional para reprimir y sancionar aquellas conductas de los particulares que fuesen susceptibles de infringir los principios consagrados por el Derecho de Gentes; mientras que la segunda categoría incluía el conjunto de normas con las que cada Sistema particular delimita la extensión y límites de la potestad sancionadora del Estado.

A raíz de la Segunda Gran Guerra, el Derecho internacional penal fue adquiriendo entidad mediante la identificación y concreción de una serie de tipos delictivos de trascendencia internacional, a lo que se unió la articulación de una serie de Tribunales *ad hoc*, como los de Nuremberg, Tokio, Ruanda o los relativos a la antigua Yugoslavia, que contribuyeron a reprimir y castigar los crímenes de mayor trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto. Paralelamente fue acuñándose, como un concepto distinto al de la Sociedad Internacional de Estados Soberanos, la noción de “humanidad”, que partía de considerar al grupo de personas que habitan en el planeta como un sujeto de derecho al que se puede atribuir un patrimonio (el espacio exterior o la Antártida, por ejemplo); al que se puede dotar de un estatuto propio que los Estados deben respetar y garantizar (los derechos humanos) y al que se le reconocen unos intereses colectivos susceptibles de convertirle en el principal agraviado por el comportamiento de ciertas personas o grupos. Surge así la noción de “delitos de lesa humanidad”; es decir, aquellos en los que el género humano es el sujeto agraviado por las conductas susceptibles de merecer esa calificación. Consecuentemente, es a la Comunidad Internacional, a través de los Estados y de las Organizaciones que la conforman, a quien corresponde asumir la implementación de las medidas necesarias – tanto en el plano nacional, como en el de la cooperación internacional – para asegurar la persecución y sanción de tales crímenes de forma eficaz. Nace así la necesidad de institucionalizar una instancia jurisdiccional que conozca de los “*graves crímenes [que] constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*”.

¹ Cf. A. Quintano Ripollés, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, t. I, Madrid, 1956 y t. II, Madrid, 1957.

Se establece pues, una Corte Penal Internacional² de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas, que se conforma como una instancia complementaria de las jurisdicciones penales nacionales y que nace “*Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*”. Se evoca así a un principio del Derecho de Gentes que expresa, en estos términos, un concepto jurídico indeterminado. Existe un núcleo de certeza; cada Estado está obligado a perseguir tales conductas cuando manifiesten una vinculación aprehensible con su jurisdicción; pero a partir de ahí se extiende un halo de incertidumbre que permite suscitar la cuestión de si los Jueces de todos los países deben asumir competencia para juzgar cualquier delito de lesa humanidad con independencia de quiénes sean sus autores y de dónde y de cómo se haya perpetrado la acción. Y es que todas y cada una de las sociedades estatales son parte del colectivo agraviado por los delitos de lesa humanidad. Surge así el punto de convergencia entre las dos categorías: la del Derecho internacional penal y la del Derecho penal internacional.

El art. 23 LOPJ se integra en ese espacio y es en su numeral cuarto donde se aborda la extensión y límites de nuestra jurisdicción frente a los delitos que se sitúan en esa intersección en la que confluyen los intereses de la humanidad y los del propio Estado. Se genera así una tensión entre el Derecho penal internacional y el Derecho internacional penal que nuestro legislador no parece saber resolver de una forma que le satisfaga plenamente. Prueba de ello es que, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985 hasta la actualidad se ha modificado este numeral cuatro, con reformas de distinto calado, a través de las Leyes Orgánicas 11/1999, 3/2005, 13/2007; 1/2009, 1/2014 y 2/2015. Y aún hoy, en el momento de redactar estas líneas, se encuentra en curso una nueva revisión de este precepto, por lo que no parece inútil traer aquí a colación algunas reflexiones.

II. Jurisdicción universal y Derecho Internacional penal

A principios del siglo pasado, el carbonero turco Boz-Kourt se hundió tras colisionar con el vapor Lotus de bandera francesa. Turquía asumió competencia para dirimir las responsabilidades derivadas de la colisión y Francia sostuvo la tesis de que sólo sus tribunales poseían jurisdicción para juzgar las conductas producidas dentro de un barco que ostentaba su pabellón. En este asunto, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, partiendo de la base de que el Derecho Internacional Público es quien regula el ejercicio del poder soberano entre los Estados, afirmó en 1927 que dicho complejo normativo está lejos de crear una prohibición general que impida extender la aplicación de las leyes y la competencia de sus

² Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. Publicado en el BOE 27.5.2002.

tribunales a personas, propiedades y actos fuera del territorio de la Nación. Al igual que en los otros ámbitos jurisdiccionales, en el penal, la libertad del Estado para determinar el volumen de casos que corresponde a su Jueces y Tribunales es muy amplia: “... el Derecho internacional les deja, a este respecto, una amplia discreción que sólo es limitada en ciertos casos por reglas prohibitivas; en los otros casos, cada Estado es libre de adoptar los principios que considere mejores y más apropiados”³.

Entre este polo y el recordatorio contenido en el preámbulo del Estatuto de Roma (“es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”), es donde se sitúa la cuestión que nos preocupa. En el asunto del *Lotus* se hablaba de algunos límites que restringían una jurisdicción que se concebía como casi ilimitada. En el Estatuto de la Corte Penal Internacional se recordaba, en cambio y de forma positiva, el deber de los Estados de ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de los crímenes de esta naturaleza. Ahora bien, ese deber no debe confundirse con la obligación de asumir competencia frente a cualquier delito subsumible en los supuestos considerados como especialmente graves por la Comunidad Internacional. Los Tratados específicos en estas materias nos ofrecen claves hermenéuticas que deben ayudarnos a establecer las directrices básicas que deben inspirar la determinación de la extensión y límites de las jurisdicciones nacionales. Así, por ejemplo, el Convenio para la persecución y sanción del genocidio, establece en su art. IV que “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el art. III serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”⁴. La misma idea aparece recogida en la mayoría de los textos convencionales referidos a este tipo de delitos, donde se recogen, además, otros foros de competencia basados en la nacionalidad del autor o en la ciudadanía de la víctima⁵. Las fuentes

³ Cf. S.S. *Lotus* [1927] Corte Permanente de Justicia Internacional, Série A, No. 10; “De esto no se sigue, sin embargo, que el derecho internacional prohíba a los Estados ejercer jurisdicción en su propio territorio con respecto a cualquier situación que se refiera a hechos que hayan tenido lugar en el extranjero cuando no se pueden amparar en una regla permisiva del derecho internacional. Una postura contraria a esto sólo podría sostenerse si el derecho internacional impusiera sobre los Estados una prohibición general de extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre personas, bienes y actos que estén fuera de su territorio y si sólo como excepción a esta prohibición general del Derecho internacional se permitiera a los Estados hacerlo en ciertos casos específicos. Pero, ciertamente, este no es el caso en Derecho internacional, tal como éste se presenta hoy en día. Lejos de dictar una prohibición general en el sentido de que los Estados no puedan extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre personas, bienes o actos que se encuentren fuera de su territorio, el Derecho internacional les deja, a este respecto, una amplia discreción que sólo es limitada en ciertos casos por reglas prohibitivas; en los otros casos, cada Estado es libre de adoptar los principios que considere mejores y más apropiados”.

⁴ BOE 8.2. 1969.

⁵ A lo largo de estas páginas tendremos ocasión de referirnos a una pluralidad de tratados que

internacionales no tratan de conferir una competencia universal a cualquier Juez de cualquier país para juzgar cualquier delito de genocidio que llegue a su conocimiento, pero si obligan a que el país donde se produce el ilícito o con el que manifiesta una conexión relevante asuma jurisdicción.

No debe olvidarse que cualquier juez no es necesariamente el juez idóneo para entender de cualquier causa y que así se desprende de los textos en materia de Derechos Humanos. El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, (...)”⁶. Pues bien, sin una vinculación razonable entre el asunto juzgado y la jurisdicción que lo juzga es difícil predicar la competencia del juzgador. El Poder Judicial de un Estado, a diferencia de un Tribunal Internacional, no siempre dispone de los instrumentos idóneos para una investigación fiable, sobre todo en aquellos casos en los que el asunto que se someta a su consideración no tenga una relación efectiva con su ámbito jurisdiccional o carezca de medios para llevarla a cabo⁷. Ahora bien, estas consideraciones no deben constituir un obstáculo que dificulte la persecución y sanción de estos crímenes a nivel universal. Por esta razón, en términos generales, el Derecho Internacional establece tres principios de base: en primer lugar, todo Estado está obligado a considerar que los crímenes de lesa humanidad constituyen delitos graves e imprescriptibles; en segundo lugar, todo Estado tiene el deber de ejercer indefectiblemente su jurisdicción penal en todos los casos que se incluyan en su esfera competencial, bien sea en razón de los tratados que ratifiquen o bien de las directrices que libremente asuman; y, finalmente, debe cooperar con el Poder Judicial de las demás Naciones y con los Tribunales Internacionales, facilitando la extradición de los presuntos criminales que no puedan ser juzgados en su territorio⁸, así como proporcionando toda la información que facilite la investigación de estos crímenes allí donde deban ser juzgados.

Desde esta perspectiva, una lectura del Estatuto de la Corte Penal Internacional pone de relieve que su jurisdicción se establece en coordinación con la que pueda

establecen los criterios en los que los Estados parte deben instituir su jurisdicción respecto a los delitos que contemplan

⁶ BOE 30.4.1977.

⁷ Entre otras, por esta razón, el art. 17.3º del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que “3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”

⁸ Cf. Convenio en el BOE 8.2.1969, cuyo art. VII establece que “A los efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo tu no serán considerados como delitos políticos. Las Partes Contratantes se comprometen. en tal caso, a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes”.

asumir cada uno de los Estados y que lo hace de la siguiente manera; nada se opone a que los juzgados y tribunales de cada uno de ellos puedan asumir el conocimiento de este tipo de delitos; es más se considera un deber el que alguno lo haga; por esa razón, si hubiesen iniciado la investigación o el enjuiciamiento y hubiesen archivado la causa o condenado o absuelto al presunto delincuente, la Corte deberá resolver la inadmisibilidad del asunto a no ser que tales actividades hubieran sido efectuadas con el fin de sustraer al responsable de su competencia⁹. Pero ello no quiere decir que se parta de la idea de que la jurisdicción en este tipo de delitos corresponda siempre y necesariamente a los tribunales nacionales. Si no entrase el asunto dentro del volumen de competencia asumido por ese Estado y tuviera noticias de la existencia de “una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes” deberá remitir al fiscal de la Corte la información que obre en su poder para que éste pueda determinar si ha de acusar a una o varias personas de la comisión de tales crímenes¹⁰. Del mismo modo podrá contribuir al objetivo básico cuando

⁹ Cf. Estatuto de la Corte Penal Internacional. Art. 17. *Cuestiones de admisibilidad*. “1. La Corte, teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él, salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

¹⁰ Art. 13. *Ejercicio de la competencia*. “La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) Un Estado Parte remite al fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes”; (...).

Art. 14. *Remisión de una situación por un Estado Parte*. “1. Todo Estado Parte podrá remitir al fiscal una situación en que parezca haber cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas. 2. En la medida de lo posible, en

el presunto imputado se beneficie de una inmunidad jurisdiccional derivada de las normas del Derecho de Gentes¹¹.

III. Jurisdicción universal y Derecho penal internacional

En Derecho internacional privado la delimitación de la jurisdicción en éste ámbito parte de premisas distintas de las que operan en el Derecho civil internacional. Cuando se establece la competencia internacional en materia de Derecho privado se puede partir de una disociación entre el *forum* y el *ius*. Los criterios que fundamentan la racionalidad del tribunal competente, pueden ser distintos de los que se utilicen para establecer el Derecho aplicable. En la jurisdicción penal, en cambio, el principio *nullum crimen sine lege* impide el plantearse someter a juicio al autor de una conducta u omisión que no se halle contemplada en la ley penal del foro; este axioma tiene una consecuencia inmediata; el comportamiento del imputado debe hallarse tipificado en nuestra legislación antes de dirimir si nuestros jueces pueden juzgarlo. Consecuentemente, el proceso lógico es necesariamente inverso al que se utiliza en la esfera civil. En este otro ámbito, lo primero que ha de establecerse es la norma que tipifica y sanciona el delito y, sólo después, puede atenderse a cuándo tales comportamientos pueden ser juzgados en España. Dicho de otra forma, las normas de competencia internacional propias del Derecho penal son las que definen la esfera de aplicación personal, territorial o universal de las disposiciones penales nacionales.

Supongamos que una persona da muerte a otra en el extranjero y que los hijos de éste último presentasen una querrela contra el presunto responsable ante la jurisdicción española. Los hechos que fundamentan la querrela se encuentran descritos en el art. 138 del Código Penal español “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”. A partir de esa base habría que acudir al art. 23 LOPJ donde se establece que se podrá sustanciar el asunto en España si el presunto homicida fuese español, si el hecho fuese punible en el lugar donde se llevó cabo (principio de doble imputación), pero siempre que esa persona no haya sido absuelta, penada o indultada en otra jurisdicción por ese mismo delito (principio de *non bis in idem*)¹². En consecuencia,

la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante”.

¹¹ El art. 27.2º del Estatuto de Roma establece que “Las inmunidades y las normas de procedimientos especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

¹² Art. 23.2º. “También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

la ley española confiere al delito de homicidio un ámbito de aplicación territorial definido en el art. 23.1º a cuyo tenor “En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español” y le adscribe un ámbito de aplicación personal sobre la base de la nacionalidad española actual del presunto homicida¹³. Finalmente establece las dos excepciones derivadas de los principios de doble imputación y de *non bis in idem* y concluye exigiendo que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

Partiendo de este ejemplo, se puede deducir con facilidad que el legislador nacional dispone de tres criterios básicos para definir la extensión y límites de su jurisdicción penal; el de índole territorial que le permite entender de cuantos delitos se perpetren en los espacios sometidos a su soberanía; el de carácter personal, basado en la nacionalidad o la residencia del imputado o de la víctima; y el de naturaleza universal que atendería a las características del tipo delictivo abstracción hecha de cualquier otra consideración. Este último es el que resultaría más operativo para perseguir los delitos que, cometidos en cualquier otro país y por cualquier persona, perjudicasen directamente al crédito o a los intereses del Estado o a los de la humanidad en su conjunto. Por lo tanto, en principio, sería éste el criterio idóneo que podría aplicarse para reprimir y sancionar aquellos comportamientos susceptibles de lesionar gravemente los bienes jurídicamente protegidos por las Comunidad internacional. Sin embargo, como en tantos otros ámbitos, lo mejor puede ser enemigo de lo bueno y la asunción sin más de jurisdicción sobre cualquier crimen de lesa humanidad podría asignar a la Administración de Justicia un volumen de asuntos para cuyo conocimiento se requerirían de unos medios de los que no siempre puede disponer y podría afectar elementos sensibles de las relaciones internacionales del Estado, sin garantizar en muchos casos unos resultados satisfactorios.

IV. El sistema español de Derecho penal transfronterizo

Al aplicar el esquema que hemos venido pergeñando a los delitos de genocidio y de lesa humanidad, puede comprobarse como el Código Penal, en sus artículos 607 y siguientes, tipifica estos comportamientos ciñéndose a la descripción de los

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

¹³ Ser español o extranjero que hubiese adquirido la nacionalidad con posterioridad a la comisión del delito.

textos internacionales y consagrando su imprescriptibilidad en el art. 131¹⁴. Se cumple así el primer mandato del Derecho internacional y se reconoce la universalidad del reproche jurídico que debe imputarse a esta categoría de hechos. Una vez establecidos como delitos, se garantiza que nuestros jueces y tribunales habrán de juzgar esos comportamientos en los casos en los que resulten competentes y que, de no ser así, la persona que haya cometido un crimen de esta naturaleza, sea cual sea su nacionalidad y el lugar y tiempo en que lo perpetrase, satisface respecto a España la tipificación del ilícito y facilita el cumplimiento del requisito de la doble imputación en relación con cualquier otra jurisdicción que resultase competente y pudiera reclamar la entrega de sus presuntos autores. De esta forma se pretende conseguir una perfecta sintonía entre lo que el Derecho internacional considera como crímenes y lo que los Sistemas nacionales tipifican como delitos perseguibles. Por lo tanto, ningún responsable de un delito de lesa humanidad podría encontrar amparo en nuestro Ordenamiento, lo que abre la puerta a la posible extradición del presunto delincuente y deja establecidas las bases para la cooperación con las jurisdicciones estatales e internacionales que pudieran conocer del asunto, de no resultar competente la del foro.

Cumplido este objetivo, el legislador español aborda en el art. 23 LOPJ cuáles son las condiciones en las que esos delitos pueden ser ventilados ante nuestro Poder Judicial. Pues bien, En la primera versión de la Ley Orgánica 6/1985 se consagró el criterio de la universalidad en su formulación más amplia.

“Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los relativos a la prostitución .f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

A esta redacción se fueron añadiendo algunos nuevos tipos, hasta que la Ley Orgánica 1/2009 introdujo un párrafo que limitó el ámbito competencial a los casos en los que quedase acreditado que “...sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o [pudiera] constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”.

¹⁴ “Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso”

A partir de las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 1/2014 y 2/2015, la delimitación de la jurisdicción española en los ámbitos penal y civil sufrió un cambio drástico. En la esfera que ahora nos ocupa, se abandonó definitivamente el criterio de la universalidad para los crímenes de genocidio y lesa humanidad y sólo se ha mantenido en el numeral tres del artículo 23 para los delitos susceptibles de afectar a los intereses esenciales del Estado, tales como, los de traición, rebelión o sedición, los relativos al control de cambios o las falsificaciones que perjudiquen el crédito o los intereses de la nación. Pues bien, si la reforma del año 2009 incluyó algunos elementos de racionalidad en una jurisdicción internacional ilimitada, la de 2014 no sólo restringió el juego de este criterio sino que ha llegado a suprimirlo totalmente. Quizás no resultaría exagerado considerar que el apartado cuatro de este precepto poco añade a los criterios de territorialidad y personalidad consagrados en sus dos primeros numerales. En efecto, al margen de los delitos cometidos en nuestro país y de lo dispuesto en los Convenios internacionales, la nacionalidad o la residencia habitual en España del presunto responsable son los vínculos más utilizados para determinar la competencia en esta tipología de crímenes. En la mayoría de los supuestos, el arraigo de la víctima en España se condiciona a la presencia del imputado en nuestro país. Sólo en los delitos contra la indemnidad sexual de los menores o en los de terrorismo el enraizamiento del perjudicado en nuestro país puede operar autónomamente.

Pero antes de proseguir nuestro análisis, es preciso establecer de forma clara cuando una misma conducta puede ser calificada como “delito” o como “delito de lesa humanidad”. Y es que no debe perderse de vista que la enumeración de estos crímenes en los artículos 7 del Estatuto de Roma y 607 y siguientes del Código Penal se corresponde con delitos que aparecen en las restantes rúbricas de nuestra legislación penal, pero que se diferencian de ellos en atención a una serie de elementos que han de tomarse en consideración. En el estatuto de Roma los crímenes de lesa humanidad se caracterizan por formar parte de un “ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella”. En cambio, el asesinato, las detenciones ilegales, los secuestros, las torturas o la trata de seres humanos contemplado en los artículos 139, 163, 164, 173 o 177 *bis* del Código penal español, por ejemplo, no tienen por qué producirse en el contexto de un “ataque sistemático o generalizado”. Es precisamente el escenario de una agresión persistente e intensiva contra un segmento de la población civil lo que hace que estos crímenes trasciendan el interés del entorno en el que se producen y afecten a la Comunidad Internacional en su conjunto.

En consecuencia, del mismo modo que determinadas conductas despiertan el interés sancionador del Estado español y es a Él a quien compete el tipificarlas y establecer los casos en los que desea que sean juzgadas por sus tribunales, los crímenes de lesa humanidad “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y

el bienestar de la humanidad” y, por lo tanto, es a la Sociedad Internacional a quien corresponde definirlos y establecer los mecanismos de defensa frente a ellos en cooperación con los Estados¹⁵. A la hora de establecer la competencia judicial en materia penal el legislador debe tomar en consideración esta distinción y sopesar la conveniencia de aplicar un régimen distinto a cada una de estas dos categorías. A nivel de Derecho sustantivo se sigue esta línea y se endurecen considerablemente las penas para los delitos que vienen agravados por su carácter de lesa humanidad. Pero, al delimitar la jurisdicción su proceder es errático y, aunque dedica un párrafo específico a los crímenes de genocidio y lesa humanidad¹⁶, en los apartados siguientes describe tipos delictivos que pueden calificarse tanto como crímenes de lesa humanidad como de delitos que no revisten dicha consideración.

En efecto, cuando se intenta analizar el art. 23.4º LOPJ, en relación con sus numerales 5 y 6, lo primero que sorprende es el no poder averiguar cuáles son las directrices de política legislativa que el legislador ha querido plasmar en la norma. Lo segundo que llama la atención es la confusa, prolija e, incluso a veces, contradictoria redacción. Da la impresión que se ha pretendido positivar una disposición que aparente una notable sensibilidad frente a esta tipología de delitos, al tiempo que se desea restringir la jurisdicción a los casos en los que el presunto responsable sea español o residente en España o cuando los crímenes se hayan cometido en nuestro país y, finalmente, no parece que se haya distinguido con claridad lo que es un crimen de lesa humanidad del que no lo es y, dentro de los que no lo son, cuales requieren de una cooperación internacional y cuáles no.

V. Análisis del art. 23.4º LOPJ

La disposición en estudio considera competente a la jurisdicción española en los casos y en las circunstancias que se expresan en los 16 párrafos en los que se divide este precepto.

En la letra a) se contiene una descripción genérica de los delitos contemplados en el Estatuto de Roma¹⁷ y se establece la jurisdicción sobre la base de la nacionalidad española o de la residencia habitual del imputado y se asume una competencia residual para juzgar al extranjero que, hallándose en España, no pudiera ser

¹⁵ En el preámbulo del Estatuto de Roma, los Estados Parte afirman que tales delitos “no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que [los responsables] sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia” Cfr. la exposición de motivos del Estatuto de Roma en BOE 27.5.2002

¹⁶ El Reino de España, asumió la necesidad de adoptar medidas en el plano nacional para perseguir los delitos de genocidio y lesa humanidad cuando ratificó el Estatuto. Al dedicar el apartado a) del artículo 23. 4 a esta categoría de delitos ha cumplido formalmente con el compromiso asumido.

¹⁷ Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

extraditado, cuando así lo considere la Sala 2ª del Tribunal Supremo por entender que la jurisdicción requirente no está dispuesta a llevar a cabo la investigación o que no puede realmente hacerlo¹⁸.

El apartado siguiente, se ocupa de los delitos de tortura y contra la integridad moral, subrayando que se refiere a los que se encuentran específicamente tipificados en los arts. 174 a 177 del Código Penal. Por lo tanto, una lectura de las disposiciones citadas nos impide deducir que este inciso se refiera necesariamente a las torturas derivadas de un “ataque sistemático o generalizado contra una población civil” tal como se describen en la letra f) del art. 7 del Estatuto de Roma. Así pues, debe entenderse que los de lesa humanidad son lo que se hallan contemplados en el apartado anterior y que este precepto se limita a conferir jurisdicción cuando los delitos contemplados en los artículos citados hubiesen sido cometidos por funcionarios o autoridades españolas (lo que resulta innecesario por hallarse ya contemplado en el numeral 2 del art. 23) y en los casos en los que la víctima del delito fuese española y el presunto torturador se hallase en España. Esto último nos suscita una duda interpretativa. El legislador, parece referirse a unos hechos acaecidos fuera de España contra una víctima española, para asumir competencia cuando el inculcado se hallare en nuestro país. De ser así, un delito de estas características podría ser susceptible de calificarse como crimen de lesa humanidad si se hubiese producido en las condiciones que lo caracterizan. En tal caso la cuestión estriba en determinar si se debería aplicar la letra a) de esta disposición, por ser la específicamente referida a los delitos de lesa humanidad, o considerar que se añade un foro de competencia a favor de la víctima española en este apartado b), tanto si el delito se configura como de lesa humanidad como si no lo fuere. La referencia expresa a los arts. 174 ss del Código penal no impide, pero dificulta, sustentar esta segunda interpretación.

La letra c) se consagra a los delitos de desaparición forzada incluidos en el Convenio de Nueva York de 20 diciembre 2006. Dicho Tratado establece en su artículo 9 que cada Estado parte deberá instituir su jurisdicción para conocer de estos asuntos: cuando la comisión del delito se produzca dentro de los espacios sometidos a su soberanía, cuando el imputado sea nacional de ese país y cuando la persona desaparecida sea ciudadana de dicho Estado y éste lo considere apropiado. El legislador español no incluye aquí el criterio territorial, puesto que ya estaba consagrado en el art. 23.1º; vuelve a reiterar la nacionalidad del imputado, aunque ya estaba recogida en el art. 23.2º; y considera apropiada la tutela de la

¹⁸ Cf. el apartado cinco del citado art. 23, a cuyo tenor sólo podrá denegarse la extradición “... cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal”.

víctima cuando la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

El inciso precedido de la letra *d*) enumera los delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima y se limita a remitirse a los tratados ratificados por España y a los actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte. Se trata de un mero recordatorio de la existencia de unos textos que forman parte del Ordenamiento interno, en virtud de los artículos 93 y 96 CE y el 1.5º Cc. Ahora bien, los delitos contemplados en dichos preceptos de origen internacional no tienen por qué ser necesariamente crímenes de lesa humanidad, aunque sean delitos que requieran de una cooperación internacional para su persecución, sanción y erradicación.

La letra *e*) vuelve a referirse al delito de terrorismo que, como acabamos de ver, ya estaba contemplado en la letra *d*). Debe inferirse por consiguiente que estamos ante dos tipos de terrorismo diferenciables; el primero haría referencia al de carácter internacional que se regiría por lo establecido en los tratados y actos normativos internacionales vinculantes; y el segundo, que se concretaría en el que tiene su origen o destino en España y quedaría regulado por la legislación española¹⁹. Puede sorprender que en este apartado se incluya como criterio competencial en su ordinal 4º el que “la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos” sin el correlativo corolario de que “la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español” tal como se hacía en los párrafos precedentes. Sin embargo no resulta tan chocante esta excepción si consideramos que con este precepto se está pensando en los actos terroristas que se organizan en nuestro país, por sujetos que a él se vinculan o que repercuten sobre sus instalaciones oficiales en el extranjero o de la Unión Europea en España y sobre los buques o aeronaves que navegan bajo nuestro pabellón.

Los aps. *f*) y *g*) se refieren al apoderamiento ilícito de aeronaves y a la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil. Ambos se remiten a sendos Convenios internacionales. La letra *g*) reenvía la regulación del supuesto a lo establecido en el Tratado de Montreal y a su protocolo complementario; mientras que la letra *f*), remitiéndose al Convenio de La Haya de 16 diciembre 1970, adopta

¹⁹ La jurisdicción se asume, por una parte, con criterios de carácter personal, tales como la nacionalidad o la residencia habitual del imputado, la colaboración del presunto responsable con alguno de estos dos tipos de sujetos o cuando se cometa por cuanta de una persona jurídica domiciliada en nuestro país; por otro lado, se toma en cuenta el que se haya realizado para condicionar de modo ilícito la actuación de una autoridad española, el que se cometa contra una instalación oficial de España en el extranjero o contra un buque o aeronave de nuestro pabellón o se perpetre contra o una institución u organismo de la Unión Europea con sede en España.

dos criterios para asumir competencia; el de la nacionalidad española del imputado y el de la comisión del delito contra una aeronave que navegue bajo pabellón español. Es decir, se ha estado a lo dispuesto en el art. 7 del Tratado Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 diciembre 1999²⁰ y no a lo dispuesto en el art. 4.1º del Convenio al que se hace referencia²¹. Por esta razón, no se ha debido considerar oportuno asumir competencia en el caso de que la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, aterrice en territorio español con el presunto delincuente a bordo.

La letra h) prosigue con la saga de preceptos conectados a la existencia de tratados internacionales en la materia, con una referencia al de Nueva York de 3 marzo 1980 relativo a la protección física de materias nucleares. Determina la competencia de nuestra jurisdicción sobre la base de la nacionalidad española del imputado, en consonancia con lo previsto en el art. 8 del citado Convenio.

El párrafo precedido de la i) vuelve a ocuparse del tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacentes o sustancias psicotrópicas que ya estaba contemplado en la letra d) del artículo en análisis. En este caso debe entenderse que establece la competencia internacional para los supuestos no previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte y que la asume cuando el procedimiento se dirija contra un español o cuando se ejecuten actos o se constituyan grupos u organizaciones que tengan por objeto la comisión de este tipo de delitos en territorio español.

El apartado j) atiende a los delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos y asume jurisdicción sobre la bases de dos criterios cumulativos; en primer lugar la actuación ha de estar dirigida a la comisión del delito en el territorio nacional; en segundo lugar, ese delito ha de estar castigado en nuestro Código Penal “con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión”.

La letra k) establece la jurisdicción sobre delitos contra libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad. Sorprende que tratándose de

²⁰ El art. 2 de este Convenio considera que los delitos a los que se refiere incluyen los comprendidos en el ámbito del tratado de La Haya de 16 diciembre 1970 (BOE 23.5.2002).

²¹ Art. 4.1º “Cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito y sobre cualquier acto de violencia cometido por el presunto delincuente contra los pasajeros o la tripulación, en relación directa con el delito en los casos siguientes: a) si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en tal Estado, b) si la aeronave, a bordo de la cual se comete el delito, aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo. c) si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación a una persona que en tal Estado tenga su oficina principal o, de no tener tal oficina, su residencia permanente. 2. Asimismo, cada Estado Contratante tomará las medidas necesarias para establecer jurisdicción sobre el delito en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición conforme al artículo 8, a los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.”

menores se aluda a la libertad sexual, aunque el art. 183 *quater* del Código penal tome en cuenta el consentimiento del menor de dieciséis años en determinadas condiciones. Los criterios utilizados son el de la nacionalidad o residencia del presunto autor o del domicilio en España de la persona jurídica o empresa que perpetre este tipo de actuaciones. Finalmente se consagra la nacionalidad española de la víctima o su residencia habitual en España en el momento de la comisión de los hechos como vinculación efectiva para determinar la competencia sin sujetarla a ninguna otra condición.

El inciso precedido de la *l)* vuelve a remitirse a un Tratado para disponer que los delitos tipificados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, serán juzgados en España cuando el imputado sea español o residente habitual en España, o la víctima sea española o residente habitual en nuestro país y el imputado se encuentre en nuestro país, en línea con lo previsto en el artículo 44 del citado instrumento.

El apartado señalado con la letra *m)* vuelve a reiterar otro supuesto, la trata de seres humanos, que ya estaba contemplado en el inciso marcado con la *d)*. Por lo tanto, habrá de entenderse que en todo lo que no se encuentre previsto en los Tratados ratificados por España o en los actos normativos de una Organización internacional de la que España sea parte, nuestros jueces y tribunales poseen competencia para entender de estos asuntos cuando el imputado sea español o residente habitual en España o cuando se trate de personas jurídicas, entidades o agrupaciones que tengan su sede en nuestro país. También podrán conocer de los casos en los que las víctimas fuesen españolas o residentes habituales si el imputado se encontrase en nuestro territorio.

El párrafo precedido de la *n)* se refiere a los delitos de corrupción entre particulares y determina la jurisdicción con base en la nacionalidad o la residencia del imputado cuando sea persona física; y en el criterio del domicilio social o de la sede de la persona jurídica cuando se trate de delitos cometidos por una empresa o entidad o por sus directivos o administradores.

En el apartado señalado con la letra *o)*, se contemplan los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 octubre 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública y establece la jurisdicción siguiendo escrupulosamente lo establecido en el art. 10 de dicho tratado.

Finalmente, el inciso *p)* contiene una cláusula de salvaguardia general, para incluir en el ámbito jurisdiccional español el conocimiento de “Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que

España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”; y concluye la regulación del este apartado cuatro disponiendo que: “Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un tratado vigente para España”.

VI. Algunas consideraciones finales en torno a la competencia judicial internacional en relación con los delitos de genocidio y lesa humanidad

En el epígrafe precedente hemos tratado de describir la prolija ordenación del precepto y, al hilo de su lectura, hemos ido extrayendo una serie de consideraciones de entre las que destacaremos las siguientes:

i) Agrupar todos los crímenes de lesa humanidad en una sola rúbrica²² y extender la competencia general (comisión del delito en España o nacionalidad española del inculpado) a los cometidos por extranjeros residentes en nuestro país y a los casos en los que no proceda la extradición, nos parece una manera muy limitada de establecer la extensión de nuestra jurisdicción con respecto a este tipo de crímenes. Sin embargo, hemos de reiterar que la aplicación de un criterio de competencia universal puro a los delitos de lesa humanidad tampoco nos parecería una solución apropiada. Toda persona tiene derechos a ser juzgada por un tribunal competente y la competencia se determina con base en la existencia de una vinculación real entre el juzgador y el delito enjuiciado.

La solución razonable sería adoptar un sistema similar al que introdujo la Ley Orgánica 1/2009, completado con unos mecanismos que permitiesen una ágil coordinación entre la jurisdicción española y el Tribunal Penal Internacional. La nacionalidad española de la víctima o su residencia habitual en España, unidas a la presencia del presunto responsable en nuestro país deberían ser criterios suficientes para asumir jurisdicción con respecto a estos crímenes. Y es que al repasar los restantes delitos que se contemplan en este numeral, podríamos llegar a la conclusión que una misma conducta podría ser juzgada en España si no mereciese la calificación de lesa humanidad y que no podría serlo de constituir un crimen de esta naturaleza.

²² Se aprecia una desconexión entre la sistemática seguida en el Código penal y la observada en la Ley Orgánica del Poder Judicial. El primero dedica un capítulo a los delitos de genocidio, otro a los crímenes de lesa humanidad y un tercero a los cometidos contra personas y bienes protegidos en caso de conflictos armados. Dentro de cada una de estas rúbricas, se desglosan los diferentes tipos que cada una incluye y se establecen sus correspondientes sanciones, que son distintas y más duras que las previstas para esos mismos delitos cuando no tienen el agravante de “lesa humanidad”.

El hecho de que, por razones de política exterior, se haya establecido una competencia exclusiva a favor del Gobierno para poner en marcha los mecanismos de activación de la Corte Penal Internacional, nos parece excesivo. Si se presentase una denuncia o querella, con base en la presencia del inculpado y la nacionalidad o residencia habitual de la víctima, y el Órgano Judicial o el Ministerio Fiscal advirtiesen la falta de una vinculación adecuada o considerasen no poseer los medios necesarios para llevar a cabo una correcta investigación de los hechos, se podrían arbitrar términos hábiles para trasladar directamente esa denuncia al Fiscal de la Corte. El limitarse a informar de esta posibilidad al querellante en los casos de incompetencia de nuestra jurisdicción, tal como establece el art. 7.2º LO 18/2003, nos parece insuficiente.

ii) A partir de lo anterior, en los incisos encabezados por la letra b) y siguientes, se enuncian los foros de competencia relativos a una serie de delitos que no guardan una relación de homogeneidad entre sí. Se incluyen conductas que pueden ser calificadas como crímenes de lesa humanidad (desapariciones forzadas), se contemplan delitos que sólo agravan al colectivo social nacional (corrupción entre particulares); y se atiende igualmente a otros comportamientos ilícitos que requieren de una cooperación internacional, en la medida en la que su persecución y erradicación desborda la capacidad de actuación de un solo Estado (tráfico ilegal de drogas). Esta heterogeneidad de materias genera algunos problemas de interpretación a los que ya se ha hecho referencia.

iii) En tercer lugar, en los que respecta a los tratados internacionales suscritos por España, hay que tener en cuenta que pueden distinguirse tres grandes grupos: los que imponen directamente los foros de competencia; los que obligan a establecer la jurisdicción transponiendo los criterios vinculantes que en ellos se determinan y los que incluyen directrices que pueden ser incorporadas o no al Sistema jurídico de cada Estado parte, cuando lo consideren adecuado. Las normas de competencia contenidas en los Convenios del primer tipo quedan automáticamente incorporadas al Sistema jurídico español por la vía de los arts. 96 CE y 1.5º Cc. No hace falta recordarlas, pero tampoco resulta criticable aludir a su existencia en una disposición de la LOPJ. Para cumplir las obligaciones derivadas de un Tratado de la segunda categoría hubiese bastado con una enumeración de los mismos y una incorporación por referencia de las normas de competencia que tienen que ser obligatoriamente transpuestas. Finalmente, el sistema se podría haber completado agregando las directrices facultativas contenidas en los Convenios del tercer grupo, en las condiciones que hubiese considerado adecuadas nuestro legislador²³.

²³ Como hemos visto, el Convenio de Nueva York de 20 diciembre 2006 retiene el foro de la nacionalidad de la persona desplazada si el Estado del que sea ciudadano lo considera apropiado y nuestro legislador lo recoge con la matización de que el inculpado debe hallarse en nuestro país.

Por lo tanto, lo lógico hubiese sido esquematizar ordenadamente este apartado en una rúbrica propia.

iv) No resulta positivo el poder observar una cierta descoordinación entre los textos relativos a estas materias. Por ejemplo, resulta ilustrativo que el art. 8 Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional, al referirse a los hechos cuyo conocimiento pudiera corresponder a la jurisdicción española, los concrete en los que hubiesen acaecido en territorio español y en los que hubiesen sido presuntamente cometidos por nacionales españoles. No es que resulte difícil integrar esta aparente contradicción, habida cuenta de la identidad de rango normativo de ambas disposiciones y sus respectivas fechas de vigencia, pero estas faltas de sincronía, que pueden apreciarse en otros ámbitos, dan una imagen de aislamiento entre los diferentes textos legislativos que en nada ayuda a su correcta interpretación y aplicación.

v) Creemos que todo este edificio se podría haber reconducido a unas pocas disposiciones. Con carácter general, se podía haber añadido la sede de las personas morales al principio de personalidad²⁴ y agregado al de territorialidad los actos preparatorios para la comisión de un delito en España cuando estuviese sancionado con una pena igual o superior a tres años, así como los cometidos a bordo de naves o aeronaves abanderadas en nuestro país. Realizada esta operación, se podría haber establecido un numeral para los delitos de genocidio y lesa humanidad añadiendo, la residencia habitual del inculcado, la nacionalidad de la víctima cuando el presunto responsable se hallase en España y una competencia residual para los casos en los que se denegase la extradición. Tras estas dos disposiciones se agregaría una tercera dedicada a los Convenios internacionales, transponiendo sus reglas de competencia y adaptando los criterios no vinculantes a las directrices de política legislativa del foro. Finalmente se establecerían las normas de competencia para el resto de los delitos para los que se quisiera extender la jurisdicción más allá de lo establecido en las disposiciones generales.

²⁴ La sede o el domicilio de las personas jurídicas, corporaciones fundaciones y asociaciones o empresas, es la que determina su nacionalidad a tenor del art. 28 Cc.

UNIÓN EUROPEA

LA REFORMA DEL REGLAMENTO (CE) N° 2201/2003: ANÁLISIS DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES

M^a Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. La regulación vigente: la doble solución en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones y las debilidades de la supresión del executur. III. La nueva regulación propuesta: el reconocimiento automático y la supresión del executur con salvaguardias. 1. Los trabajos de reforma del Reglamento y las deficiencias detectadas. 2. Las soluciones en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones: A) Los presupuestos de aplicación; B) El reconocimiento y el executur automáticos; C) La ejecución y los motivos de denegación. 3. Reflexiones finales.

RESUMEN: La Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), señala seis grandes deficiencias en materia de responsabilidad parental que es necesario abordar urgentemente. Una de ellas es el requisito del executur que sigue constituyendo un obstáculo a la libre circulación de las resoluciones y que implica costes y retrasos innecesarios para los progenitores y los menores que intervienen en un procedimiento transfronterizo. La doble solución del Reglamento 2201/2003 en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones ha ocasionado graves problemas en la práctica. Por ello se propone la supresión del executur con las salvaguardias adecuadas que pueden invocarse en la fase de ejecución. Además se introducen medidas específicas destinadas a mejorar la eficacia de la ejecución propiamente dicha y se establece la obligación de que se dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones.

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO 2201/2003 – REFUNDICIÓN – SUPRESIÓN DEL EXECUTUR – MOTIVOS DE DENEGACIÓN DE LA EJECUCIÓN.

ABSTRACT: *The Reform of Regulation 2201/2003: Analysis of the Solutions Proposed in Matter of Recognition and Enforcement of Judgments.*

The Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast), identifies six main shortcomings concerning parental responsibility which need to be addressed urgently. One of them is the requirement of executur that is an obstacle to the free circulation of decisions which entails unnecessary costs and delays for parents and their children involved in cross-border proceedings. The double solution of Regulation 2201/2003 in matter of recognition and enforcement of judgments has caused acute problems in the practice. Therefore proposes the abolition of executur with appropriate safeguards to be invoked at the stage of enforcement. In addition, targeted measures are introduced to improve the efficiency of actual enforcement and establishes an obligation to give the child an opportunity to express his or her views.

KEYWORDS: REGULATION 2201/2003 – RECAST – ABOLITION OF EXECUTUR – GROUNDS FOR REFUSAL OF ENFORCEMENT.

* Profesora contratada Doctora de Derecho internacional privado (acred. titular). Universidad de Sevilla. Trabajo elaborado en el marco del Proyecto I+D+I DER 2014–58581–R, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y de Competitividad.

I. Introducción

1. El 30 junio 2016 la Comisión presentó la “Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)”, con el objetivo de subsanar las deficiencias que, tras más de diez años, la aplicación práctica de las normas del Reglamento 2201/2003 ha puesto de relieve¹. Ahora bien, y como primer dato negativo, no piense el lector que vayamos a asistir a una modificación de toda su regulación ya que de entre los dos ámbitos cubiertos por el Reglamento, las cuestiones matrimoniales y las de responsabilidad parental, es en estas últimas donde se centra toda la *Propuesta de Reglamento*. Con respecto a las primeras se afirma que sólo se cuenta con pruebas limitadas de la existencia de problemas, lo que impide la identificación precisa de la necesidad de intervenir. No cabe duda que los problemas en materia de crisis matrimoniales existen (por ejemplo, y por señalar algunos, el carácter alternativo de los foros, la falta de proximidad de algunos de ellos o la ausencia del foro basado en la autonomía de la voluntad)²; otra cosa es que se prefiera no abordarlos en esta fase por el temor a no alcanzarse la unanimidad ex art. 81.3º TFUE³. Por ello se plantea de nuevo la interrogante sobre la oportunidad de seguir manteniendo en un mismo instrumento los procedimientos matrimoniales y los relativos a la responsabilidad parental⁴.

2. En relación con las cuestiones de responsabilidad parental las grandes deficiencias señaladas son las siguientes: el procedimiento de restitución de menores, el acogimiento del menor en otro Estado miembro, el requisito del *execuatur*, la audiencia del menor, la ejecución efectiva de las resoluciones y la cooperación entre las autoridades centrales⁵.

¹ Doc. COM (2016) 411 final. Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, DO L 338 de 23.12.2003. Muchos de los problemas detectados ya habían sido señalados por la doctrina, Th. M. de Boer, “What we should not expect from a recast of the Brussels II bis Regulation”, *NiPR*, nº 1, 2015, pp. 10–19; T. Kruger and L. Samyn, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *J. Priv. Int’l L.*, nº 1, 2016, pp. 132–168; H. Van Loon, “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *Cross-Border Activities in the EU—Making Life Easier for Citizens, Workshop for the JURI Committee*, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department. Citizens’ Rights and Constitutional Affairs (2015); y por los siguientes estudios encargados por el propio Parlamento Europeo: *Cross-border parental child abduction in the European Union*, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department. Citizens’ Rights and Constitutional Affairs. Study for the LIBE Committee (elaborado por el Instituto Suizo de Derecho Comparado, 2015); *Cross-border placement of children in the European Union*, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department. Citizens’ Rights and Constitutional Affairs (dirigido por L. Carpanetto, 2016).

² En materia matrimonial la novedad más significativa que introduce la *Propuesta de Reglamento* es que se aclara el ámbito de aplicación personal delimitado por los arts. 6 y 7 y que tanta polémica doctrinal había ocasionado. Recuerdese, al respecto, que la STJ 29 noviembre 2007, asunto C–68/07, *Kerstin Sundenlind López c. Miguel Enrique López Lizaso* interpretó dichas disposiciones en el sentido de que, en el marco de un procedimiento de divorcio, “cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competencia en su Derecho nacional para resolver dicha demanda, si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al art. 3 de dicho Reglamento”.

³ La prueba más clara es el fracaso de los trabajos que se iniciaron para la reforma del Reglamento 2201/2003 en lo relativo a la competencia y la introducción de normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, Doc. COM (2006), 399 final. Dicha Propuesta de Reglamento tuvo que ser retirada y el resultado final fue, como se sabe, la adopción del Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343 de 29.12.2010.

⁴ A. Borrás Rodríguez, “What about matrimonial matters?”, *Rescating the Brussels IIa Regulation. Workshop 8 november 2016*, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department. Citizens’ Rights and Constitutional Affairs (2016).

⁵ Para un estudio de conjunto *vid.* E. Rodríguez Pineau, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, 2017, nº 1, pp. 139–165.

Que el grueso de la reforma se centre en la sustracción internacional de menores, pues debe actuarse en cuatro de los seis ámbitos señalados, evidencia que la regulación vigente adolece de grandes carencias⁶. En concreto, y por lo que nos interesa, la ejecución directa de las resoluciones que ordenan la restitución se ha visto frustrada en muchas ocasiones al no haberse garantizado el derecho de audiencia del menor o por considerarse que no responde a su interés superior.

3. La fórmula elegida para suprimir el executu en el Reglamento 2201/2003, sin una previa armonización de las normas procesales y sin posibilidad de oposición en la fase de ejecución, fue desde primera hora cuestionada al ponerse en peligro el respeto del derecho fundamental de defensa. Si a ello le sumamos el dato de que dicha supresión sólo se ha establecido, con carácter potestativo, para las resoluciones dictadas en materia de derecho de visita y de restitución de menores, pueden entenderse muchos de los problemas detectados. De ahí que para rectificar la solución inicialmente establecida una de las medidas que se proponen es la supresión del executu para todas las decisiones en materia de responsabilidad parental, para hacer del principio de reconocimiento mutuo una realidad, así como proteger el interés superior del menor mediante la simplificación de los procedimientos y la mejora de su eficacia⁷. Esta supresión se entiende ahora de forma análoga a como se ha realizado en el Reglamento 1215/2012, es decir, como una eliminación del procedimiento destinado a declarar ejecutiva la resolución en el Estado miembro requerido pero sin que ello implique una desaparición de su control, al establecerse las oportunas garantías que pueden invocarse en la fase de ejecución^{8 9}. Además junto a la desaparición del executu se establecen medidas específicas destinadas a mejorar la eficacia de la ejecución y se introduce la obligación de que se dé al menor la posibilidad real y efectiva de expresar sus opiniones.

4. El objetivo del presente trabajo es realizar un análisis de las soluciones que en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones se formulan en la *Propuesta de Reglamento*, sus luces y sus sombras. Para ello presentaremos de forma genérica la regulación actual puesto que solo así podremos valorar las nuevas reglas.

⁶ Para un análisis de las concretas soluciones propuestas en materia de sustracción internacional de menores *vid.* P. Beaumont, L. Walker & J. Holliday, "Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings", disponible en la siguiente dirección, <http://sro.sussex.ac.uk/62447/>

⁷ Expresamente se establece en la *Propuesta* que por niño debe entenderse toda persona menor de 18 años (art. 2.7) y que cualquier referencia al interés superior del menor debe interpretarse a la luz del art. 24 CDFUE y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, de 20 noviembre 1989 (Considerando 13).

⁸ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DO L 351 de 20.12. 2012; modif. por Reglamento 542/2014, DO L 163 de 29.5.2014. Para una valoración de la supresión del executu en este Reglamento *vid.*, entre otros, J.P. Beraudo "Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *Journ. dr. int.*, 2013, n° 3, pp. 741–763; F. Cadet, "Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gâté", *ibid.*, pp. 765–790; A. Nuyts, "La refonte du Règlement Bruxelles I", *Revue critique de droit international privé*, n° 1, 2013, pp. 1–63; M. Requejo Isidro, "La ejecución sin executu. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, Capítulo III", *REDI*, 2015, n° 2, pp. 49–82; M^a A. Rodríguez Vázquez, "Una nueva fórmula para la supresión del executu en la reforma del Reglamento Bruselas I", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 1, 2014, pp. 330–348; S. Sánchez Lorenzo, "El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas I bis)", *La Ley: Unión Europea*, n° 25, abril 2015, pp. 1–7.

⁹ Algún sector de la doctrina ya ha manifestado que el Reglamento n° 1215/2012 no debería ser el único modelo de referencia para la reforma del Reglamento n° 2201/2003 puesto que sería conveniente realizar, con carácter previo, un estudio global del Derecho europeo de familia, M. Douchy–Oudot, "Le Règlement Bruxelles I bis, un modèle pour une révision du Règlement Bruxelles II bis? Brèves observations", en E. Guinchard (dir.), *Le nouveau Règlement Bruxelles I bis*, Bruselas, Bruylant, 2014, p. 369.

II. La regulación vigente: la doble solución en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones y las debilidades de la supresión del execuátur

5. La peculiaridad del Reglamento 2201/2003 en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales es que conviven dos sistemas: de un lado, la clásica fórmula de reconocimiento automático y execuátur (éste para las resoluciones dictadas en materia de responsabilidad parental), previo control por parte del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido; de otra parte, y como novedad, la supresión del execuátur para las decisiones relativas al derecho de visita y determinadas resoluciones que ordenan la restitución de un menor ilícitamente desplazado, certificadas conforme al Reglamento en el Estado miembro de origen. No obstante, se trata de una solución potestativa ya que el titular de la responsabilidad parental puede acudir al régimen tradicional del reconocimiento y execuátur (art. 40.2º).

Con esta regulación el legislador daba cumplimiento, de forma parcial, a las medidas inicialmente previstas para esta materia en el “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia civil y mercantil”, siendo el primer instrumento en consagrar la ejecutividad directa de un conjunto de resoluciones¹⁰. Posteriormente hemos asistido a la elaboración de varios Reglamentos que, en el espacio judicial europeo, han revolucionado las clásicas soluciones sobre eficacia de resoluciones judiciales. Si el denominador común ha sido la supresión del execuátur hay que reconocer que en todos los instrumentos no se ha consagrado de la misma forma, ni han sido iguales las técnicas seguidas para su consecución¹¹.

6. Y muestra de ello es, precisamente, el Reglamento 2201/2003 que ha entendido dicha supresión en sentido amplio al eliminarse no solo el procedimiento de execuátur *stricto sensu* sino también cualquier posible control de la resolución en la fase de ejecución. Se alcanza, de esta forma, la máxima expresión del principio de confianza recíproca al establecerse el control de la sentencia en origen. Si el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen certifica la resolución conforme al Reglamento, porque se han cumplido los requisitos que para ello se establecen, “será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que pueda impugnarse su reconocimiento” (arts. 41.1º y 42.1º)¹². Esta ejecución directa, rápida, redundaría en el interés superior del menor al garantizarse el normal ejercicio del derecho de visita transfronterizo y la restitución del menor ilícitamente desplazado. El paso del tiempo acarrea consecuencias irreparables por lo que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución tiene que limitarse a constatar la fuerza

¹⁰ DO C 12 de 15.1. 2001. A juicio de P. Biavati, “Il riconoscimento e il controllo delle decisioni in materia familiare”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, nº 4, p. 1254, el Reglamento establece “un título ejecutivo europeo en materia familiar”.

¹¹ En el ámbito patrimonial: Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21.4.2004, por el que se establece un Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143 de 30 abril 2004); Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (DO L 399 de 30.12.2006); Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DO L 199 de 31.6.2007)—estos dos últimos modificados por el Reglamento (UE) nº 2015/2421, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 2015 (DO L 341 de 24.12.2015)—; Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DO L 351 de 20.12.2012; modif. por Reglamento 542/2014, DO L 163 de 29.5.2014; Reglamento (UE) nº 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 mayo 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (DO L 189 de 27.6. 2014). En el ámbito familiar junto al Reglamento 2201/2003 hay que referirse al Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO L 7 de 10.1.2009).

¹² Para D. Porcheron, “La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d’enfant: vers une relation de complémentarité?”, *Journ. dr. int.*, 2015, nº 3, p. 829, que la certificación la realice el mismo órgano que ha dictado la resolución compromete el principio de justicia imparcial.

ejecutiva de la resolución certificada, sin que quepa control alguno. Pero para esta eliminación del *exequatur* el Reglamento no contiene ninguna armonización de las normas procesales (a diferencia de lo previsto, por ejemplo, en el Reglamento del Título ejecutivo europeo que establece en su Capítulo III las “normas mínimas aplicables a los procedimientos”) ya que parte de la premisa de que el órgano jurisdiccional de origen ha respetado escrupulosamente todos los requisitos que se exigen para la certificación de la resolución. Paradójicamente esta fórmula solo se ha empleado en este Reglamento ya que los elaborados en materia patrimonial y el relativo a obligaciones de alimentos han seguido caminos distintos¹³.

7. Para que las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor puedan certificarse conforme al Reglamento deben cumplirse los siguientes requisitos: a) La resolución debe ser ejecutiva en el Estado miembro de origen¹⁴; b) El juez de origen debe comprobar que se cumplen las condiciones que enumera el art. 41.2° (para el derecho de visita) y el art. 42.2° (para la restitución del menor). Esas condiciones se refieren *grosso modo* al respeto del derecho de defensa, de audiencia del menor –a menos que esto no se hubiera considerado conveniente por su edad o grado de madurez– y de las partes afectadas; así como, en materia de restitución de menores, que la autoridad de origen haya tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del art. 13 Convenio de La Haya de 1980¹⁵.

Se considera, por tanto, que si estas exigencias se han respetado se garantizaría el derecho de defensa en origen (al recogerse la dimensión procesal del orden público), amén de que el órgano jurisdiccional antes de dictar su resolución de retorno, debe tener en cuenta los motivos en los que se fundamentó la de no restitución. El propio Considerando 33 afirma que el Reglamento observa los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor, enunciados el art. 24 de dicha Carta. Son estas razones las que justifican que la sentencia se beneficie de este régimen privilegiado de ejecutividad directa puesto que el bien jurídico protegido exige celeridad.

Ahora bien, no puede olvidarse que la configuración concreta de esos requisitos y su cumplimiento se realizará en cada Estado miembro conforme a lo previsto en sus respectivos procedimientos nacionales existiendo notables diferencias entre ellos, sobre todo en lo relativo al derecho de audiencia del menor (la edad mínima que se considera adecuada para que el menor exprese sus opiniones, cómo debe desarrollarse dicha audiencia...).¹⁶ Además, como la ejecución *stricto sensu* sigue estando sujeta a la ley del Estado miembro de que se trate, las concretas medidas de ejecución pueden diferir de un Estado a otro¹⁷. Estas divergencias y la imposibilidad de oponerse en fase de ejecución son los verdaderos obstáculos a la ejecución directa de las resoluciones.

8. Una vez emitido el certificado no es posible interponer ningún recurso contra dicha expedición, estableciéndose únicamente la vía de la rectificación que se regirá conforme a lo dispuesto en la *lex fori*

¹³ Para una valoración de conjunto *vid.* M.A. Rodríguez Vázquez, “Una nueva fórmula...”, *loc. cit.*, pp. 330–348.

¹⁴ No obstante, se establece que aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, sin perjuicio de eventuales recursos, de las resoluciones judiciales que reconocen un derecho de visita o que ordenan la restitución del menor, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutivas dichas resoluciones.

¹⁵ El certificado se redacta en la lengua de la resolución y para su expedición se utiliza el modelo de formulario normalizado que figura en los Anexos III y IV. En el supuesto de restitución del menor se expedirá siempre de oficio, mientras que en materia de derecho de visita hay que distinguir la situación que tiene carácter transfronterizo al dictarse la resolución (en cuyo caso se expide de oficio cuando la resolución adquiriera fuerza ejecutiva, incluso provisional), de aquella que adquiere dicho carácter con posterioridad (que será a instancia de parte).

¹⁶ Por ello y como apunta C. González Beilfuss, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, p. 173, “no se puede garantizar que la participación otorgada al niño en el Estado de origen de una decisión no vulnere los principios fundamentales de la legislación del Estado en el que se solicita la ejecución de la misma”.

¹⁷ *Comparative Study on Enforcement Procedures of Family Law*, elaborado por T.M.C Asser Institut, 2007.

(art. 43)¹⁸. Como puede comprobarse esta previsión difiere de la establecida, poco después, en materia patrimonial ya que en el Reglamento del Título ejecutivo europeo también se permite la revocación del certificado. Y se justifica esta solución por la exigencia de rapidez y por la necesidad de evitar situaciones de bloqueo que lleguen a menoscabar el efecto útil de las soluciones establecidas en el Reglamento. Ahora bien, que no pueda recurrirse la expedición del certificado no significa que no pueda recurrirse la resolución certificada ante el órgano jurisdiccional de origen¹⁹.

9. La resolución certificada conforme al Reglamento deberá ejecutarse en el Estado miembro de ejecución en las mismas condiciones que si hubiese sido dictada en dicho Estado miembro. Con la finalidad de impedir retrasos injustificados se dispone, como regla general, que no puede impugnarse su ejecución. El único motivo de denegación que se prevé es la incompatibilidad de la resolución certificada con una resolución ejecutiva dictada con posterioridad (art. 47.2º)²⁰. Es aquí donde más sorprendente resulta la regulación del Reglamento al suprimirse toda referencia a la cláusula del orden público, máxime cuando está en juego el interés superior del menor y el respeto de sus derechos fundamentales²¹. El *quid* de la cuestión estaba en saber si, en la práctica, los órganos jurisdiccionales nacionales podrían o iban a invocar su orden público para denegar la ejecución de las resoluciones de retorno²².

10. Al respecto hay que afirmar esta posibilidad ha sido rechazada por la jurisprudencia del TJUE que ha sido plenamente respetuosa de la letra del Reglamento, al no permitir ninguna excepción a la regla de la ejecución directa²³. Como estableció en la Sentencia *Rinau*, “el órgano jurisdiccional requerido no puede sino constatar la fuerza ejecutiva de la resolución certificada y disponer la restitución del menor”.

¹⁸ En nuestro ordenamiento la Disposición final 22ª LEC establece que el procedimiento para la rectificación de errores se resolverá de la forma establecida en los tres primeros apartados del art. 267 LOPJ.

¹⁹ Como se analizará con más detalle en este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en las Sentencias de 11 julio 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau*; de 1 julio 2010, asunto C-211/10, PPU, *Doris Povse c. Mauro Alpago* y de 22 diciembre 2010, asunto C-491/10 PPU, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz*.

²⁰ El TJUE en la Sentencia *Povse* ha afirmado que el carácter incompatible, en el sentido del art. 47.2º, de una resolución certificada con una resolución ejecutiva posterior sólo puede comprobarse en relación con las eventuales resoluciones dictadas posteriormente por los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro de origen (motivo 76). Por tanto, “una resolución dictada posteriormente por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución que atribuye un derecho de custodia provisional y que se considera ejecutiva conforme al Derecho de dicho Estado no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada dictada anteriormente por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen y que ordena la restitución del menor”.

²¹ El Reglamento se diferencia totalmente del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores que, en su art. 20, establece que la restitución del menor podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Para una valoración crítica de la solución establecida en el Reglamento en nuestra doctrina vid. J.D. González Campos, “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso”, *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al prof. J.A. Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pp. 695-716; M. Guzmán Zapater, “La superación del *execuatur* en el espacio judicial europeo: decisiones relativas al derecho de visita y obligación de alimentos”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2006, pp. 211-246.

²² El propio Estudio encargado por el Parlamento Europeo, elaborado por B. Hess y T. Pfeiffer, *Interprétation de l'exception d'ordre public telle que prévue par les instruments du droit international privé et du droit procédural de l'Union européenne*, Direction Générale des politiques internes. Département Thématique C: Droits des citoyens et affaires constitutionnelles (2011), puso de relieve que la aplicación práctica del Reglamento 2201/2003 en lo relativo a la ejecución de las resoluciones de retorno estaba planteando muchos problemas.

²³ Como afirma S. Álvarez González, “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del *execuatur* y derechos del niño a ser oído”, *La Ley*, nº 7578, 28 febrero 2011, p. 4, “se puede decir que, en términos tópicos (excepcionalidad de la norma y fortaleza del derecho fundamental), se darían las condiciones necesarias para que el Tribunal de Justicia hubiese sucumbido a la tentación de introducir una excepción *praeter legem* al funcionamiento ordinario del Reglamento”.

El control de la resolución pesa sobre el órgano jurisdiccional de origen que es quien debe cerciorarse de que se cumplen los requisitos para la certificación y en el supuesto de que se considere que dicha certificación se ha expedido indebidamente (porque, por ejemplo, el órgano no era competente o porque no se cumplían dichos requisitos), las partes deben interponer los pertinentes recursos en el Estado miembro de origen. Ante la pregunta de si es posible que un órgano jurisdiccional pueda excepcionalmente oponerse a la ejecución de una resolución judicial que ordena la restitución de un menor certificada por el órgano jurisdiccional de origen sin haberse garantizado el derecho de audiencia del menor, el Tribunal de Justicia responde que no porque

“... el claro reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen y del Estado miembro de ejecución... descansa sobre la premisa de que dichos órganos jurisdiccionales respetan, en el ámbito de sus respectivas competencias, las obligaciones que el Reglamento les impone de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales”.

La apreciación de la existencia de la vulneración del derecho del menor a ser oído “compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen”, por lo que las partes interesadas deberán acudir al ordenamiento de ese Estado para hacer uso de las vías de recurso que les permitan impugnar la legalidad de una resolución certificada en virtud del art. 42 del Reglamento (Sentencia *Aguirre Zarraga*)²⁴.

Y tampoco puede el órgano jurisdiccional denegar la ejecución por considerar que

“... debido a un cambio de las circunstancias acaecida tras haberse dictado, podría suponer un grave menoscabo del interés superior del menor. Tal modificación debe invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, ante el cual deberá asimismo presentarse una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución” (Sentencia *Povse*).

11. Debe precisarse, además, que esta jurisprudencia del TJUE, en la que se afirma de forma reiterada que el Reglamento 2201/2003 prohíbe a los órganos de la ejecución cualquier margen de apreciación de la resolución que ordena la restitución del menor, ha sido confirmada por el TEDH en la Sentencia *Povse c. Austria*²⁵. En este asunto la demanda presentada por la Sra. Povse y su hija contra Austria, alegando que el cumplimiento por parte de los tribunales de ese país de la resolución que ordenaba el retorno de la menor le causaría daños psicológicos graves y constituiría una violación flagrante de su derecho al respeto a la vida familiar—art. 8 CEDH—, fue declarada inadmisibile por mayoría. Aplicando la doctrina *Bosphorus* el TEDH deduce la compatibilidad de la supresión del executur del Reglamento 2201/2003 con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Recuérdese, en líneas generales, que conforme a lo establecido en dicha doctrina cuando un Estado se ha limitado a cumplir sus obligaciones derivadas de su calidad de miembro de una organización internacional, se presume que ese Estado no se ha apartado de las exigencias

²⁴ Para un análisis crítico de esta Sentencia en nuestra doctrina *vid.* M. Herranz Ballesteros, “El control por el juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del art. 42 del Reglamento (CE) n° 2201/2003: el asunto *Aguirre Pelz*”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 25, 2011, pp. 1–39; N. Marchal Escalona, “Supresión del executur en las resoluciones de restitución de menores vs. derechos de defensa: ¿crónica de una muerte anunciada?”, en *El arreglo pacífico de controversias internacionales (XXIV Jornadas AEPDIRI)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 631–640.

²⁵ STEDH 18 junio 2013, asunto n° 3890/11. G. Cuniberti, “Abolition of l’executur et presumption de protection des droits fondamentaux. À propos de l’affaire *Povse c/Autriche*”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2014, pp. 303–327; H. Muir Watt, “Muir Watt on Abolition of Executur and Human Rights”, (<http://conflictoflaws.net/2013/muir-watt-on-povse>); M. Requejo Isidro, “Requejo on Povse” (<http://conflictoflaws.net/2013/requejo-on-povse>). La Sentencia fue recurrida ante la Gran Sala por el padre de la menor ya que, a su juicio, los tribunales austriacos habían violado su derecho al respeto a la vida familiar al no haber ejecutado la sentencia del tribunal italiano que ordenaba la restitución de su hija. La STEDH 15 enero 2015, asunto n° 4097/13, consideró que las autoridades austriacas no habían adoptado las medidas suficientes para asegurar la satisfacción de las obligaciones derivadas del art. 8 CEDH y acordó una indemnización para el demandante.

del CEDH si esa organización internacional ofrece una protección de los derechos fundamentales equivalente a la dispuesta por el CEDH²⁶. Por ello el TEDH concluyó que Austria había respetado el CEDH por haberse limitado a cumplir sus obligaciones de Estado miembro de la Unión Europea en virtud del Reglamento 2201/2003²⁷.

12. No obstante, y a pesar de lo contundente que es esta jurisprudencia, la práctica ha venido mostrando una cierta resistencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros al principio de reconocimiento mutuo y a la imposibilidad de controlar la sentencia en fase de ejecución. Continúan existiendo impedimentos para la ejecución de las órdenes de restitución²⁸. Y esto es así porque la solución del Reglamento descansa sobre la premisa de una plena confianza en la labor del juez de origen. Gráficamente, y como afirma B. Hess, la situación para los litigantes es del tipo “*de ventanilla única*”²⁹.

Pero no basta solo con la confianza porque para que dicha premisa pueda sostenerse debería haber existido una cierta armonización de las normas procesales. Afirmación que queda, a nuestro juicio, reforzada si se tiene en cuenta el gran debate suscitado durante los trabajos de reforma del Reglamento Bruselas I en torno a la supresión del *execuátur* y la protección de los derechos de defensa, lo que motivó que finalmente se adoptase una solución intermedia, alejada de la inicialmente propuesta³⁰.

La mejor prueba de que la concentración de competencias en el órgano jurisdiccional de origen debe corregirse y que la regulación vigente en materia de supresión del *execuátur* adolece de debilidades es la propia Propuesta de Reglamento que, como vamos a analizar, establece nuevas soluciones en la materia.

III. La nueva regulación propuesta: el reconocimiento automático y la supresión del *execuátur* con salvaguardias

1. Los trabajos de reforma del Reglamento y las deficiencias detectadas

13. En virtud de lo dispuesto en el art. 65 del Reglamento 2201/2003:

“A más tardar el 1 enero 2012, y a continuación cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe basado en la información proporcionada por los

²⁶ La doctrina *Bosphorus* también se ha invocado por el TEDH en la Sentencia de 25 febrero 2014, *Avotins c. Letonia*, caso nº 17502/07, donde se cuestionó la compatibilidad del art. 34.2º del Reglamento 44/2001 con el art. 6 CEDH. La Sentencia ha sido confirmada recientemente por la Gran Sala en su Sentencia de 23 mayo 2016, asunto nº 17502/07. Vid. F. Gascón Inchausti, “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 *Avotins c. Letonia*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2014, pp. 91–111; M. Requejo Isidro, “On *execuátur* and the ECHR Brussels I Regulation”, *IPRax*, nº 1, 2015, pp. 69–74; *id.* “*Avotins c. Letonia*. Sentencia del TEDH de 23 mayo 2016”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 40, 2016, pp. 187–201.

²⁷ Excede del objetivo de nuestro estudio el análisis de la ingente jurisprudencia del TEDH en materia de sustracción internacional de menores.

²⁸ Tal y como afirman P. Beaumont, L. Walker and J. Holliday, “Parental Responsibility and International Child Abduction...”, *loc. cit.*, p. 8, este estricto enfoque no garantiza que las órdenes de restitución sean ejecutadas ya aproximadamente el 75% no lo son. Los problemas que ha originado el art. 42 del Reglamento justifican, a juicio de H. Van Loon, su eliminación, “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *loc. cit.*, p. 203.

²⁹ B. Hess, “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho procesal civil europeo”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, p. 40. Recuérdese, en este sentido, que la Abogado General en sus conclusiones al asunto *Povse* sostuvo que el Reglamento exige a los órganos jurisdiccionales nacionales “*un alto grado de confianza mutua*” (punto 31).

³⁰ P. Beaumont and E. Johnston, “Abolition of the *Execuátur* in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?”, *IPRax*, nº 2, 2010, pp. 105–110; A. Dickinson, “The revision of the Brussels I Regulation. Surveying The Proposed Brussels I bis Regulation—Solid Foundations but Renovation Needed”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, 2010, pp. 247–309; P. Schlosser, “The abolition of *execuátur* proceedings—Including public policy review?”, *IPRax*, nº 2, 2010, pp. 101–104.

Estados miembros y relativo a la aplicación del presente Reglamento acompañado, si ha lugar, de propuestas encaminadas a su adaptación”.

La Comisión presenta dicho Informe en abril de 2014 realizando una primera valoración de la aplicación del Reglamento³¹. Aunque se considera que, como regla general, el Reglamento ha funcionado de forma satisfactoria es necesario introducir modificaciones ya que la práctica ha puesto de relieve algunas deficiencias³². Con la finalidad de estudiar a fondo todos los problemas detectados la Comisión puso en marcha una consulta pública en la que se formulaban sugerencias de revisión (consulta que recibió más de 190 respuestas) e impulsó una evaluación más detallada en el marco del Programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (RETIF)³³.

Esta evaluación del Reglamento se realiza sobre la base de un estudio externo³⁴ y de dos encuestas (una entre las autoridades centrales y otra entre los Estados miembros) para recopilar datos específicos sobre las resoluciones relativas a la responsabilidad parental. También se constituyó un grupo de expertos independiente y en el marco de la Red judicial europea en materia civil y mercantil, se debatió periódicamente el funcionamiento del Reglamento en varias reuniones de las autoridades centrales. Además se ha tenido en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia interpretando el Reglamento.

14. Sobre la base de todos estos datos se presenta en junio de 2016 la Propuesta de Reglamento, a la que se acompaña una evaluación de impacto en la que se tratan por separado las cuestiones identificadas como problemáticas, así como las distintas opciones políticas contempladas³⁵. Como ya hemos adelantado para las cuestiones matrimoniales la opción preferida ha sido mantener el *statu quo* y en materia de responsabilidad parental la de la necesidad de una intervención de la UE motivada por la magnitud y la urgencia de los problemas detectados.

15. Por lo que se refiere a la regulación vigente en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones se detectan tres grandes deficiencias:

i) Se constata que el requisito del *execuátur* sigue constituyendo un obstáculo a la libre circulación de resoluciones al implicar costes (las cifras oscilan entre los 1.100 € y los 4.000 €) y retrasos innecesarios. El plazo para obtener el *execuátur* varía entre los Estados miembros (desde unos días hasta meses) y en el supuesto de que se interponga recurso el procedimiento puede alargarse hasta más de dos años, lo que se considera un tiempo frustrante para los progenitores³⁶. Además se afirma que como el *execuátur* solo se ha suprimido de forma parcial se pueden producir situaciones contradictorias cuando, por ejemplo, en un Estado miembro debe ejecutarse de forma directa el derecho de visita y al mismo tiempo el reconocimiento y *execuátur* de los derechos de custodia concedidos en esa resolución pueden ser recurridos y, tal vez, denegados en dicho Estado miembro.

³¹ Documento COM (2014) 225 final.

³² Así y por lo que se refiere al reconocimiento y la ejecución de resoluciones se señala lo siguiente: la pertinencia de ampliar la supresión del *execuátur*; la posibilidad de introducir normas mínimas comunes de procedimiento, especialmente en lo que respecta a la audiencia del menor; y la conveniencia de establecer normas mínimas comunes en materia de ejecución de las resoluciones.

³³ Legislar mejor para obtener mejores resultados—Un programa de la UE, Documento COM (2015) 215 final.

³⁴ Study on the assessment of Regulation (EC) n° 2201/2003 and the policy options for its amendment. Final Report. Evaluation: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_jia_final_report_evaluation.pdf. Study on the assessment of Regulation (EC) n° 2201/2003 and the policy options for its amendment. Final Report. Analytical annexes: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_jia_final_report_analytical_annexes.pdf

³⁵ Documento SWD (2016) 207 final y Documento SWD (2016) 208 final. El Comité Económico y Social Europeo emitió su Dictamen sobre la Propuesta de Reglamento el 27 enero 2017, DO C 125 de 21.4.2017.

³⁶ Son los progenitores quienes más desean ampliar la supresión del *execuátur* (82%), seguidos de los jueces y de los abogados (71%). Algunos Estados miembros (por ej. Bélgica, Francia o Polonia) indicaron, no obstante, que el *execuátur* no debería suprimirse del todo (Final Report. Analytical annexes, pp. 152–153).

ii) Se aprecia que existen notables divergencias en la interpretación de los motivos de denegación del reconocimiento, en particular con relación a la audiencia del menor. Si es cierto que el derecho de audiencia del menor está reconocido en el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, en el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el propio Reglamento, los Estados miembros disponen de normas divergentes en la materia por lo que, en la práctica, suele denegarse el reconocimiento y ejecutár a la sentencia si la audiencia del menor en el procedimiento de origen no ha cumplido los requisitos que se exigen en el Estado miembro requerido³⁷. Además, el Reglamento sólo destaca la importancia del derecho de audiencia del menor en relación con los procedimientos de restitución y no de forma general³⁸.

En efecto, tal y como se deduce del estudio sobre la aplicación del Reglamento, el motivo de denegación previsto en el art. 23.b) ha sido el más invocado (69%) y el que más problemas ha planteado en la práctica. Junto a dicho motivo, el basado en la contrariedad del reconocimiento con el orden público del Estado miembro requerido también ha sido interpretado de forma distinta por la jurisprudencia nacional³⁹. Al respecto debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que sólo debe recurrirse al orden público en el caso de que, habida cuenta del interés superior del menor, el reconocimiento de la resolución dictada en un Estado miembro vulnera de forma manifiesta “una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido o un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento jurídico”⁴⁰.

iii) Se ha comprobado que, por regla general, la efectiva ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental se realiza con retraso y, en ocasiones, ni llegan a ejecutarse por las notables diferencias de las legislaciones nacionales⁴¹.

16. Y para superar todos estos problemas la *Propuesta de Reglamento*: a) Suprime el executár para todas las resoluciones dictadas en materia de responsabilidad parental, manteniéndose las oportunas garantías que la parte interesada podrá invocar en la fase de ejecución; b) Introduce la obligación de que se dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones; c) Establece medidas específicas destinadas a mejorar la eficacia de la ejecución propiamente dicha.

2. Las soluciones en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones

A) Los presupuestos de aplicación

17. La filosofía que inspira la regulación del Capítulo IV “*Reconocimiento y ejecución*” (arts. 27 a 59), es la de reforzar el principio de reconocimiento mutuo con el fin de alcanzar el objetivo de la libre circulación de resoluciones. Así se culminarían los objetivos marcados, para este ámbito, en la tercera etapa del

³⁷ El 78% de respuestas se muestra favorable a la introducción de un conjunto de normas mínimas en materia del derecho de audiencia al menor para favorecer el reconocimiento y ejecución de resoluciones (Final Report. Analytical annexes, p. 154).

³⁸ Para un análisis crítico de las ambigüedades de la regulación del Reglamento en relación con el derecho de audiencia del menor *vid.* A. Gouttenoire, “L’audition de l’enfant dans le Règlement Bruxelles II bis”, en H. Fulchiron et C. Nourissat, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 201–207.

³⁹ Final Report. Analytical annexes, pp. 58 y ss. Por lo que se refiere a la materia matrimonial se afirma que los motivos de denegación del reconocimiento no han planteado muchos problemas en su aplicación (Final Report. Analytical annexes, p. 60 y Estudio elaborado por el Parlamento Europeo *Interprétation de l’exception d’ordre public...*, *loc. cit.*, pp. 156–157).

⁴⁰ STJUE 19 noviembre 2015, asunto C–455/15 PPU: P c. Q, nota de S. Álvarez González, “Traslado ilícito de menores, competencia judicial internacional y orden público”, *La Ley: Unión Europea*, nº 33, enero 2016, pp. 1–9.

⁴¹ Alrededor del 83% de los encuestados considera que hay un amplio margen de mejora en el ámbito de la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental proponiéndose la adopción de normas mínimas, incluyendo un procedimiento uniforme de ejecución (Final Report. Analytical annexes, p. 156).

Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Y, como viene siendo hasta ahora, las soluciones previstas se aplicarán a las resoluciones dictadas por una autoridad (término que sustituye al de órgano jurisdiccional) de un Estado miembro, en una materia cubierta por el Reglamento⁴².

La principal novedad que se establece en esta sede es que, conforme a lo previsto en los arts. 48 y 49, se amplía el número de decisiones que van a beneficiarse de las nuevas reglas.

18. De un lado, el art. 48 extiende la aplicación de las disposiciones de este Capítulo IV “a las medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por una autoridad competente de conformidad con lo previsto en el Capítulo II”. No obstante, si la medida fue ordenada “sin que el demandado haya sido citado a comparecer” dichas disposiciones no serán aplicables.

De esta forma, y a diferencia de la regulación vigente, no sólo se va a conceder eficacia extraterritorial a las medidas provisionales, incluidas las cautelares, cuando han sido ordenadas por una autoridad competente en cuanto al fondo⁴³; sino que lo mismo se aplicará a las acordadas por una autoridad de un Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en el art. 12. Como esta disposición está incluida en el Capítulo II y como su apartado primero establece un foro de competencia judicial internacional, las medidas provisionales que se adopten podrán reconocerse y ejecutarse en virtud de lo previsto en el Reglamento⁴⁴. La única salvedad que se establece es cuando la medida fue ordenada por una autoridad sin que el demandado haya sido citado a comparecer, pues en dicho caso no son aplicables los mecanismos de eficacia del Reglamento (lo que no impide que dichas medidas puedan reconocerse y ejecutarse en virtud del Derecho nacional).

Hay que destacar que junto a la nueva regulación que realiza el art. 12 de las medidas provisionales, el art. 25.1º de la Propuesta regula la adopción de estas medidas en el procedimiento de restitución de un menor, cuestión que hasta la fecha ha planteado muchos problemas⁴⁵.

19. De otra parte, y conforme establece el art. 49, las disposiciones relativas a la responsabilidad parental se aplicarán *mutatis mutandis* a las resoluciones dictadas en un Estado miembro que ordenen la restitución del menor a otro Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1980 y que deban ejecutarse en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que se hayan dictado.

B) El reconocimiento y el executur automáticos

20. Las reglas en materia de reconocimiento siguen siendo básicamente las mismas que las actuales por lo que, al ser de sobra conocidas, no nos vamos a detener en su análisis. Se consagra el reconocimiento automático y se hace una mención especial a la actualización de los datos del registro civil de un Estado

⁴² Por el momento y tras el Brexit, el Reino Unido ha manifestado que sigue participando en los trabajos, T. Jarret, “Brexit: The Brussels IIa Regulation—Cross-Border child contact cases, and child abduction”, House of Commons Library (Briefing Paper, 11 november 2016).

⁴³ Recuérdese al respecto que la STJCE 15 julio 2010, asunto C-256/09, *Bianca Purucker c. Guillermo Vallés Pérez*, afirmó que las disposiciones de los arts. 21 ss Reglamento 2201/2003 “no se aplican a las medidas provisionales en materia de derecho de custodia comprendidas en el art. 20 de dicho Reglamento”. El principal argumento que sostiene el Tribunal es que el art. 20 no es una regla de competencia judicial internacional, *vid.* nota de E. Rodríguez Pineau, *REDI*, 2010, n° 2, pp. 238–241. En la *Guía Práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, se establece de forma expresa que el art. 20 del Reglamento no confiere competencia.

⁴⁴ Conforme a lo dispuesto en el art. 12.1º, “en caso de urgencia las autoridades de un Estado miembro donde el niño o los bienes del niño estén presentes tendrán competencia para adoptar medidas provisionales, incluidas las cautelares, previstas en su propia legislación en relación con el niño o los bienes”. También se introduce como novedad, recogiendo la jurisprudencia sentada en la STJCE 2 abril 2009, asunto C-523/07, A, que la autoridad que haya adoptado la medida de protección informará de ella a la autoridad del Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto.

⁴⁵ *Vid.* P. Jiménez Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 191–196; *id.*, “Medidas cautelares y sustracción de menores”, *La Ley*, n° 7601, 31 marzo 2011, pp. 1–12.

miembro sobre la base de las resoluciones firmes dictadas en otro Estado miembro en materia matrimonial. Cualquiera de las partes podrá solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de la resolución⁴⁶, y se regula el reconocimiento incidental.

21. Las modificaciones que se introducen son las siguientes:

En primer lugar, se recoge expresamente que cualquiera de las partes interesadas podrá solicitar que se resuelva que no hay motivos para la denegación del reconocimiento, siendo aplicable, en dicho caso, el procedimiento de denegación de la ejecución (art. 27.3º).

En segundo término, los motivos de denegación del reconocimiento se ubican ahora en una sección propia, la tercera, dedicada expresamente a la “*Denegación del reconocimiento y la ejecución*”. Se sigue manteniendo la distinción entre los motivos de denegación de las resoluciones dictadas en materia matrimonial (art. 37) y los de las dictadas en materia de responsabilidad parental (art. 38). Y en líneas generales se recogen los mismos con la salvedad de que se suprimen los previstos en las letras b) y g) del vigente art. 23. Esta supresión se justifica, en el primer caso, porque el art. 20 introduce la obligación de que se dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones y, en el segundo supuesto, por la nueva regulación establecida para el acogimiento transfronterizo⁴⁷.

En tercer lugar y con respecto a los documentos que deben presentarse para el reconocimiento, copia de la resolución y el certificado emitido con arreglo al art. 53, se establece que la autoridad ante la que se invoque una resolución dictada en otro Estado miembro podrá, en caso necesario, requerir a la parte que la haya invocado que presente una traducción o una transcripción del contenido relevante del certificado. Sólo podrá exigirse una traducción de la resolución si la autoridad no puede continuar sus diligencias sin ella (art. 28).

Por último, se añaden dos nuevos supuestos por los que puede suspenderse el procedimiento: cuando se haya presentado una solicitud que resuelva que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento o una solicitud de denegación del reconocimiento; y en el caso de una resolución en materia de responsabilidad parental que esté pendiente en el Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto, un procedimiento para modificar la resolución o uno que pueda dar lugar a una nueva resolución con el mismo objeto (art. 29).

22. La gran novedad de la Propuesta de Reglamento reside, sin lugar a dudas, en consagrar la supresión del *exequatur* para todas las resoluciones dictadas en materia de responsabilidad parental. Tal y como establece el art. 30.1º

“... las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre cuestiones de responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro serán ejecutivas en otro Estado miembro sin que sea necesaria una declaración de fuerza ejecutiva”.

La celeridad que debe presidir estos litigios transfronterizos y la necesidad de reducir costes justifica la eliminación de la declaración de fuerza ejecutiva previa a la ejecución en otro Estado miembro, es decir, consagrar el *exequatur* automático.

Si la resolución es ejecutiva en origen extiende su efecto al Estado miembro de la ejecución debiendo ser tratada como si se hubiera dictado en dicho Estado. El ap. 2 del art. 30 introduce una salvedad para las resoluciones que reconocen un derecho de visita ya que, sin perjuicio de eventuales recursos, la autoridad de origen podrá declarar provisionalmente ejecutiva la resolución, aunque el derecho nacional no prevea

⁴⁶ Recuérdesse que el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Rinau* había afirmado expresamente que “salvo en los casos en los que el procedimiento se refiera a una resolución certificada con arreglo a los art. 11, aps. 8 y 40 a 42 del Reglamento nº 2201/2003, cualquier parte interesada puede solicitar el no reconocimiento de una resolución judicial, aun cuando no se haya presentado previamente solicitud de reconocimiento de la resolución”.

⁴⁷ M. Herranz Ballesteros, “El acogimiento transfronterizo en la Propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis”, *La Ley: Unión Europea*, nº 44, enero 2017, pp. 1–16.

dicha ejecutoriedad provisional. Como se explica en la propia Propuesta de Reglamento esto será especialmente útil en aquellos ordenamientos en los que la resolución no es ejecutiva mientras sea susceptible de recurso ya que de esta forma un progenitor tendría derecho a acceder al niño sobre la base de una resolución declarada provisionalmente ejecutiva mientras el procedimiento de recurso relativo a dicha resolución sigue su curso a instancias del otro progenitor⁴⁸.

23. Pero ¿cómo entiende la Propuesta de Reglamento esta supresión del executur? La fórmula elegida sigue el modelo establecido en el Reglamento 1215/2012 al eliminarse solo el procedimiento formal de executur y permitir a la parte interesada que pueda oponerse en la fase de ejecución. Expresamente afirma el nuevo Considerando 36 que

“... la ejecución directa en un Estado miembro de una resolución dictada en otro Estado miembro sin una declaración de fuerza ejecutiva no debe comprometer el respeto de los derechos de defensa. Por consiguiente, la persona contra la que se inste la ejecución debe poder oponerse al reconocimiento o a la ejecución de la resolución si considera que concurre alguno de los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución del presente Reglamento”.

Se trata, en definitiva, de una supresión del executur con salvaguardias⁴⁹.

24. Una vez que el juez ha dictado una resolución en materia de responsabilidad parental expedirá un certificado utilizando el formulario que figura en el Anexo II⁵⁰. Si en el momento de dictarse la resolución implica una situación transfronteriza se expedirá de oficio cuando adquiera fuerza ejecutiva, incluso con carácter provisional. Si la situación adquiere carácter transfronterizo con posterioridad, el certificado se expedirá a instancia de cualquiera de las partes (art. 53.2°).

El certificado se cumplimenta en la misma lengua que la resolución y sólo se expedirá si se cumplen los requisitos enumerados en el art. 53: que todas las partes afectadas hayan tenido la oportunidad de ser oídas; que en el supuesto de que la resolución se haya dictado en rebeldía se haya respetado el derecho de defensa y que se haya dado al menor la auténtica y efectiva posibilidad de expresar sus opiniones de conformidad con lo previsto en el art. 20. Además si se tratase de una resolución sobre la cuestión de la custodia que ordene la restitución del menor, el certificado únicamente se emitirá si el juez ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución anterior dictada en otro Estado miembro en virtud del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980⁵¹.

Como puede comprobarse a la hora de la certificación se refuerza el derecho de audiencia del menor, al exigirse que su posibilidad haya sido efectiva. Por ello el juez de origen sólo podrá expedirlo si el menor ha tenido realmente la oportunidad de expresar sus opiniones y si se ha dado la debida importancia a esas opiniones. En el nuevo Anexo II no se contempla un “no” a la hora de cumplimentar dichos apartados. Se corrige de esta forma la regulación anterior puesto que la práctica ha demostrado que se han emitido certificados sin haberse oído al menor (asunto *Aguirre*)⁵². Si como se deduce del Considerando 23 no se modifican las normas de los Estados miembros, al no definirse cómo debe oírse al menor, se exige, no obstante, el reconocimiento mutuo de los ordenamientos jurídicos.

⁴⁸ En el mismo sentido el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (punto 2.18).

⁴⁹ Esta solución fue la defendida en el estudio sobre la aplicación del Reglamento, Final Report. Analytical annexes, pp. 76 y 77. En la doctrina, T. Kruger y L. Samyn, “Brussels II bis: successes and suggested...”, *loc. cit.*, pp. 159–161; J.M. Scott, “A question of trust? Recognition and enforcement of judgments”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2015, n° 1, pp. 27–35.

⁵⁰ El art. 53.1° regula el certificado relativo a las resoluciones en materia matrimonial que se expedirá, a instancia de cualquier parte interesada, conforme al modelo de formulario que figura en el Anexo I.

⁵¹ En el supuesto de que el órgano jurisdiccional u otra autoridad haya tomado medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado miembro de su residencia habitual, el certificado deberá precisar dichas medidas.

⁵² P. Beaumont, L. Walker & J. Holliday, “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation...”, *loc. cit.*, p. 7.

25. El certificado surtirá efecto dentro de los límites del carácter ejecutivo de la resolución y contra su expedición no puede interponerse ningún recurso. Sólo puede solicitarse a la autoridad de origen su rectificación y, como gran novedad, su revocación si se ha expedido de forma indebida teniendo en cuenta los requisitos exigidos (art. 54.2º). A nuestro juicio esta revocación equivale en la práctica a un recurso puesto que permitirá a la parte interesada solicitar al juez de origen que revise el cumplimiento de los requisitos exigidos para la certificación⁵³. Dicha revocación podría solicitarse, por ejemplo y al hilo de las consideraciones anteriores, cuando el certificado se haya expedido sin haberse respetado el derecho del menor a expresar sus opiniones⁵⁴.

La resolución así certificada será ejecutada como si hubiera sido dictada en el Estado miembro de ejecución y sólo podrá denegarse si concurre uno de los motivos de denegación expresamente previstos.

C) La ejecución y los motivos de denegación

26. Si como regla general la ejecución se realiza conforme a lo previsto en la legislación del Estado miembro de ejecución, por lo que seguirán subsistiendo las diferencias, hay que destacar que la nueva regulación propuesta introduce medidas específicas para lograr su efectividad. Tal y como afirma E. Rodríguez Pineau se “combina la remisión a la normativa nacional con reglas armonizadoras”⁵⁵.

27. La solicitud de ejecución se presentará ante el órgano jurisdiccional competente, que cada Estado miembro debe comunicar a la Comisión, debiendo presentar el solicitante una copia de la resolución que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad y el certificado expedido conforme al Anexo II, que acredite que la resolución tiene fuerza ejecutiva y que contenga un extracto pertinente de la resolución que establezca la obligación de ejecución⁵⁶. Dicho órgano deberá adoptar todas las medidas específicas para garantizar la ejecución y no puede, en esta fase, examinar de oficio ningún motivo de denegación. En particular, y conforme establecen los arts. 32 y 33, deberá ordenar las medidas concretas de ejecución que deban aplicarse; podrá especificar los detalles necesarios para la ejecución (por ejemplo, adoptar las modalidades prácticas para organizar el ejercicio del derecho de visita)⁵⁷; y en el supuesto de que la resolución contenga una medida u orden desconocida para la ley del Estado miembro de ejecución deberá adaptarla, dentro de lo posible, a una medida u orden que en su ordenamiento jurídico tenga efectos equivalentes y persiga objetivos e intereses similares.

Se introduce un plazo indicativo, fijado en seis semanas desde el momento en que se inició el procedimiento, en el que la resolución tiene que haberse ejecutado. De lo contrario, el órgano deberá informar de

⁵³ Suponemos que por analogía a lo dispuesto para el título ejecutivo europeo la revocación se tramitará y resolverá, en nuestro ordenamiento, de conformidad con lo previsto para el recurso de reposición.

⁵⁴ En sentido análogo se han manifestado, P. Beaumont, L. Walker and J. Holliday, “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation...”, *loc.cit.*, p. 7; M. Herranz Ballesteros, “El acogimiento transfronterizo en la Propuesta...”, *loc. cit.*, p. 8.

⁵⁵ E. Rodríguez Pineau, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *loc. cit.*, p. 149. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo respalda la adopción de normas mínimas comunes, incluido un procedimiento de ejecución uniforme, para acelerar el procedimiento de restitución (punto 2.29). Tal y como se afirma en la propia Propuesta de Reglamento esta armonización podría cuestionar el principio de proporcionalidad. No obstante, se justifica la medida por el objetivo de garantizar la plena eficacia del Reglamento.

⁵⁶ La autoridad del Estado de la ejecución podrá solicitar una traducción del contenido del certificado que especifique la obligación que debe ejecutarse (art. 34.2º). La parte que solicite la ejecución no está obligada a tener una dirección postal en el Estado miembro de ejecución. Estará obligada a tener un representante autorizado en ese Estado tan solo en el caso de que dicho representante sea obligatorio con independencia de la nacionalidad o del domicilio de las partes (art. 31.2º).

⁵⁷ Tal y como pone de manifiesto el estudio sobre la aplicación del Reglamento (Final Report. Analytical annexes, pp. 73 y 74), la aplicación práctica del art. 48 Reglamento 2201/2003 ha planteado muchas dificultades, por ejemplo, a los jueces alemanes debido a que las exigencias de su legislación en cuanto a los detalles de la resolución sobre el derecho de visita es muy superior a la de otros Estados miembros. Así se afirma que muchas decisiones italianas se refieren de forma genérica al periodo en que el padre puede ver a su hijo sin especificar los fines de semana y periodos de tiempo exactos. Para un análisis de la aplicación de esa disposición en nuestro ordenamiento *vid.* E. Rodríguez Pineau, “Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 284–285.

este hecho y las razones a la autoridad central requirente del Estado miembro de origen, o al solicitante, si el procedimiento se inició sin la asistencia de la autoridad central (art. 32.4°)⁵⁸. Como ya ha sido advertido ese plazo puede resultar en la práctica insuficiente, sobre todo en materia de sustracción internacional de menores⁵⁹.

28. Una vez que se ha solicitado la ejecución tendrá que notificarse el certificado a la persona contra la que se insta antes de la primera medida de ejecución (entendiéndose por tal, como afirma el Considerando 38, la primera posterior a esa notificación), debiéndose acompañar la resolución, si ésta todavía no se le ha notificado. Con el fin de poder impugnar la ejecución dicha parte podrá solicitar una traducción de la resolución si no estuviese redactada en una lengua que entienda o en la lengua oficial del Estado miembro en el que reside habitualmente. Si se solicitase tal traducción sólo podrán adoptarse medidas cautelares (art. 35.2°). Habrá que ver si, en la práctica, esta traducción es utilizada como arma dilatoria de la ejecución.

Las causas por las que se suspenderá el procedimiento se enumeran en el art. 36 resultando novedosa la que se refiere a que la ejecución pueda poner en peligro el interés superior del niño debido a circunstancias temporales como, por ejemplo, una enfermedad grave del menor. La ejecución se reanudará cuando el obstáculo deje de existir.

30. Como ya hemos adelantado el *execuatur* automático no debe comprometer los derechos de la defensa y por ello la persona contra la que se insta la ejecución podrá oponerse si considera que concurre alguno de los motivos de denegación enumerados en los arts. 38 y 40, que deben entenderse como una lista tasada y cerrada. No podrá invocarse otro distinto de los establecidos por lo que, en aras de alcanzar una uniformidad en su aplicación, se excluye la operatividad de los motivos de oposición a la ejecución previstos en las distintas legislaciones estatales⁶⁰.

31. La ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental se denegará por los motivos de denegación del reconocimiento del art. 38.1°. No obstante, se establece una salvedad ya que los tres primeros contemplados en la norma (orden público, respeto del derecho de defensa si la resolución fue dictada en rebeldía y falta de audiencia de la persona que ejerce la responsabilidad parental), no podrán invocarse contra una resolución de concesión del derecho de visita o que implique la restitución del menor con arreglo a lo dispuesto en el art. 26.4°, párrafo segundo⁶¹. Esta exclusión puede justificarse si se tiene en cuenta, como ya hemos analizado, que dichos extremos deberán respetarse en origen (de lo contrario no podrá expedirse el certificado) y porque, además, se introduce un nuevo motivo por el que puede denegarse la ejecución. Se trata de una cláusula especial de orden público que se identifica con el interés superior del menor. En concreto, dispone el art. 40.2° que la ejecución podrá denegarse

“... en los casos en que, en virtud de un cambio de circunstancias desde el momento en el que se dictó la resolución, la ejecución sea manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro de ejecución, por una de las siguientes razones: a) el menor, de edad y madurez suficientes, ahora se opone a tal punto a la resolución, que la ejecución sería manifiestamente incompatible con el interés superior del niño; b) desde el momento en que se dictó la resolución, otras circunstancias han cambiado de tal manera que su ejecución sería manifiestamente incompatible con el interés superior del niño”.

⁵⁸ El art. 79.2° de la Propuesta establece que los Estados miembros recopilarán y pondrán a disposición de la Comisión, previa solicitud, y a ser posible a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, información relativa al número de casos en los que la ejecución no se ha producido en un plazo de seis semanas a partir del momento en el que se inició el procedimiento de ejecución.

Otra de las novedades que se introducen es que en materia de ejecución de resoluciones se refuerza la cooperación entre las autoridades centrales (Considerando 49).

⁵⁹ E. Rodríguez Pineau, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *loc. cit.* p. 150.

⁶⁰ Posibilidad prevista, por ejemplo, en el Reglamento 1215/2012 (art. 41.2°) y en el Reglamento 4/09 (art. 21.1°).

⁶¹ Solo quedaría operativo del art. 38 el motivo basado en la inconciliabilidad de resoluciones. Esta salvedad ya ha sido objeto de críticas por parte del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (26ª reunión, Milán 16-18 septiembre 2016), sugiriéndose su eliminación en lo relativo a las resoluciones relativas a la restitución de menores.

A nuestro juicio estableciéndose este motivo de denegación se compensa el reparto de competencias entre los órganos del Estado miembro de origen y los del Estado miembro de la ejecución y se corrige la interpretación literal defendida por la jurisprudencia del TJUE⁶². La rígida regulación del Reglamento 2201/2003, que concentra la competencia en el juez de origen y prohíbe al de la ejecución apreciar cualquier motivo de oposición distinto a la inconciliabilidad de resoluciones, se flexibiliza ya que el interés superior del menor así lo justifica. Ciertamente es que se puede correr el riesgo de que este motivo sea invocado de forma sistemática y abusiva con la única finalidad de demorar la efectiva ejecución de la resolución (como ha advertido el Grupo europeo de Derecho internacional privado). Por ello, y como establece el Considerando 37, sólo se denegará la ejecución cuando la incompatibilidad de la ejecución de la resolución con el interés superior del menor sea “comparable a la excepción de orden público”. De haber estado vigente esta regulación el Tribunal de Justicia no habría tenido que resolver las cuestiones planteadas en el asunto *Aguirre* (en el que la menor se opuso a su retorno, supuesto que encajaría en la letra a) del art. 40.2º), o *Povse* (donde pasan varios años desde que se inicia el proceso y debido a un cambio de circunstancias el retorno ponía en peligro el interés superior del menor, al ser aplicable el art. 40.2º.b).

32. Resuelta la solicitud de denegación de la ejecución (no estableciéndose al respecto ningún plazo y sin ni siquiera hacerse referencia a que se realice “*sin demora*”), cualquiera de las partes podrá interponer recurso ante los órganos jurisdiccionales que cada Estado miembro designe y contra la resolución dictada sobre el recurso cabe recurso ulterior (arts. 44 y 45).

3. Reflexiones finales

33. Los trabajos de reforma del Reglamento 2201/2003 deben entenderse como una corrección a los problemas detectados en la aplicación de sus normas a la materia de responsabilidad parental. Queda pendiente, por tanto, subsanar aquéllos que existen en la materia matrimonial.

Si la práctica se ha encargado de demostrar que la vigente supresión del *execuatur* adolece de muchas debilidades, que han comprometido su verdadero funcionamiento, la Propuesta de Reglamento reformula la solución inicialmente prevista del control de la resolución en origen, por una intermedia. El interés superior del menor y la protección de los derechos de defensa justifican, como hemos analizado, que se hayan introducido salvaguardias procesales en la fase de ejecución. Puede afirmarse, en consecuencia, que la supresión del *execuatur* en sentido amplio sólo se ha logrado cuando existe una previa armonización de las normas procesales (v.gr., el Reglamento del Título ejecutivo europeo) o de la ley aplicable (el caso del Reglamento de alimentos).

Queda por ver la evolución de los trabajos y si realmente esta regulación va a ser la definitivamente aprobada. También deberemos esperar a la promulgación de una nueva Disposición Final de la LEC para facilitar la aplicación del Reglamento Bruselas II bis refundido en nuestro país. Sólo la futura aplicación práctica resolverá la incógnita de saber si las soluciones que se adopten son las más apropiadas para resolver, en el espacio europeo, los litigios en materia de responsabilidad parental.

Bibliografía

- Álvarez González, S.: “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del *execuatur* y derechos del niño a ser oído”, *La Ley*, nº 7578, 28 febrero 2011, pp. 1–9.
- Álvarez González, S.: “Traslado ilícito de menores, competencia judicial internacional y orden público”, *La Ley: Unión Europea*, nº 33, enero 2016, pp. 1–9.

⁶² Vid, en este sentido, P. Beaumont, L. Walker and J. Holliday, “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation...”, *loc. cit.*, pp. 8–10; I. Pretelli, “Child Abduction and return procedures”, Rescating the Brussels IIa Regulation. Workshop 8 november 2016, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department. Citizens’ Rights and Constitutional Affairs (2016); E. Rodríguez Pineau, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis...”, *loc. cit.* pp. 151–152.

- Beaumont, P. and Johnston, E.: "Abolition of the Execuátur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?", *IPRax*, n° 2, 2010, pp. 105–110.
- Beaumont, P., Walker, L. and Holliday, J.: "Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings", <http://sro.sussex.ac.uk/62447/>.
- Beraudo, J. P.: "Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *Journ. dr. int.*, n° 3, 2013, pp. 741–763.
- Biavati, P.: "Il riconoscimento e il controllo delle decisioni in materia familiare", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, n° 4, pp. 1241–1259.
- Boer, Th. M. de: "What we should not expect from a recast of the Brussels II bis Regulation", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2015, n° 1, pp. 10–19.
- Borrás Rodríguez, A.: "What about matrimonial matters?", *Rescating the Brussels IIa Regulation. Workshop 8 november 2016*, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department. Citizens' Rights and Constitutional Affairs (2016).
- Cadet, F.: "Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l'itinéraire d'un enfant gâté", *Journ. dr. int.*, 2013, n° 3, pp. 765–790.
- Cuniberti, G.: "Abolition of l'execuátur et presumption de protection des droits fondamentaux. À propos de l'affaire Povse c/Autriche", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2014, n° 2, pp. 303–327.
- Dickinson, A.: "The revision of the Brussels I Regulation. Surveying The Proposed Brussels I bis Regulation—Solid Foundations but Renovation Needed", *Yearb. Pr. Int'l L.*, 2010, pp. 247–309.
- Douchy-Oudot, M.: "Le Règlement Bruxelles I bis, un modèle pour une révision du Règlement Bruxelles II bis?", en E. Guinchard (dir), *Le nouveau Règlement Bruxelles I bis*, Bruselas, Bruylant, 2014, pp. 363–374.
- 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 Avotins c. Letonia", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 2, 2014, pp. 91–111.
- González Beilfuss, C.: "Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común", *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 117–186.
- 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 prof. J.A. Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pp. 695–716.
- Gouttenoire, A.: "L'audition de l'enfant dans le Règlement Bruxelles II bis", en H. Fulchiron et C. Nourissat, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 201–207.
- Guzmán Zapater, M.: "La superación del execuátur en el espacio judicial europeo: decisiones relativas al derecho de visita y obligación de alimentos", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2006, pp. 211–246.
- Herranz Ballesteros, M.: "El control por el juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del art. 42 del Reglamento (CE) n. 2201/2003: el asunto Aguirre Pelz", *Revista General de Derecho Europeo*, n° 25, 2011, pp. 1–39.
- Herranz Ballesteros, M.: "El acogimiento transfronterizo en la Propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis", *La Ley: Unión Europea*, n° 44, enero 2017, pp. 1–16.
- Hess, B.: "La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho procesal civil europeo", *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 35–53.
- Jarret, T.: "Brexit: The Brussels IIa Regulation—Cross-Border child contact cases, and child abduction", House of Commons Library (Briefing Paper, 11 november 2016).
- Jiménez Blanco, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- Jiménez Blanco, P.: "Medidas cautelares y sustracción de menores", *La Ley*, n° 7601, 31 marzo 2011, pp. 1–12.
- Kruger, T. & Samyn, L.: "Brussels II bis: successes and suggested improvements", *J. Priv. Int'l L.*, 2016, n° 1, pp. 132–168.
- Marchal Escalona, N.: "Supresión del execuátur en las resoluciones de restitución de menores vs. derechos de defensa: ¿crónica de una muerte anunciada?", en *El arreglo pacífico de controversias internacionales (XXIV Jornadas AEPIR)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 631–640.
- Muir Watt, H.: "Muir Watt on Abolition of Execuátur and Human Rights", (<http://conflictoflaws.net/2013/muir-watt-on-povse>).
- Nuyts, A.: "La refonte du Règlement Bruxelles I", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2013, n° 1, pp. 1–63.

- Porcheron, D.: "La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfant: vers une relation de complémentarité?", *Journ. dr. int.*, 2015, n° 3, pp. 821–844.
- Pretelli, I.: "Child Abduction and return procedures", *Rescating the Brussels Iia Regulation. Workshop 8 november 2016*, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department. Citizens' Rights and Constitutional Affairs (2016).
- : "Requejo on Povse" (<http://conflictoflaws.net/2013/requejo-on-povse>).
- : "La ejecución sin executur. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, Capítulo III", *Revista española de Derecho internacional*, n° 2, 2015, pp. 49–82.
- : "On executur and the ECHR Brussels I Regulation", *IPRax*, n°1, 2015, pp. 69–74.
- : "Avotins c. Letonia. Sentencia del TEDH de 23 mayo 2016", *Revista General de Derecho Europeo*, n° 40, 2016, pp. 187–201.
- Rodríguez Pineau, E.: "Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España", *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 261–285.
- : "Nota a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 julio 2010, asunto C– 256/09, Bianca Purucker c. Guillermo Vallés Pérez", *REDI*, 2010, n° 2, pp. 238–241.
- : "La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo", *REDI*, 2017, n° 1, pp. 139–165.
- Rodríguez Vázquez, Mª A.: "Una nueva fórmula para la supresión del executur en la reforma del Reglamento Bruselas I", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 1, 2014, pp. 330–348.
- Sánchez Lorenzo, S.: "El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas I bis)", *La Ley: Unión Europea*, n° 25, abril de 2015, pp. 1–7.
- Schlosser, P.: "The abolition of executur proceedings –Including public policy review?", *IPRax*, n° 2, 2010, pp. 101–104.
- Scott, J.M.: "A question of trust? Recognition and enforcement of judgments", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2015, n° 1, pp. 27–35.
- Van Loon, H.: "The Brussels Iia Regulation: towards a review?", *Cross-Border Activities in the EU–Making Life Easier for Citizens, Workshop for the JURI Committee*, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department. Citizens' Rights and Constitutional Affairs (2015).

EL CODEUDOR NO SOLVENS EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL MÚLTIPLE *

Georgina GARRIGA SUAU **

SUMARIO: I. Introducción. II. La responsabilidad extracontractual múltiple. 1. Única reclamación. 2. Cotitularidad solidaria. III. La ley aplicable al derecho de regreso del codeudor *solvens*: en particular, el régimen jurídico de las excepciones oponibles por los codeudores no *solvens*. IV. El derecho de reembolso del codeudor no pagador frente al acreedor común: 1. Extensión de la ley rectora del derecho de regreso al derecho de reembolso. 2. El derecho de reembolso y el enriquecimiento injustificado: A) Concepto de enriquecimiento injustificado; B) El tratamiento conflictual del enriquecimiento injustificado. V. Consideraciones finales.

RESUMEN: El codeudor solidario no *solvens* que debe satisfacer su cuota de deuda, según lo que establezca la ley rectora del derecho de regreso ejercitado por el codeudor *solvens*, puede sufrir un empobrecimiento resultado del enriquecimiento injustificado a favor del acreedor, cuando el referido codeudor no *solvens* no se hubiere visto obligado a asumir dicha parte de la deuda según la ley aplicable a su relación jurídica respecto del citado acreedor. En este escenario, la ley aplicable a la eventual acción de reembolso del codeudor no *solvens* debiera determinarse según la norma de conflicto del enriquecimiento injustificado contenida en el art. 10 RR II.

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO ROMA II - RESPONSABILIDAD MÚLTIPLE – DERECHO DE REGRESO – ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO – DERECHO DE REEMBOLSO.

ABSTRACT: *The Non-Solvens Debtor in the Context of Multiple Non-contractual Liability*

The non-solvens debtor, compelled to satisfy its debt proportion to the solvens debtor pursuant to the law applicable to the right of recourse exercised by the latter against the former, may suffer an impoverishment at the common creditor's expense. Indeed, this scenario would take place when the law governing the respective obligation established between the non-solvens debtor and the creditor did not oblige such a debtor to pay any debt. In this situation, the law applicable to the non-solvens debtor's action against the creditor to seek for reimbursement should be determined according to the conflict of laws rule on unjust enrichment as enshrined in Article 10 of the Rome II Regulation.

KEY WORDS: ROME II REGULATION - MULTIPLE LIABILITY – RIGHT OF RECOURSE – UNJUST ENRICHMENT – RIGHT OF REIMBURSEMENT.

I. Introducción

En el escenario del derecho de obligaciones, tanto el Reglamento nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹ (en lo

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Recíproco encaje y coherencia de los ámbitos de los Reglamentos comunitarios de Derecho internacional privado” (DER2016-75318) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

** Profesora Agregada de Derecho internacional privado. Universidad de Barcelona.

¹ DO L 177 de 4.7.2008.

sucesivo, RR I) como el Reglamento nº 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales² (en adelante, RR II) incorporan sendas reglas sobre responsabilidad múltiple con el fin de regular las relaciones internas en las situaciones de pluralidad de deudores frente a un único acreedor común. Más allá de la inicial diferencia entre ambas reglamentaciones asentada sobre su respectivo ámbito de aplicación material, en virtud de la cual la regla recogida en el art. 16 RR I se aplicará cuando la responsabilidad que se impute al deudor *solvens* (pagador) sea de naturaleza contractual, mientras que el art. 20 RR II se aplicará cuando la referida responsabilidad civil imputada al deudor *solvens* revista naturaleza extracontractual³, el presente estudio tiene por objeto el análisis de una segunda diferencia que rodea a ambos preceptos y que está asociada a la omisión que el RR II presenta, en relación con el RR I, referida a las excepciones que en vía de regreso los codeudores no *solvens* pueden alegar en sus relaciones internas frente al codeudor *solvens* según la ley aplicable a las relaciones jurídicas de tales codeudores.

De conformidad con el art. 16 RR I

“Cuando un acreedor tenga un derecho de reclamación contra varios deudores responsables respecto de la misma reclamación, y uno de los deudores ya haya satisfecho la reclamación total o parcialmente, el derecho de ese deudor a reclamar resarcimiento a los otros deudores se regirá por la ley aplicable a la obligación que tenga dicho deudor respecto del acreedor. Los demás deudores podrán invocar las excepciones que tuvieran contra el acreedor en la medida en que lo permita la ley que rijan sus obligaciones frente al acreedor”.

El último inciso de esta disposición habilita a los codeudores solidarios, según la ley rectora de la obligación contractual existente entre el acreedor y el deudor *solvens*⁴, a poder oponer a este último las excepciones que pudieren tener contra el acreedor común con arreglo a la ley aplicable a la relación jurídica que los vinculara al referido acreedor común.

Ahora bien, esta habilitación no figura en el art. 20 RR II, ya que este último precepto solamente indica que

“Cuando un acreedor tenga un derecho de reclamación contra varios deudores responsables respecto de la misma reclamación y uno de los deudores ya haya satisfecho la reclamación, total o parcialmente, el derecho de ese deudor a reclamar resarcimiento a los otros deudores se regirá por la ley aplicable a la obligación extracontractual que tenga dicho deudor respecto del acreedor”.

De este modo, en el contexto de las obligaciones extracontractuales, los codeudores solidarios, según la ley rectora de la relación extracontractual vigente entre el acreedor común y el deudor *solvens*⁵, no están habilitados a invocar contra el acreedor común las excepciones que pudieren albergar contra él según la ley rectora de las respectivas relaciones jurídicas que los vincularan. Identificado el problema en tales términos, el presente trabajo tiene por finalidad contextualizar a la diferencia recién señalada para seguidamente analizar los mecanismos que el codeudor solidario no *solvens* tiene a su disposición para recuperar lo que se haya visto obligado a pagar al deudor *solvens* conforme a ley extracontractual rectora de la deuda del deudor *solvens* frente al acreedor común, esto es, la ley que asimismo regula el derecho de regreso.

II. La responsabilidad extracontractual múltiple

Como se señaló, el art. 20 RR II incorpora una regla sobre responsabilidad múltiple dirigida a regular las relaciones internas pertenecientes a una pluralidad de codeudores respecto a una misma reclamación

² DO L 199 de 31.7.2007.

³ En este sentido *vid.* I. Bach, “Article 20. Multiple liability”, en P. Huber (ed.), *The Rome II Regulation. Pocket Commentary*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2011, p. 392.

⁴ Sobre la ley a la que corresponde determinar si la naturaleza de la obligación que vincula a la pluralidad de deudores es solidaria o mancomunada *vid. infra* el apartado “Cotitularidad solidaria”.

⁵ *Vid.* nota anterior.

que el acreedor común les pudiera dirigir. En particular, este precepto dispone que el derecho del deudor, que haya satisfecho la reclamación, a reclamar el resarcimiento a los otros deudores vendrá regido por la ley rectora de la obligación extracontractual que tuviera el deudor *solvens* respecto del acreedor. Por consiguiente, el art. 20 RR II somete el derecho de repetición del deudor *solvens* frente a los codeudores no pagadores a la ley del codeudor pagador sin que, como quedó apuntado, en ningún caso los referidos codeudores no *solvens* puedan, en fase de repetición, oponer al deudor *solvens* las excepciones que eventualmente pudieren corresponderles frente al acreedor al amparo de las leyes que gobernarán sus respectivas relaciones jurídicas como, contrariamente, sucede en la órbita del art. 16 RR I cuando regula la responsabilidad contractual múltiple. La consecuencia inmediata que deriva de ello consiste en someter tales excepciones a la ley rectora del pago del deudor *solvens*. Antes de profundizar en este rasgo característico del art. 20 RR II, otras consideraciones merecen ser definidas con carácter previo a los efectos de contextualizar tal rasgo definitorio.

1. Única reclamación

La regla de la responsabilidad extracontractual múltiple se aplica a una pluralidad de deudores cotitulares de una misma deuda. Ciertamente, el referido precepto requiere de la presencia de “varios deudores responsables de la misma reclamación”, lo que significa que dicha pluralidad de deudores sean cotitulares de una misma obligación. En clave de derecho sustantivo español, esta idea de una única obligación con pluralidad de titularidades pasivas es la que una parte de la doctrina civilista utiliza como fundamento de la obligación solidaria⁶. Si bien, en clave internacional privatista dicha idea debiera matizarse ante la posibilidad de que distintas leyes rijan las diferentes relaciones jurídicas que pueden entablarse entre el acreedor común con cada uno de los codeudores tomados individualmente. Circunstancia que hace aflorar la complejidad de regular la unidad de la reclamación o deuda con la pluralidad de relaciones jurídicas que la misma puede englobar, resultado de la pluralidad de deudores. De lo que deriva que en términos de Derecho internacional privado se concluya afirmando, como así lo hace el art. 16 RR I, que en vía de regreso los codeudores no *solvens* puedan oponer al codeudor *solvens* las excepciones que les permitieran las leyes que rigieran sus respectivas obligaciones frente al acreedor común. Afirmación ésta que pone de relieve la idea de una pluralidad de obligaciones de la que, en principio, la obligación solidaria sería ajena pero que debiera asociarse a la eventual presencia de una concurrencia de leyes.

De la citada condición referida a la unidad de la reclamación cabe destacar dos rasgos diferenciadores: en primer lugar, la posición de los codeudores debe situarse en un plano de igualdad u horizontal⁷, ya que la existencia de una única deuda u obligación, cuya titularidad es compartida, descartaría la idea de que pueda incluirse la existencia de una pluralidad de obligaciones en el supuesto de hecho de la citada norma⁸. Esta característica comporta, entre otras consecuencias, que la mayor parte de la doctrina, que se ha pronunciado sobre la regla de la responsabilidad múltiple, señale como rasgo que diferencia la referida regla

⁶ Vid., entre otros, L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Cizur Menor (Navarra), Thomson - Civitas, Sexta edición, 2008, p. 237; F. Badosa Coll, *Dret d'obligacions*, Barcelona, Universitat de Barcelona y Editorial Barcanova, 1990, pp. 106-109. Asimismo, desde otra perspectiva, vid. el artículo III.-4:103: (ii) de los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, preparados por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Chr. von Bar, E. Clive y H. Schulte-Nölke (eds.), Munich, Sellier, European Law Publishers, 2009, p. 254. Con arreglo a la citada regla: “If the terms do not determine the question, the liability of two or more debtors to perform the same obligation is solidary [...]”.

⁷ M. Altenkirch, “Art. 19 Rome II”, en P. Huber (ed.), *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2011, pp. 384-388; D. Baetge, “Article 20 Rome II”, en G.-P. Calliess, *Rome Regulations, Commentary*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2011, p. 597; Hamburg Group for Private International Law, “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, N. 67, 2003, *RebelsZ*, pp. 46-48; W. Dornis, “Contribution and indemnification among joint tortfeasors in multi-state conflict cases: a study of doctrine and the current law in the US and under the Rome II Regulation”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 4, 2008, pp. 243-244.

⁸ Vid. *supra* nota 6.

de la regla de la subrogación, contenida en el art. 19 RR II, el hecho de que mientras que la primera alberga las situaciones de pluralidad de deudores posicionados en situación de igualdad, en cambio, la regla de la subrogación deba operar en las situaciones en las que las posiciones jurídicas subjetivas pasivas correspondan a deudores situados en diferente plano de igualdad. Esta interpretación se infiere de la propia redacción del art. 19 RR II cuando menciona expresamente la intervención del “tercero” como “obligado a satisfacer al acreedor”. Este tercero, por lo tanto, aparece como obligado de distinto nivel que el deudor principal. Ilustrarían esta categoría de situaciones las obligaciones de garantía o de caución en las que el codeudor garantiza la deuda principal. Tales casos obedecen, por tanto, a una dualidad de obligaciones, cada una de ellas con posiciones subjetivas pasivas singularizadas que, en el mayor de los casos, pueden desencadenar en una solidaridad de obligaciones,⁹ que no debiera confundirse con las obligaciones solidarias. Siendo estas últimas el objeto de la regla de la responsabilidad múltiple del art. 20 RR II (y por ende, del art. 16 RR I) por cuanto reflejan la existencia de una sola obligación cuya titularidad es poseída simultáneamente por una pluralidad de deudores.

De este modo, el tenor literal del art. 20 RR II se refiere a la unidad de la obligación de satisfacer la deuda común en régimen de cotitularidad de deudores, en lugar de referirse a una pluralidad de obligaciones cada una de ellas con una titularidad individual y distinta. Esta distinción, por consiguiente, sitúa en plano de igualdad a los cotitulares de una misma obligación, mientras que en situación de desigualdad coloca a los titulares de obligaciones diferentes como son las accesorias o subsidiarias. En función de esta distinción, la regla de la responsabilidad extracontractual múltiple se proyectaría a los ilícitos en los que la intervención de dos o más responsables conjuntamente causarían un daño a un tercero. Piénsese, por ejemplo, en un accidente de caza ocurrido en el país A durante una jornada de caza que un grupo hubiera organizado con ocasión de las vacaciones y del reencuentro de viejos amigos con residencia habitual en los países B y C. Durante la cacería, uno de los amigos con residencia habitual en el país C es alcanzado por una bala sin que sea posible identificar dentro del grupo de amigos al autor material del disparo. A los efectos de reclamar indemnización por daños y perjuicios, la víctima del accidente podría dirigirse contra los amigos con residencia habitual en el país B, en cuyo caso la ley aplicable al presunto accidente correspondería a la ley del país A en tanto que ley del lugar del accidente (art. 4.1º RR II¹⁰)¹¹ o alternativamente podría dirigirse contra sus amigos residentes en el país C, en cuyo caso la ley aplicable podría ser la del país C, en tanto que ley de la residencia habitual común a los presuntos responsables y a la víctima (art. 4.2º RR II¹²). Sin que pudieran tomarse en consideración otros factores que permitieran aplicar la cláusula de escape de los vínculos más estrechos (art. 4.3 del RR II¹³).

Por el contrario, como advertimos, cuando un deudor con su deuda garantiza la deuda del obligado principal, como sería la situación de las aseguradoras o los fiadores, en tales casos la responsabilidad de éstos se estima que es secundaria o accesorio¹⁴. En efecto, mientras que el deudor principal es titular de la

⁹ Sobre la diferencia entre obligación solidaria y una solidaridad de obligaciones véase F. Badosa Coll, *op. cit.*, pp. 121-122. Asimismo, *vid. supra* nota 6.

¹⁰ De acuerdo con el art. 4.1º RR II: “1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”.

¹¹ La conexión *loci delicti commissi* ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de diciembre de 2015, asunto C-350/14, *Florin Lazar c. Allianz SpA*.

¹² Según el art. 4.2º RR II: “2. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país”.

¹³ Con arreglo al art. 4.3º RR II: “3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”.

¹⁴ G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford, Oxford University Press, Second Edition, 2006, p. 229; L. Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 482-482; M. J. Calvo San José, “La fianza solidaria”, en M. J. Herrero García (dir.), *Contratos de distribución comercial – Garantías personales*, Salamanca, Ratio Legis, 2010, p. 304 y p. 311.

deuda, el deudor secundario garantiza con su patrimonio la deuda del primero. Y ello incluso cuando el deudor o responsable secundario no pudiera aprovecharse del beneficio de excusión como sucedería con la fianza solidaria (art. 1831.2º Cc).

Es más, la posición igual de los sujetos que integran la posición subjetiva pasiva también provoca que el art. 20 RR II se aplique incluso a la eventual acción subrogatoria que, en su caso, el codeudor *solvens* pudiera ejercitar contra los codeudores no *solvens* para reclamarles la parte proporcional del pago anticipada por él cuando la ley material aplicable conforme con la referida disposición previera tal posibilidad a elección del demandante y en detrimento del derecho de regreso¹⁵.

La segunda característica predicable de la regla de la responsabilidad múltiple se refiere al concepto “misma reclamación” que si bien también se halla vinculado a la idea de la unidad que se acaba de explicar, a la misma le añade la unicidad por lo que se refiere al origen de la deuda. De este modo, con este criterio el art. 20 RR II requiere que la pluralidad de deudores sean responsables respecto del conjunto de hechos que generan la mencionada “dicha reclamación”¹⁶.

2. Cotitularidad solidaria

Por otro lado, la regla de la responsabilidad extracontractual múltiple resulta aplicable en las situaciones en las que la titularidad de la deuda es de naturaleza solidaria¹⁷, como se deduce de la expresión “uno de los deudores ya haya satisfecho la reclamación, total o parcialmente (...)”. Ciertamente, si uno de los deudores puede haber satisfecho en su totalidad la deuda, ello conlleva, asimismo, el derecho recíproco del acreedor de escoger el deudor contra el que dirigir su pretensión de cobro íntegro o parcial de su crédito. Así el mencionado pago extinguiría la deuda¹⁸. Ambos rasgos son característicos de la obligación solidaria y, por consiguiente, se convierten en el supuesto de hecho de la regla del art. 20 RR II.

Sin embargo, la calificación de solidaria de la cotitularidad controvertida plantea el problema de qué ley o leyes deben tenerse en consideración con el fin de calificar efectivamente de solidaria a la cotitularidad de la deuda en presencia. Este problema puede suscitarse cuando las leyes rectoras de las respectivas relaciones jurídicas tomadas individualmente, al vincular al acreedor con cada uno de los codeudores, puedan divergir por cuanto una de ellas designara la cotitularidad mancomunada, y la otra u otras señalaran la cotitularidad de naturaleza solidaria. El art. 20 RR II omite una solución a tal problemática, razón por la cual la doctrina ha propuesto tres soluciones diferentes. La primera solución pasa por apreciar la solidaridad cuando la ley aplicable a la obligación de pago del deudor *solvens* así lo designe¹⁹, sin reparar en lo que eventualmente puedan establecer las otras leyes rectoras de las respectivas singulares o individuales posiciones jurídicas subjetivas pasivas. Esto es, las otras leyes aplicables a cada una de las relaciones jurídicas que configuran la deuda y que pueden ser diferentes, como se expuso, a la que rija la obligación de pago del codeudor *solvens*. De este modo, la ley del codeudor *solvens* se impondría frente a la de las demás²⁰. La segunda solución aboga por apreciar la solidaridad con tal que cualquiera de las leyes en

¹⁵ A favor de que el codeudor *solvens* pueda optar por ejercitar la acción de subrogación (art. 1210.3 del CC) con el fin de reclamar la parte proporcional de su deuda a los codeudores no *solvens* vid. L. Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 246-247; F. Badosa Coll, *op. cit.*, p. 135. En el sentido opuesto, esto es, manteniendo la postura de que el codeudor *solvens* sólo tiene a su disposición la acción de regreso (art. 1145 del CC) vid. C. Gómez Ligüerre, *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, Madrid, Fundación Mapfre, 2010, p. 134.

¹⁶ I. Bach, *loc. cit.*, p. 393.

¹⁷ D. Baetge, *loc. cit.*, p. 598.

¹⁸ Ahora bien, la extinción de la obligación no se producirá cuando conforme con la ley rectora del derecho de regreso el codeudor *solvens* pueda servirse de la acción de subrogación en lugar de la acción de regreso. Vid. *supra* nota 15.

¹⁹ A. Espiniella Menéndez, *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos*, Madrid, Fundación Mapfre, Instituto de Ciencias del Seguro, 2012, p. 190.

²⁰ Sobre los pros y los contras del eventual efecto denominado “carrera de deudores” (*race among debtors*) que el art. 20 RR II puede desencadenar en el sentido de incentivar el pago de la deuda por el deudor que pretenda que sea la ley aplicable a su obligación respecto del acreedor común la que después resulte aplicable a su eventual derecho de regreso vid., entre otros, D. Baetge, *loc. cit.*, p. 597; I. Heredia Cervantes, “Las deficiencias de la regla de responsabilidad

concurrencia así la establezca, con independencia de si la referida ley coincide con la ley rectora de la responsabilidad del codeudor *solvens* respecto del acreedor común o no²¹. Por último, la tercera solución pasaría por calificar a la cotitularidad como solidaria únicamente en la circunstancia en la que todas las leyes en concurrencia así lo establecieran²².

A nuestro de ver, la redacción literal del precepto se inclinaría por la primera de las opciones señaladas (ley aplicable a la obligación de pago del deudor *solvens*) en tanto que sujeta el derecho de regreso a la ley en cuya virtud el deudor *solvens* satisfizo la deuda al acreedor común. En consecuencia, dicha ley debiera determinar la validez y eficacia del pago y, por consiguiente, la naturaleza de la relación interna entre los codeudores. Nótese que, por regla general, la naturaleza de la referida relación interna forma parte del ámbito de la aplicación de la ley rectora de la obligación extracontractual controvertida con arreglo al art. 15.a) y b) RR II²³. Esta regla se mantendrá en el caso particular del codeudor *solvens*, habida cuenta de que la ley aplicable a su relación extracontractual frente al acreedor común es la que asimismo determinará la naturaleza de la cotitularidad de la deuda entre los diferentes codeudores, pero en cambio puede romperse en relación con los citados codeudores²⁴, si aquella no coincide con la ley rectora de las otras respectivas relaciones jurídicas de los codeudores respecto del acreedor común al tratarse independientemente. Ello porque estas últimas leyes son despreciadas por el art. 20 RR II a los efectos de determinar el régimen jurídico de la acción de regreso, que abarca las excepciones que los codeudores puedan eventualmente oponer al codeudor *solvens* en vía de repetición. Por consiguiente, la naturaleza de la cotitularidad de la deuda u obligación que respecto de cada uno de los codeudores no pagadores debiera venir determinada por la ley aplicable a sus respectivas relaciones jurídicas, en el contexto de la responsabilidad múltiple su determinación se traslada a la ley rectora de la obligación del codeudor *solvens*, esto es, sale de la esfera del art. 15.a) y b) RR II para entrar a formar parte de la del art. 20 RR II²⁵.

III. La ley aplicable al derecho de regreso del codeudor *solvens*: en particular, el régimen jurídico de las excepciones oponibles por los codeudores no *solvens*

En definitiva, el régimen jurídico del derecho de regreso del codeudor *solvens* se somete exclusivamente a la ley en cuya virtud se vio obligado a satisfacer -íntegra o parcialmente y en régimen de solidaridad- la deuda al acreedor común. Ciertamente, resulta lógico que la misma ley que obliga al codeudor *solvens* a pagar, rija el eventual derecho de regreso que le pueda asistir contra los codeudores restantes con el fin de revertir el eventual enriquecimiento injustificado del que los citados codeudores puedan beneficiarse al haber sido exonerados de desembolsar la indemnización adeudada al acreedor común. Y la ley rectora del derecho de regreso se extiende a todo su régimen, incluso, como indicamos, a las excepciones que los codeudores no pagadores pudieran oponer al acreedor en función de lo que dispusiere la ley aplicable a sus respectivas relaciones jurídicas, de no haber sido éstas desplazadas por la ley del codeudor *solvens*.

múltiple del Reglamento “Roma II”, t. VII, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2007, pp. 279-280; W. Dornis, *loc. cit.*, pp. 252-253.

²¹ Vid. D. Baetge, *loc. cit.*, p. 598; J.J. Forner Delagüa, “Insurers and Third Parties in Transnational Disputes: Teachings from the ECJ”, en F. Guillaume e I. Pretelli (éds.), *Les nouveautés en matière de faillite transfrontalière et Les banques et les assurances face aux tiers, Actes de la 28e Journée de droit international privé du 27 mai 2016 à Lausanne*, Genève – Zurich – Bâle, Schulthess Éditions Romandes, 2016, pp. 129-130.

²² Descartando esta posibilidad véase D. Baetge, *loc. cit.*, p. 777.

²³ Con arreglo al art. 15 apartados a) y b) del RRII: “La ley aplicable a la obligación extracontractual con arreglo al presente Reglamento regula, en particular: a) el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos; b) las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad”.

²⁴ J.J. Forner Delagüa, *loc. cit.*, pp. 129-132.

²⁵ *Ibid.*, p. 131.

En este sentido, por consiguiente, corresponde a la ley aplicable al derecho de regreso determinar si el codeudor *solvens* puede beneficiarse del mismo o no. Por ejemplo, bien pudiera suceder que por tratarse de un supuesto excepcional de solidaridad pasiva tipificado por la ley rectora del derecho de regreso, el codeudor *solvens* no pudiera repetir contra los restantes codeudores, como en los supuestos excepcionales de solidaridad pasiva²⁶ que contempla el ordenamiento jurídico español cuando el codeudor *solvens* fuera el designado por la ley para asumir íntegramente la deuda (arts. 1084.2º y 1147.2º Cc).

Pero además, a la ley aplicable al derecho de regreso también le corresponde determinar frente a quién puede ejercitarse el mismo, esto es, la legitimación pasiva y las excepciones que los legitimados pasivamente pudieran oponer al actor. En este sentido, el ejercicio del derecho de regreso podría ser enervado por cualquiera de los codeudores no pagadores si la ley rectora del referido derecho les concediera una excepción a oponer ya fuera, según la ley aplicable al citado derecho de regreso, común a todos los codeudores, personal o puramente personal a cada uno de ellos²⁷. En definitiva, este aspecto vendrá dictaminado por la referida ley, sin que las leyes aplicables a las respectivas posiciones subjetivas pasivas respecto de la deuda común tengan margen de actuación alguno.

Por todo ello y en nuestra opinión, debiera descartarse la aplicación por analogía en el escenario de las obligaciones extracontractuales del último inciso el art. 16 RR I que sujeta a las excepciones alegables por los codeudores no pagadores a la ley rectora de sus respectivas relaciones jurídicas respecto del acreedor para, de este modo, evitar agravar su posición deudora frente a dicho acreedor²⁸. La omisión de dicho inciso en el art. 20 RR II no debe interpretarse como un mero descuido sino como una especialización justificada de los respectivos regímenes para las obligaciones contractuales y las obligaciones extracontractuales. Efectivamente, como algunos autores han señalado²⁹, la divergencia entre ambos preceptos ya había sido advertida durante el procedimiento legislativo de adopción del RR II. A mayor abundamiento, el art. 15 de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* (“Roma II”)³⁰ sujetaba el régimen de las excepciones oponibles por los codeudores no pagadores a las leyes rectoras de sus respectivas obligaciones frente al acreedor común en consonancia con su homónimo precepto del RR I. El cambio de redacción en el texto final del RR II, aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo, justificaría la premeditación sobre dicho cambio, aunque se desconoce traza de información de más detalle sobre dicho cambio.

En conclusión, a tenor de la redacción del art. 20 RR II cabe entender que la ley rectora del derecho de regreso también se proyecta sobre la regulación de las excepciones que, en su caso, los codeudores no pagadores puedan oponer al codeudor *solvens* en vía de regreso. Esta situación podría perjudicar a tales codeudores en aquellos escenarios en los que según la ley aplicable a sus respectivas posiciones jurídicas subjetivas pasivas, dicha ley no los considerase responsables o les permitiera oponer ciertas excepciones tales como la prescripción³¹.

²⁶ En relación con los supuestos excepcionales de solidaridad pasiva recogidos en los arts. 1084.2 y 1147.2 del CC en los que la deuda debe ser asumida íntegramente por uno de los codeudores con la finalidad de garantizar el crédito a pesar de la presencia de los otros codeudores, *vid.*, F. Badosa Coll, *op. cit.*, pp. 123-124; pp. 129-130 y p. 134.

²⁷ Sobre las excepciones oponibles o inoponibles en vía de regreso al codeudor *solvens* en el ordenamiento jurídico español, *vid.*, entre otros, L. Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 247-248; F. Badosa Coll, *op. cit.*, pp. 123-124; pp. 129-130 y p. 134; J. Caffarena Laporta, *La solidaridad de deudores, Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, EDESA, 1980, pp. 24-30.

²⁸ A favor de aplicar por analogía en el contexto de las obligaciones extracontractuales lo dispuesto por el último inciso del art. 16 del RRII, *vid.* D. Baetge, *loc. cit.*, p. 778; I. Heredia Cervantes, *loc. cit.*, p. 282.

²⁹ Sosteniendo el diferente régimen jurídico dispensado por el art. 20 RRII en comparación con el art. 16 del RRI a las excepciones oponibles por los codeudores solidarios no pagadores *vid.* J. J. Forner Delagüa, *loc. cit.*, p. 133; W. Dormis, *loc. cit.*, pp. 240-241.

³⁰ COM(2003) 427 final, Bruselas, 22 de julio de 2003, pp. 27-28 y pp. 39-40.

³¹ Por lo que se refiere a esta excepción en particular *vid.* el art. III.-4:III: de los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, *op. cit.*, p. 255.

IV. El derecho de reembolso del codeudor no pagador frente al acreedor común

La combinación del hecho del pago de la proporción de la deuda que el codeudor no *solvens* se vea obligado a satisfacer al codeudor *solvens*, según la ley rectora del derecho de repetición, unido a la eventual inexistencia de la obligación de satisfacer dicho pago, con arreglo a la ley rectora de la relación jurídica del codeudor no *solvens*, debiera atribuir a este último un derecho de reembolso o de reintegro contra el acreedor originario en tanto que dicho pago comporta un perjuicio para el codeudor no *solvens* en beneficio del acreedor común. Así, el punto de partida o hipótesis del enriquecimiento injustificado se justifica porque si la facultad de elección del acreedor hubiese recaído en el citado codeudor no *solvens*, la ley rectora de la relación jurídica de éste o no le hubiera hecho responsable o le hubiere permitido oponer ciertas excepciones para enervar la acción del acreedor común. En consecuencia, como se señaló, el desplazamiento por parte de la ley de la relación jurídica del codeudor *solvens*, de la ley rectora de la posición subjetiva del codeudor no pagador, que de otro modo hubiera podido ser aplicable si el acreedor hubiere reclamado íntegramente la deuda a este último, obliga al codeudor no pagador a contribuir al pago de una deuda para la que sería inmune o que le resultaría ajena, total o parcialmente, de haberse aplicado su ley.

En otras palabras, el imperio exclusivo de la ley rectora de la obligación de pago del codeudor *solvens* en vía de regreso comporta un perjuicio, un empobrecimiento al codeudor no pagador en beneficio del acreedor común, quien, de otro modo, no hubiera podido reclamar a dicho codeudor no *solvens* su contribución en la deuda por ser inexistente.

Este escenario de un hipotético derecho de reembolso o restitución a favor del codeudor no *solvens* contra el acreedor originario precisa que se determine la ley que deba regirlo. Con el fin de individualizar a esta ley, dos soluciones merecen nuestra atención³².

1. Extensión de la ley rectora del derecho de regreso al derecho de reembolso

La primera de las soluciones propuestas aboga por extender la ley material rectora del derecho de regreso conforme con el art. 20 RR II al eventual derecho de reembolso del codeudor no *solvens* contra el acreedor originario³³. De este modo, la misma ley sustantiva regularía ambos derechos. Sin embargo, consideramos que incluir al derecho de reembolso, como acción autónoma y distinta, en el ámbito de aplicación de la ley designada según el art. 20 RR II va más allá de la esfera de aplicación que debiera resultarle propia conforme lo que dispone el art. 15 del propio RR II.

Y ello porque el ámbito de aplicación del art. 20 RR II sólo debiera abarcar a la acción de regreso del codeudor *solvens* contra los eventuales codeudores no pagadores en tanto que todos ellos configuran la posición litisconsorcial pasiva a la que escapa una eventual acción de reembolso del codeudor no *solvens* contra el acreedor originario común, que configura la posición litisconsorcial activa. E incluso a pesar de que con el pago de la proporción de su deuda, según lo requerido por la ley rectora de la relación jurídica extracontractual del codeudor *solvens*, el codeudor no pagador pase a conformar la posición actora, este cambio en la legitimación de pasiva a activa no convierte al supuesto deudor por enriquecimiento injustificado (acreedor originario), contra el que se ejercita la acción de reembolso, en deudor solidario, y el supuesto de hecho del art. 20 RR II se limita a deudores en régimen de solidaridad.

Y ello máxime cuando la ley aplicable al derecho de regreso señale que la solidaridad entre los codeudores solidarios sólo se manifiesta en la relación externa respecto del acreedor común, pero que con carácter general no está presente en las relaciones internas entre los codeudores solidarios, en la medida en que dichas relaciones se hallan presididas por el concepto de parte. Lo que significa que el codeudor *solvens* deba dirigir su acción de regreso frente a cada uno de los codeudores con el fin de reclamarles su

³² J.J. Forner Delaygua, *op. cit.*, p. 133.

³³ Esta opción es defendida por I. Bach, *op. cit.*, p. 399.

porción individual de participación en la deuda total como así sucede, como regla general, en el ordenamiento jurídico español (art. 1145 Cc)³⁴.

De ello resulta que en tanto que la acción de reembolso o restitutoria se configura como una acción distinta de la acción de regreso del codeudor *solvens* frente a los codeudores no pagadores, que es el objeto del art. 20 RR II, la acción de reembolso debiera ser merecedora de un régimen conflictual específico para designar su propia ley rectora, alejado del contenido de la citada disposición.

Ahora bien, llegados a este punto todavía cabría la posibilidad de extender la ley material designada por el art. 20 RR II a la norma de conflicto autónoma que proponemos para designar la ley aplicable a la acción de reembolso, cual es la norma de conflicto sobre el enriquecimiento injustificado. En otras palabras, todavía cabría la posibilidad de que la ley a la que conduzca la norma de conflicto sobre el enriquecimiento injustificado sea la ley material aplicable al derecho de repetición según el art. 20 RR II. Pero aquí, de nuevo, en nuestra opinión, debiera descartarse esta solución por cuanto es precisamente la ley material aplicable a la obligación de pago del codeudor *solvens* (ley rectora del derecho de repetición) la que establece la responsabilidad solidaria del codeudor no pagador y, por lo tanto, la que le obliga a satisfacer la parte correspondiente de la deuda al codeudor *solvens*. De este modo, la ley que justificaría el derecho de reembolso debiera ser, en principio, la ley que lo exima de responsabilidad alguna respecto del daño causado al acreedor originario y que, por operación del art. 20 RR II, es la ley desplazada en favor de la ley aplicable a la obligación de pago del codeudor *solvens*. De este modo, la ley deducida del art. 20 RR II tampoco puede utilizarse para determinar la inexistencia de una acción alternativa a la acción restitutoria de enriquecimiento injustificado a favor del deudor no *solvens* originario.

2. El derecho de reembolso y el enriquecimiento injustificado

Habiendo descartado que la acción de reembolso pueda hallar acomodo en el art. 20 RR II, la segunda solución que proponíamos a los efectos de calificar a la acción de reembolso, y que consideramos la más acertada, consiste en localizar a dicha acción en el campo de acción de la norma de conflicto sobre enriquecimiento injustificado recogida en el art. 10 RR II. Antes de analizar la proyección de esta norma de conflicto al derecho de reembolso del codeudor no pagador (demandante o empobrecido en vía de reembolso) contra el acreedor originario (demandado o enriquecido en vía de reembolso), abordaremos el concepto de enriquecimiento injustificado utilizado por la norma conflictual del art. 10 RR II, respecto del cual cabe poner de relieve que esta disposición debiera abrazar un concepto autónomo de enriquecimiento injustificado que permita su aplicación a la variedad de situaciones reconocidas en los Estados miembros³⁵.

A) Concepto de enriquecimiento injustificado

El común denominador que puede extraerse en clave de Derecho comparado consiste en definir al enriquecimiento injustificado como una institución por la que el sujeto empobrecido (*solvens* o demandante) reclama al sujeto enriquecido (*accipiens* o demandado) la restitución de la cuantía previamente satisfecha a resultados del enriquecimiento o beneficio³⁶ de este último a costa del primero³⁷. De este modo, la premisa general de la que parte la acción del enriquecimiento injustificado consiste en una transferencia de valor o patrimonio desde el empobrecido (*solvens* o demandante) a la persona del enriquecido (*acci-*

³⁴ Sobre la aplicación de la regla de la porción en las relaciones internas entre los codeudores solidarios *vid.* F. Badosa Coll, *op. cit.*, pp. 130-131; L. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 245.

³⁵ COM(2003) 427 final, Bruselas, 22 de julio de 2003, p. 23.

³⁶ Sobre la diferencia entre los conceptos “enriquecimiento” y “beneficio”, *vid.* G. Virgo, *op. cit.*, pp. 62-64.

³⁷ P. Birks, *Unjust Enrichment*, New York, Oxford University Press, Second Edition, 2005, pp. 39-40 y pp. 73-98; G. of Chievey y G. Jones, *The Law of Restitution*, Londres, Sweet & Maxwell, Sixth Edition, 2002, pp. 40-44; G. Virgo, *op. cit.*, pp. 105-116; A. Burrows, *The Law of Restitution*, Oxford, Oxford University Press, Third Edition, 2011, p. 27 y pp. 63-85; L. Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 102-103; M. Orozco Muñoz, *El enriquecimiento injustificado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 226.

piens o demandado), que implica un enriquecimiento injustificado del demandado equivalente a una pérdida de valor del demandante. Si esta definición general, que recogería la norma del art. 10 RR II, resulta aplicable al caso particular del derecho de reembolso, entonces la transferencia del beneficio económico desde el sujeto *solvens* (empobrecido o demandante) al *accipiens* (enriquecido o demandado) operaría como consecuencia de la concurrencia de dos leyes. La primera correspondería a la ley rectora de la obligación de pago del codeudor *solvens* originario (ley rectora del derecho de regreso), que obliga al codeudor no pagador originario a satisfacer su parte de la deuda. Y la segunda ley consistiría en la que se aplica a la relación jurídica de este último respecto del acreedor común y que le exime de responsabilidad o de su pago. De este modo, el enriquecimiento se presenta como combinación de tales leyes. En efecto, si no fuera porque el acreedor originario en ejercicio de la facultad que le confiere la ley rectora de la relación extracontractual que lo vincula al codeudor *solvens* no hubiera escogido como pagador al citado codeudor en detrimento del codeudor no *solvens*, no hubiera sido posible que dicho acreedor recibiera la indemnización incrementada con la parte correspondiente a la del codeudor no *solvens* que, de otro modo, el acreedor originario no hubiera cobrado de haber elegido como *solvens* (pagador) a este último codeudor.

En consecuencia, aunque el empobrecido (codeudor no *solvens* en el contexto del derecho de repetición) paga al codeudor *solvens*, esto es, la transferencia tangible de patrimonio opera del codeudor no *solvens* al codeudor *solvens*, ambos codeudores solidarios y además demandado y demandante respectivamente en el contexto del derecho de repetición, esta transferencia patrimonial beneficia al acreedor originario común de ambos codeudores solidarios, ya que ve incrementada la indemnización a la que de otro modo no hubiera tenido lugar, si hubiera ejercitado su facultad de elección a favor del codeudor no *solvens*.

En el mismo sentido, los *Unjustified Enrichment Principles of European Law* preparados y redactados por el *Study Group on a European Civil Code* apoyarían la explicación recién desarrollada, tal y como su regla básica (art. 1:101, párrafo 1) establece “*A person who obtains an unjustified enrichment which is attributable to another’s disadvantage is obliged to that other to reverse the enrichment*”³⁸.

Por otro lado, el beneficio a favor del sujeto enriquecido debe ser injustificado para que el enriquecimiento pueda calificarse efectivamente como injustificado³⁹. Este aspecto significa que el demandado no debe tener derecho a dicho enriquecimiento. No debe existir una obligación legal que atribuya el enriquecimiento o el beneficio al demandado porque de otra manera el demandante no tendría derecho de reclamar la restitución de lo previamente satisfecho.

Sin embargo, más allá de estas líneas generales, una definición más precisa de lo que el concepto de enriquecimiento injustificado significa no puede elaborarse, puesto que este concepto engloba una gran variedad de situaciones como la Comisión Europea reconoció en su *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* (“*Roma II*”)⁴⁰. En esta Propuesta, la Comisión Europea puso de relieve que:

“Para tener en cuenta la heterogeneidad de los sistemas nacionales en esta materia, conviene evitar un vocabulario técnico. [...] Tanto el derecho material como las normas de conflicto en esta materia se encuentran aún en plena evolución en la mayoría de los Estados miembros, dando lugar a una gran inseguridad jurídica. La norma de conflicto uniforme debe tener en cuenta la heterogeneidad que caracteriza el derecho material. La dificultad consiste en no estipular normas demasiado precisas que no puedan aplicarse en un Estado miembro cuyo derecho material no distingue entre las distintas hipótesis contempladas, sin tampoco establecer una norma demasiado general cuya utilidad misma resulte dudosa. El art. 9 (*actual art. 10*)⁴¹ tiende a evitar este escollo mediante normas específicas para las dos subcategorías ya mencionadas, el enriquecimiento sin causa y la gestión de negocios, procurando al mismo tiempo que el juez disponga de suficientemente flexibilidad para adaptar la norma a su sistema nacional”⁴².

³⁸ Chr. von Bar y S. Swann, *Unjustified Enrichment*, Múnich, Sellier, European Law Publishers, 2010, pp. 181-212.

³⁹ G. of Chievey y G. Jones, *op. cit.*, pp. 44-49; A. Burrows, *op. cit.*, p. 27; L. Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 103-104; M. Orozco Muñoz, *op. cit.*, pp. 137-250.

⁴⁰ COM(2003) 427 final, Bruselas, 22 de julio de 2003, p. 23.

⁴¹ La parte en cursiva añadida es nuestra.

⁴² COM(2003) 427 final, Bruselas, 22 de julio de 2003, p. 23.

B) El tratamiento conflictual del enriquecimiento injustificado

Por lo que se refiere a la aplicación del art. 10 RR II a la acción de reembolso o restitutoria del enriquecimiento injustificado del codeudor no *solvens* originario (empobrecido) frente al acreedor común originario (enriquecido), debe destacarse que dicho precepto se aplica en la medida en que las partes envueltas en la controversia no hayan escogido la ley rectora del referido enriquecimiento, puesto que de ser así la ley escogida prevalecería en línea con lo dispuesto por el art. 14 RR II, ya que esta disposición se aplica prioritariamente a la norma de conflicto del enriquecimiento injustificado.

Por lo que se refiere a la norma de conflicto sobre enriquecimiento injustificado y, en particular, a los tres puntos de contacto ordenados jerárquicamente que integran dicha norma, el primero de ellos se refiere a una relación preexistente entre las partes (conexión accesoria) cuya ley rectora debería regular también la obligación de enriquecimiento injustificado derivada de la citada relación. Si esta relación preexistente no existiera pero las partes tuvieran una residencia habitual común, entonces el segundo punto de contacto indica como ley aplicable la ley de la mencionada residencia habitual común. De conformidad con el tercer punto de contacto, ante la ausencia de la concurrencia de los recién puntos de contacto presentados, la ley rectora del enriquecimiento injustificado sería la ley del país en el que el referido enriquecimiento injustificado hubiera tenido lugar. Este lugar corresponde con el lugar donde el enriquecimiento ocurrió más que con el lugar donde los hechos causantes del enriquecimiento tuvieran lugar, como así clarificó la Comisión Europea en su Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)⁴³. En concreto este lugar se corresponde con el enriquecimiento del demandado, esto es, con el lugar donde se produce el beneficio recibido por el demandado que constituye el objeto de la reclamación⁴⁴. Finalmente, la norma de conflicto concluye con una cláusula de escape en virtud de la cual los tribunales competentes pueden aplicar la ley de otro país si consideran que la obligación extracontractual que se derive del enriquecimiento injustificado “presenta vínculos manifiestamente más estrechos con ese otro país (...)”.

A la luz de esta norma de conflicto, el derecho de reembolso del empobrecido (codeudor no *solvens* originario) contra el enriquecido (acreedor originario) podría encontrar cobijo en su primer apartado. De este modo, merced a su conexión accesoria, la ley rectora de la eventual relación jurídica extracontractual⁴⁵ existente entre ambas partes permitiría al demandante recuperar lo satisfecho al codeudor *solvens* originario en vía de regreso, cuando la ley rectora del codeudor *solvens* le impidió oponer las excepciones que a su favor hubiere dispuesto la ley extracontractual a la que se refiere el art. 10.1º RR II. Cabe aquí recordar que el enriquecimiento del acreedor originario es consecuencia de haber elegido como deudor para el pago íntegro de la deuda al deudor, se entiende, más solvente y también al deudor cuya ley aplicable le proporcionara una cuantía económica mayor a la que de otro modo hubiera tenido derecho, si en su lugar hubiera escogido como deudor pagador al empobrecido (deudor no *solvens* originario).

En definitiva, habida cuenta de los datos recién apuntados, la acción de reembolso quedaría sujeta a la ley extracontractual subyacente al enriquecimiento injustificado operado entre el acreedor (enriquecido) y el codeudor no *solvens* (empobrecido) originarios en el contexto de la regla de la responsabilidad extracontractual múltiple recogida en el art. 20 RR II.

⁴³ COM(2003) 427 final, Bruselas, 22 de julio de 2003, p. 22.

⁴⁴ B. Schinkels, “Article 10 Rome II”, en G.-P. Callies, *Rome Regulations, Commentary*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2015, pp. 510-511. En este sentido, véase A. Dickinson, *The Rome II Regulation, The law applicable to non-contractual obligations*, Oxford, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press, 2008, p. 505.

⁴⁵ Las disposiciones sobre responsabilidad múltiple de los Reglamentos RI (art. 16) y RII (art. 20) silencian la cuestión sobre si las mismas resultan aplicables a codeudores cuyas respectivas posiciones subjetivas pasivas obedezcan a una responsabilidad civil de diferente naturaleza contractual y extracontractual.

V. Consideraciones finales

La eventual desprotección a la que el deudor no *solvens* se ve expuesto en el contexto de la regla de la responsabilidad extracontractual múltiple por no poder confiar en las excepciones a las que tuviera derecho de conformidad con la ley rectora de su posición subjetiva pasiva respecto de la deuda común, fuerza a buscar otra solución que subsane su eventual perjuicio a favor del acreedor común.

En este sentido, la acción de reembolso de la que puede ser merecedor el citado codeudor no *solvens* debiera venir establecida por la ley designada según la norma de conflicto del enriquecimiento injustificado del art. 10 RR II, en la medida en que dicha acción persigue reintegrar al empobrecido el desembolso que injustificadamente, según la ley aplicable a su posición subjetiva pasiva respecto de la deuda común, se vio obligado a satisfacer al deudor *solvens* originario.

De este modo, a la ley designada por la norma de conflicto sobre enriquecimiento injustificado correspondería determinar si el deudor no *solvens* originario puede ejercitar una eventual acción de reembolso frente al acreedor originario común y su régimen jurídico. Con esta solución no sólo se descarta la posibilidad de que la ley rectora del derecho de regreso del codeudor *solvens* originario frente a los codeudores no *solvens* originarios regule la acción de reembolso o restitutoria de enriquecimiento injustificado, sino también que dicha ley se tenga en cuenta para apreciar la existencia de otra acción que con carácter prioritario y específico pudiera desplazar a la acción de reembolso sobre la base de la naturaleza subsidiaria de esta última acción.

En suma, la acción restitutoria controvertida refleja alguno de los efectos de los desajustes existentes entre el RR I y el RR II y como sus soluciones a través de otras normas conflictuales recogidas en tales instrumentos normativos pueden conducir a resultados análogos o similares.

Bibliografía

- Altenkirch, M.: "Art. 19 Rome II", en P. Huber (ed.), *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2011, pp. 384-388.
- Bach, I.: "Article 20. Multiple liability", en P. Huber (ed.), *The Rome II Regulation. Pocket Commentary*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2011, pp. 389-400.
- Badosa Coll, F.: *Dret d'obligacions*, Barcelona, Universitat de Barcelona y Editorial Barcanova, 1990.
- Baetge, D.: "Art 20 Rome II. Multiple Liability", en G.-P. Calliess, *Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2011, pp. 596-599.
- Bar, von Chr., Clive, E. y Schulte-Nölke, H. (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, preparados por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Munich, Sellier, European Law Publishers, 2009.
- Bar, von Chr. y Swann, S.: *Unjustified Enrichment*, Munich, Sellier, European Law Publishers, 2010.
- Birks, P.: *Unjust Enrichment*, New York, Oxford University Press, Second Edition, 2005.
- Burrows, A.: *The Law of Restitution*, Oxford, Oxford University Press, Third Edition, 2011.
- Caffarena Laporta, J.: *La solidaridad de deudores, Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, EDERSA, 1980.
- Calvo San José, M. J.: "La fianza solidaria", en M. J. Herrero García (dir.), *Contratos de distribución comercial – Garantías personales*, Salamanca, Ratio Legis, 2010, pp. 303-312.
- Chieveley, G. of y Jones, G.: *The Law of Restitution*, Londres, Sweet & Maxwell, Sixth Edition, 2002.
- Dickinson, A.: *The Rome II Regulation, The law applicable to non-contractual obligations*, Oxford, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press, 2008.
- Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Volumen II, Las relaciones obligatorias*, Cizur Menor (Navarra), Thomson - Civitas, Sexta edición, 2008.
- Dornis, W.: "Contribution and indemnification among joint tortfeasors in multi-state conflict cases: a study of doctrine and the current law in the US and under the Rome II Regulation", *J. Priv. Int'l L.*, vol. 4, 2008, pp. 237-277.

- Espiniella Menéndez, A.: *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos*, Madrid, Fundación Mapfre, Instituto de Ciencias del Seguro, 2012.
- Forner Delaygua, J. J.: “Insurers and Third Parties in Transnational Disputes: Teachings from the ECJ”, en F. Guillaume e I. Pretelli (eds.), *Les nouveautés en matière de faillite transfrontalière et Les banques et les assurances face aux tiers, Actes de la 28e Journée de droit international privé du 27 mai 2016 à Lausanne*, Genève – Zurich – Bâle, Schulthess Éditions Romandes, 2016, pp. 121-143.
- Hamburg Group for Private International Law: “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, N. 67, 2003, *RabelsZ*, pp. 1-56.
- Heredia Cervantes, I.: “Las deficiencias de la regla de responsabilidad múltiple del Reglamento “Roma II”, t. VII, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2007, pp. 277-286.
- Orozco Muñoz, M.: *El enriquecimiento injustificado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- Schinkels, B.: “Article 10 Rome II”, en G.-P. Callies, *Rome Regulations, Commentary*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2011, pp. 498-512.
- Virgo, G.: *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford, Oxford University Press, Second Edition, 2006.

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y LA SUSTRACCIÓN DE MENORES EN LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN PARA MODIFICAR EL RB II BIS: ALGUNOS AVANCES, RETROCESOS Y AUSENCIAS

María Aránzazu GANDÍA SELLENS *

SUMARIO: I. Introducción. II. Avances. 1. La concentración de jurisdicción para los casos de sustracción internacional de menores. 2. La justificación de la no ejecución de una resolución de retorno y la vinculación entre las decisiones sobre la custodia y no retorno. 3. La coordinación con el Convenio de La Haya de 1996. 4. El procedimiento abreviado de ejecución. 5. La audiencia al menor. 6. La limitación de las apelaciones y de la duración del proceso. 7. La coordinación entre Autoridades Centrales. III. Retrocesos. 1. Medidas cautelares. 2. Heterogeneidad en la sustitución del término “tribunal” por “autoridad”. 3. Mediación. 4. La coordinación con el Convenio de La Haya de 1980. IV. Ausencias. 1. La aclaración del concepto de “residencia habitual”. 2. La consolidación de procedimientos. 3. Elección de foro en los casos de sustracción internacional de menores. 4. Prórroga de la competencia en relación con terceros Estados. V. Conclusión.

RESUMEN: La Comisión presentó en junio de 2016 su Propuesta para modificar el RB II bis. En dicha Propuesta, el ámbito de la responsabilidad parental es el que más modificaciones experimenta. En el presente trabajo se han analizado algunas de las mismas –las que se han considerado más relevantes– a la luz de los problemas detectados por la doctrina y en la práctica. El examen jurídico de las distintas proposiciones se presenta en tres categorías, en función de si la propuesta supone un avance o un retroceso o si hay extremos que continúan ausentes con respecto a la versión vigente del RB II bis. Pese a que los resultados de nuestro estudio demuestran que se han introducido más mejoras que empeoramientos en la Propuesta de la Comisión, es de lamentar que esta oportunidad no haya servido para incluir mayores progresos en el campo de la responsabilidad parental.

PALABRAS CLAVE: RB II BIS REFUNDIDO – SUSTRACCIÓN DE MENORES – PROTECCIÓN DEL MENOR – RESPONSABILIDAD PARENTAL.

ABSTRACT: Parental responsibility in the Commission's Proposal for recasting Brussels IIa: several steps forward, others backwards and some absences

The European Commission released in June 2016, its Proposal for recasting Brussels IIa. The majority of the modifications suggested by the Commission in that document referred to the rules on parental responsibility issues. Consequently, this article analyses a few of the modifications regarding the area of parental responsibility, in light of the problems highlighted by scholars and those that have arose in practice. The legal exam carried out, divides the different proposals suggested by the Commission into three categories, depending on the result achieved by each one. These categories comprise of improvements, hindrances or absences in comparison to the current version of the Regulation. The results of the study demonstrate that the Commission's Proposal includes more steps forward than backwards. Yet,

* Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law. La autora agradece a la Profa. Dra. Marta Requejo Isidro sus valiosos comentarios al borrador del presente trabajo.

it is still regrettable that this opportunity has not been used for encompassing further progress in the field of parental responsibility.

KEY WORDS: BRUSSELS IIA RECAST – CHILD ABDUCTION – CHILD PROTECTION – PARENTAL RESPONSIBILITY.

I. Introducción

La memoria explicativa de la Propuesta de la Comisión para reformar el RB II bis¹ (en adelante, Propuesta de la Comisión o Propuesta de Reglamento) señala que el ámbito donde se han concentrado las proposiciones para modificar dicho instrumento es el de la responsabilidad parental². Así, la responsabilidad parental (entendiendo esta expresión en sentido amplio, abarcando todos aquellos conflictos que giran en torno a menores³) es el ámbito en el que ahonda el análisis llevado a cabo en el presente trabajo. De manera que el propósito del mismo es proporcionar un examen de las propuestas efectuadas por la Comisión, con el objeto de juzgarlas en función de su adecuación. Consecuentemente, dichas propuestas se presentan en dos niveles, uno dedicado a los avances y otro, a los retrocesos; ambos analizados críticamente. Y ello, tomando como referencia la regulación vigente en la versión actual del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000⁴ (en adelante, RB II bis). Asimismo, como parte del análisis jurídico de las normas sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución en el ámbito de la responsabilidad parental, el presente trabajo incluye algunos extremos que la Comisión no ha regulado o no ha modificado en su Propuesta de Reglamento; constituyendo, estos, verdaderas ausencias que podrían haberse cubierto en dicho texto aprovechando esta oportunidad de revisión.

Por último, conviene mencionar que el presente trabajo se limita a analizar algunos de los cambios sugeridos por la Comisión, sin abarcar exhaustivamente todas y cada una de las modificaciones propuestas. Se ha preferido concentrar el análisis en aquellas que se han considerado más trascendentales, sin desconocer que ciertos extremos de gran relevancia en el ámbito de la protección de menores, como es el caso de la institución del acogimiento transfronterizo, que también han sido objeto de reforma en el texto presentado por la Comisión, ya han sido tratados en trabajos monotemáticos por la doctrina⁵, siendo éste el motivo de su exclusión de nuestra investigación.

II. Avances

La Propuesta de la Comisión presenta varias modificaciones que cabe tildar de avances en comparación con la versión vigente del RB II bis. Sin embargo, el hecho de que supongan un avance no es sinónimo, en ocasiones, de perfección. Desafortunadamente, esto es lo que ocurre con varias de las propuestas enumeradas en el presente epígrafe.

¹ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), COM(2016) 411 final.

² Propuesta de la Comisión, pp. 1–2.

³ En torno a esta expresión *vid.* K. Boele-Woelki, F. Ferrand *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Amberes–Oxford, Intersentia, 2007, pp. 30–31.

⁴ DO L 338 de 23.12.2003.

⁵ *Vid.* los trabajos de F.J. Forcada Miranda, “Revision with respect to the cross-border placement of children”, *NIPR*, vol. 1, 2015, pp. 36–42; y M. Herranz Ballesteros, “El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis (1)”, *La Ley: Unión Europea*, n° 44, 2017, pp. 1–16.

Asimismo, en relación con la transferencia de competencia y sobre lo “enrevesado” de la legislación actual al respecto (si bien este aspecto apenas ha sido modificado en la Propuesta), S. Álvarez González, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor”, *La Ley: Unión Europea*, n° 43, 2016, pp. 1–17, en esp. pp. 6–8.

1. La concentración de jurisdicción para los casos de sustracción internacional de menores

La Comisión ha introducido en su Propuesta un nuevo precepto, el art. 22, que persigue concentrar la jurisdicción para los casos de sustracción internacional de menores en un número limitado de órganos judiciales. Este propósito viene acompañado del mandato a los Estados miembros de notificar a la Comisión los respectivos órganos judiciales nacionales que asumirán dicha jurisdicción. La propuesta de concentrar forma parte de las medidas para agilizar al máximo los procedimientos relativos a la sustracción de menores. Así, el considerando 26 de la Propuesta invita a que cada Estado concentre la jurisdicción para estos asuntos en uno o más tribunales, dependiendo de la estructura interna de la administración de justicia en cada país. Se estipula como ejemplo que se dedique un juzgado de primera instancia a conocer de estos casos por cada área geográfica cubierta por un tribunal de apelación.

Dicho considerando justifica la medida aduciendo que los jueces que conocen de numerosos asuntos de sustracción de menores desarrollan una especialización concreta.

En nuestra opinión, la idea de concentrar la jurisdicción para conocer de los asuntos de sustracción internacional de menores es positiva⁶, por un doble motivo: la celeridad y la calidad en las decisiones adoptadas. Sin embargo, la configuración del sistema tal y como se presenta en la Propuesta adolece de algunos defectos que es necesario enumerar. Así, la Propuesta deja abierta la decisión sobre el número de órganos judiciales especializados por país⁷, confiando en el buen criterio de cada Estado miembro. Para ello da una orientación, basada en el número de tribunales de apelación. Sin embargo, esta orientación podría no ser adecuada en todos los casos. Y ello porque suele ser habitual que los tribunales de apelación se distribuyan en distintas áreas o regiones geográficas del país. Esas regiones podrían no lidiar con el mismo o similar número de casos relativos a la sustracción internacional de menores. De manera que se podrían producir desigualdades en la carga de trabajo de los órganos judiciales especializados, lo cual podría suponer un obstáculo para la celeridad que con esta medida se pretende obtener. Por tanto, un criterio que los Estados miembros deberían tomar en consideración a la hora de establecer estos órganos especializados es el volumen de casos registrados en las distintas regiones del país. Debiendo ser éste el criterio principal, no se debería descuidar tampoco la distribución geográfica, con el ánimo de que una

⁶ En la misma línea, Swiss Institute of Comparative Law, *Cross-border parental child abduction in the European Union*, Estudio para el Parlamento Europeo nº PE 510.012, p. 98; P. Beaumont, L. Walker y J. Holliday, "Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings", *University of Aberdeen, Working Paper 6*, 2016, pp. 2–3, disponible en: <https://www.abdn.ac.uk/law/research/publications-235.php> (última consulta el día 18 de mayo de 2017); Bundesrechtsanwaltskammer, "zur Neufassung der Brüssel-IIa-Verordnung (EuEheVO)", *Stellungnahme Nr. 28/2016*, apartado 3.1, disponible en: <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2016/august/stellungnahme-der-brak-2016-28.pdf> (última consulta el día 18 de mayo de 2017); Subgrupo "Nacionalidad" del GEDIP, "Comments on the Commission Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)", párr. 13, disponible en: <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/Reunion%2026/Annexe%20I.pdf> (última consulta el día 18 de mayo de 2017); I. Pretelli, "Child Abduction and Return Procedures", *Recasting the Brussels IIa Regulation – Compilation of briefings*, Unión Europea, 2016, p. 8, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571383/IPOL_STU%282016%29571383_EN.pdf (última consulta el día 18 de mayo de 2017); Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, "The Link with International Instruments and Third Countries", *Recasting the Brussels IIa Regulation – Compilation of briefings*, Unión Europea, 2016, p. 68; C. Bäuml, *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)* [COM(2016) 411 final — 2016/019 (CNS)], DO C 125 de 21.04.2017, párr. 2.13; E. Rodríguez Pinau, "La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo", *REDI*, vol. 69, nº 1, 2017, p. 143, si bien lamentando la ausencia de referencia a la especialización en el texto del art. 22.

⁷ Crítica con la posibilidad de designar un único órgano especializado para un país, I. Pretelli, "Child Abduction...", *loc. cit.*, p. 9.

distancia geográfica demasiado vasta no disuada el recurso a la justicia ni dificulte la labor de los propios tribunales.

Asimismo llama la atención el hecho de que no se aluda expresamente a la formación específica que los jueces que conformen dichos órganos judiciales deberían recibir. Parece que se presume que, a través de la práctica, los jueces adquirirán los conocimientos específicos en la materia. Dicho aserto, pese a presentarse como una justificación de la medida, debería ser, a nuestro modo de ver, eliminado de la Propuesta, en favor de una referencia explícita a la necesidad de formación continua del colectivo de administradores de justicia asignado a dichos tribunales.

Siguiendo con las mejoras para esta nueva medida, convendría introducir una pequeña aclaración de trascendencia práctica en los aps. 3 y 4 del art. 81 de la Propuesta. Nos referimos aquí a este precepto por la referencia que el propio art. 22 realiza al mismo, al exigir la notificación a la Comisión. El art. 81 de la Propuesta, que viene a sustituir a los actuales arts. 67 y 68 enumera la información que los Estados miembros deben notificar a la Comisión, como es el caso de los órganos judiciales especializados en materia de sustracción de menores. Así, pese a que la Comisión introduce un límite temporal para efectuar dicha notificación (tres meses desde la entrada en vigor del Reglamento), no se establece ninguna limitación temporal a la obligación de los Estados miembros de notificar cualquier cambio producido en la información a notificar. Y lo mismo es predicable respecto a la obligación de la Comisión de hacer pública dicha información. En uno y otro caso se debería introducir un plazo para dichas obligaciones o, al menos, la constatación de que las mismas deben llevarse a cabo con celeridad.

2. La justificación de la no ejecución de una resolución de retorno y la vinculación entre las decisiones sobre la custodia y no retorno

La Propuesta de la Comisión introduce, en el campo de las decisiones sobre custodia y retorno de un menor dos cambios fundamentales. Primero, en virtud del nuevo art. 40.2º.a, cabe rechazar la ejecución de una orden de retorno si media oposición del menor o si el retorno es contrario al interés superior del menor.

Segundo, la decisión sobre la custodia del menor debe dictarse ponderando el interés superior del menor así como el razonamiento y las pruebas que justificaron la resolución rechazando el retorno del menor (nuevo art. 26.4º).

Antes de entrar en detalle en los cambios introducidos por la Propuesta, conviene recordar brevemente el asunto *Povse c. Alpago*⁸, caso que sirve de referente para el análisis subsiguiente. En el mismo, la cuestión que se planteó surgió a raíz de un traslado ilícito de una menor entre Estados miembros, litigio cubierto por el ámbito de aplicación del RB II bis. Concretamente, la hija de una pareja italoaustriaca fue ilícitamente trasladada a Austria desde Italia, por parte de la progenitora austriaca. A partir de ese momento, se produjo un cruce de procesos judiciales, iniciados por ambos progenitores. Mientras esos procedimientos seguían su curso, la madre había logrado que los tribunales austriacos le otorgaran la custodia de la menor. Los tribunales italianos, por su parte, ordenaron la restitución inmediata de la menor a Italia. Así, el padre de la menor se dirigió a los tribunales austriacos para obtener la ejecución de la sentencia italiana a su favor. Los tribunales austriacos desestimaron, en primera instancia, la ejecución, por considerar que suponía un grave peligro psíquico para la menor. En segunda instancia, sin embargo, se ordenó la ejecución de la resolución italiana.

En la fase de casación, el tribunal austriaco competente suspendió el procedimiento y planteó al TJUE sendas cuestiones prejudiciales, relativas a la competencia judicial internacional en el ámbito de la responsabilidad parental.

La STJUE confirmó la competencia judicial de los tribunales italianos para ordenar la restitución de la menor a Italia y pronunciarse sobre su custodia, y además constató que la ejecución de la sentencia italiana no podía denegarse por el tribunal austriaco por considerar que debido a una modificación de las circunstancias su ejecución podría suponer un grave menoscabo del interés superior de la menor. La modificación

⁸ STJUE (Sala Tercera) de 1 julio 2010, asunto C-211/10, *Povse / Alpago*.

de la ejecución, prosiguió el Alto Tribunal de Luxemburgo, debe invocarse ante el órgano competente del Estado miembro de origen (en este caso, Italia).

Ahora, la Propuesta de la Comisión introduce, en el nuevo art. 40.2º.a, la posibilidad de rechazar la ejecución de una orden de retorno por parte del Estado de ejecución (en el caso anterior, Austria). Y ello, siempre y cuando se invoque, por la parte contra la cual se solicite la ejecución, que ha habido un cambio de circunstancias que justifique la no-ejecución debido a: 1) la oposición del menor, teniendo éste una edad y madurez adecuadas o 2) la incompatibilidad con el interés superior del menor. Esta segunda causa es la que aducía el tribunal austriaco para oponerse a la ejecución (grave riesgo de peligro psíquico para la menor).

Además, también conviene aludir al nuevo art. 26.4º, que guarda cierta relación con el asunto *Povse c. Alpago*. En dicho asunto, primero los tribunales italianos se pronunciaron, de manera provisional, sobre la cuestión de la custodia de la menor ilícitamente sustraída. Sin embargo, posteriormente, los tribunales austriacos (Estado al que la menor fue sustraída), basando su competencia en el art. 10.b.iv RB II bis, se pronunciaron con carácter final sobre la custodia. Ahora bien, en aquel asunto el TJUE aclaró que la aplicación del art. 10.b.iv no era posible sobre la base de una decisión provisional, de modo que, indirectamente, reafirmó la competencia de los tribunales italianos para pronunciarse sobre la custodia de la menor (recuérdese que los órganos italianos eran los del Estado de residencia habitual previa).

Conforme al nuevo art. 26.4º, esa decisión sobre la custodia debe tomarse teniendo en cuenta el interés superior del menor así como el razonamiento y las pruebas que justificaron la resolución rechazando el retorno del menor (así, en el asunto descrito, los tribunales italianos tendrían que haber fallado sobre la custodia teniendo en cuenta el razonamiento expresado por los austriacos). Hasta la fecha el TJUE había declarado la separación entre la resolución de custodia y la resolución de no restitución del menor⁹. Sin embargo, ahora esa independencia entre decisiones se difumina.

En general, ambas nuevas proposiciones son positivas¹⁰, en tanto en cuanto giran en torno a la preservación del interés superior del menor. La primera a la que nos hemos referido porque tiene en cuenta que el paso del tiempo en este tipo de procesos, con la consecuencia inevitable de que el menor construya una nueva vida en el lugar al que ha sido sustraído; y la segunda, porque evita, al menos en lo teórico, que el órgano judicial del Estado de la residencia habitual pre-raptum y el del lugar de la sustracción lleven a cabo análisis distintos de lo que debiera ser objetivo: el interés superior del menor.

Sin embargo, ambas medidas podrían ser utilizadas (hipotéticamente) de forma abusiva en la práctica¹¹, como ya ocurre con el recurso al art. 13.b del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya¹² (en adelante, Convenio de La Haya de 1980) para rechazar las peticiones de retorno¹³. Así pues, consideramos que las mismas deberían ir acompañadas de medidas que reporten un verdadero avance en la protección del menor, como la necesaria implicación de expertos en el proceso, más allá de la formación de los operadores jurídicos y la cooperación por parte de las Autoridades Centrales. Tales expertos –que no deberían ser de parte– podrían aportar informes relativos a evaluar las medidas para salvaguardar el interés superior del menor, de modo que las decisiones sobre la no-ejecución o sobre la custodia del menor no se pudiesen adoptar sin contar con el respaldo de tales expertos.

⁹ STJ (Sala Tercera) de 11 de julio de 2008, asunto C– 195/08 PPU, *Rinau*, párrs. 63–64.

¹⁰ También, P. Beaumont, L. Walker y J. Holliday, “Parental Responsibility...”, *loc. cit.*, pp. 4–5; Bundesrechtsanwaltskammer, “zur Neufassung...”, aps. 3.6.4; GEDIP, “Resolution on the Commission Proposal for a recast of the Brussels IIa Regulation, concerning parental responsibility and child abduction”, 16–18 de septiembre de 2016, punto II, disponible en: <http://www.gedip-egpil.eu/documents/Milan%202016/Bx2b-ResPar-ENG-Final2.pdf> (última consulta el día 18 de mayo de 2017); I. Pretelli, “Child Abduction...”, *loc. cit.*, p. 12.

¹¹ Expresando dudas en relación a la protección del interés superior del menor y el respeto a la vida familiar, GEDIP, “Resolution...”, *loc. cit.*, punto II; E. Rodríguez Pinau, “La refundición...”, *op. cit.*, pp. 145–146 y 152.

¹² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1343.

¹³ P. Beaumont, L. Walker y J. Holliday, “Conflicts of EU courts on child abduction: the reality of Article 11(6)–(8) Brussels IIa proceedings across the EU”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, nº 2, 2016, pp. 215–217.

3. La coordinación con el Convenio de La Haya de 1996

En la Propuesta apreciamos una mejora¹⁴ en la coordinación del RB II bis con el Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, hecho en La Haya¹⁵ (en adelante, Convenio de La Haya de 1996). No se puede decir lo mismo de la coordinación con el Convenio de La Haya de 1980, aspecto que trataremos más adelante.

En relación con el Convenio de La Haya de 1996, el nuevo art. 75 ha venido a modificar el art. 61 del Reglamento. Este último precepto (el del texto ahora en vigor) se limita a indicar la primacía del Reglamento sobre el citado Convenio si el menor tiene su residencia habitual en el territorio de la UE o si una resolución de un Estado miembro se pretende reconocer y ejecutar en otro Estado miembro, independientemente de la residencia habitual del menor. Esta regulación provoca problemas con las relaciones entre Estados miembros y terceros Estados contratantes del Convenio de La Haya de 1996. Por poner un ejemplo, el mencionado Convenio provee, en su art. 8, la transferencia de jurisdicción al tribunal de otro Estado contratante que se encuentre en mejor situación para apreciar el interés superior del menor. Si ese menor estaba residendo en el territorio de un Estado miembro, ese Estado miembro no podía hacer uso de dicho precepto y transferir la jurisdicción a un tercer Estado contratante del Convenio. Téngase en cuenta que el art. 15 de la versión actual del Reglamento contiene una disposición similar, pero la misma solo opera entre Estados miembros. Ahora, el texto del nuevo art. 75 constituye una verdadera mejora al respecto. Así, el texto propuesto da prioridad al Convenio en distintos escenarios: 1) en caso de un acuerdo de elección de foro en favor de un Estado contratante del Convenio¹⁶; 2) en el supuesto de remisión a un órgano jurisdiccional de un Estado contratante del Convenio mejor situado para conocer del asunto; y 3) si se produce una situación de litispendencia entre un Estado miembro y un Estado contratante del Convenio, siempre y cuando se haya presentado la demanda ante este último en primer lugar.

Con esta solución, se cubren algunos supuestos problemáticos en relación con Estados terceros contratantes del Convenio de La Haya de 1996¹⁷. Sin embargo, sigue sin resolverse el problema de que el menor tenga su residencia habitual en un Estado contratante del mencionado Convenio y que un Estado miembro se haya declarado competente en virtud del art. 12 del actual texto del Reglamento. En dicho escenario, si se pretende reconocer y ejecutar la sentencia en el Estado de residencia habitual del menor, ello podría ser problemático¹⁸. Sobre esta ausencia volveremos más adelante¹⁹.

4. El procedimiento abreviado de ejecución

Una gran novedad que introduce la Propuesta de la Comisión viene constituida por la eliminación de la declaración de ejecutividad. Actualmente, conforme al art. 28.1 del Reglamento, las resoluciones en materia de responsabilidad parental que pretendan ejecutarse en otro Estado miembro deben, primero, ser declaradas ejecutivas en ese Estado miembro. Una vez solicitada esa declaración de ejecutividad, es el

¹⁴ En la misma línea, Beaumont, L. Walker y J. Holliday, "Parental Responsibility...", *loc. cit.*, pp. 11-12; Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, "The Link...", *loc. cit.*, p. 65; E. Rodríguez Pinau, "La refundición...", *op. cit.*, p. 163.

¹⁵ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2204.

¹⁶ Siempre que en ese Estado no se aplique el Reglamento y cuando concurren los requisitos listados en el art. 10 del mencionado Convenio: 1) que la competencia se ejerza en el marco de un proceso para conocer una demanda de divorcio o separación entre los cónyuges; 2) uno de los padres reside habitualmente en dicho Estado en el momento de iniciarse el procedimiento y uno de ellos tiene la responsabilidad parental respecto al niño, y 3) la competencia haya sido aceptada por los padres, así como por cualquier otra persona que tenga la responsabilidad parental respecto al niño, si esta competencia responde al interés superior del niño.

¹⁷ Los cuales ya fueron denunciados por la doctrina, *vid.* T. Kruger y L. Samyn, "Brussels II bis: successes and suggested improvements", *Journal of Private International Law*, vol. 12, n° 1, 2016, p. 154.

¹⁸ *Vid.* al respecto Th.M. de Boer, "What we should not expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation", *NIPR*, vol. 1, 2015, p. 14; T. Kruger y L. Samyn, "Brussels II bis...", *loc. cit.*, p. 152.

¹⁹ *Vid.* el apartado IV.3 *infra*.

propio órgano judicial el que debe pronunciarse, en un procedimiento no contradictorio (arts. 29–31). Solo en la fase de apelación se permite la audiencia de las partes (art. 33).

La Propuesta de la Comisión modifica ese proceso, eliminando el requisito de la declaración de ejecutividad. De modo que las resoluciones sobre responsabilidad parental que sean ejecutables en el Estado miembro de origen deben ser ejecutables también en cualquier otro Estado miembro (art. 30). La parte que quiera ejecutar la sentencia se debe dirigir a los órganos judiciales competentes del Estado de ejecución, quienes procederán a la misma (art. 32.1º y 2º). Ello, a salvo de que la parte contra la que se ejecute la sentencia se oponga (art. 32.3º). Además, las medidas cautelares se incluyen expresamente en el régimen de reconocimiento y ejecución²⁰ (art. 48). Así pues, con esta medida el proceso debe ser más rápido, por el mero hecho de que en la versión actual existe un control *ex officio* por los órganos judiciales del Estado de ejecución, y ahora ese control desaparece, dependiendo únicamente de la iniciativa de las partes. Por tanto, consideramos que la medida es positiva²¹.

Algunas voces críticas han destacado que en materia de responsabilidad parental la eliminación del *exequatur* podría no ser adecuada, por la necesidad de reforzar los estándares comunes de aplicación de las normas del Reglamento, sobre todo en lo que se refiere a la audiencia al menor²². Sin embargo, la nueva Propuesta de la Comisión refuerza la audiencia al menor, introduciendo un nuevo precepto que garantiza que el menor debe contar con una oportunidad genuina y efectiva de expresarse –incidiéremos en ello en el próximo subepígrafe–.

Obviamente, el funcionamiento práctico de las normas puede distar profundamente de la configuración teórica que da lugar a las mismas. Así, en este caso, podría ocurrir que determinados órganos judiciales adujeran que el menor no es capaz de formarse sus propias opiniones, y así justificar la falta de audiencia al menor. Sin embargo, eso solo podría ocurrir en los casos realmente limítrofes entre la incapacidad y la capacidad del menor para ello, ya que a la luz de la última línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), no es posible negar la audiencia al menor en casos en los que es obvio que el menor es capaz de expresarse (como así desarrollaremos *infra*).

En tales casos, todavía queda el recurso de oponerse a la ejecución por vía del nuevo art. 40.2º (al que hemos aludido anteriormente), de modo que el paso del tiempo entre el inicio del proceso judicial y el momento de la ejecución permita afirmar la suficiente madurez del menor para expresar sus opiniones.

En consecuencia, en aras de preservar la celeridad, evitando casos como el famoso *Povse*²³, en los que el paso del tiempo puede verdaderamente causar daños en la relación del menor con –normalmente– ambos detentadores de la patria potestad (la cual generalmente redundará en el interés superior del menor²⁴), consideramos que la solución de eliminar el *exequatur* es positiva, así como la inclusión de las medidas cautelares en el sistema²⁵. Ahora bien, la práctica dirá si esta medida funciona de forma adecuada para

²⁰ De modo que ya no tienen un efecto vinculado al territorio del Estado al que pertenece el órgano que las dictó. *Vid.* al respecto, la STJUE (Sala Segunda) de 15 de julio de 2010, *Purrucker I*, asunto C-256/09, párrs. 84 y 87.

²¹ Asimismo, Bundesrechtsanwaltskammer, “zur Neufassung...”, *loc. cit.*, apartado 4.1; Subgrupo “Nacionalidad” del GEDIP, “Comments...”, *loc. cit.*, párr. 30; Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, “The Link...”, *loc. cit.*, p. 71; C. Bäumlér, *Dictamen... cit.*, párr. 2.21.

²² J.M. Scott QC, “A question of trust? Recognition and enforcement of judgments”, *NIPR*, vol. 1, 2015, pp. 29 y 34; T. Kruger y L. Samyn, “Brussels II bis...”, *loc. cit.*, p. 160; M.J. Escher y J. Wittmann, “Report on the German good practices”, Research Outputs of the EUFam’s Project, 2016, p. 5, disponible en: <http://www.eufams.unimi.it/category/research-outputs/> (última consulta el día 18 de mayo de 2017); E. Rodríguez Pinau, “La refundición...”, *op. cit.*, pp. 148–149.

²³ *Vid. supra* II.2. Más recientemente, si bien en el ámbito nacional, *vid.* STEDH 1ª 23 junio 2016, *Strumia c. Italia*, caso nº 53377/13, especialmente párr. 122, que condena a las autoridades italianas por no haber acordado medidas apropiadas para que un padre no se viera privado de contacto con su hija durante siete años.

²⁴ Así, el TEDH dispuso que los intereses del menor son fundamentalmente dos: 1) mantener lazos con su familia, a no ser que tal relación se pruebe como indeseable y 2) desarrollarse en un ambiente seguro, *vid.* la Sentencia del TEDH (Sección Segunda) de 12 julio 2011, *Sneersone y Campanella c. Italia*, asunto nº 14737/09, párr. 85.

²⁵ En relación con esto último, T. Kruger y L. Samyn, “Brussels II bis...”, *loc. cit.*, p. 150; M. Mellone, “Provisional measures and the Brussels IIbis Regulation: an assessment of the *status quo* in view of future legislative amendments”, *NIPR*, vol. 1, 2015, p. 25.

garantizar el interés superior del menor. Asimismo, merece mención la introducción de la ejecución provisional de las medidas de retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional, conforme al nuevo art. 25.3º. Y ello, además, pese a que se haya interpuesto una apelación e incluso en los casos en los que el ordenamiento jurídico del foro no prevea dicha ejecución provisional. Esta disposición va en línea con el nuevo art. 26.4º (comentado *supra*), en relación con la necesidad de decidir sobre la custodia teniendo en cuenta el razonamiento seguido para dictar la medida de retorno del menor; así como con la preservación de la relación del menor con –normalmente– ambos detentadores de la patria potestad. Sin embargo, llama la atención el hecho de que la ejecución provisional de una orden de retorno deba sustanciarse conforme a lo dispuesto en el Derecho nacional, afirmándose que se proceda a la ejecución provisional aunque el Derecho nacional no lo prevea (art. 30.1º de la Propuesta). En nuestra opinión, el hecho de que esa ejecución provisional no esté prevista en el ordenamiento procesal nacional del que se trate podría dar lugar a problemas en su puesta en práctica. No obstante consideramos que la medida es, en general, positiva, por las razones de que va en línea con el nuevo art. 26.4º y con la salvaguarda del interés del menor.

5. La audiencia al menor

Como ya hemos adelantado, es de celebrar la introducción de un nuevo precepto que refuerza la audiencia del menor, dificultando la justificación de su ausencia. De hecho, este es uno de los principales problemas detectados en la práctica: en un 80% de casos de sustracción internacional los menores no son escuchados²⁶. Así, por ejemplo, recientemente el TEDH condenó a España porque un juez no dio audiencia a dos menores de 11 y 12 años²⁷.

Ahora, la Propuesta introduce un nuevo precepto (el nuevo art. 20) que indica que las autoridades de los Estados miembros deben garantizar que un niño que es capaz de formar su propia opinión disponga de una oportunidad genuina y efectiva de expresarse libremente durante el curso del procedimiento. Se añade que la autoridad deberá dar la importancia debida a las opiniones del niño de conformidad con su edad y madurez y documentar sus consideraciones en su decisión.

Se trata de una obligación que afecta a las autoridades que ejerzan su competencia judicial en virtud de las disposiciones del Capítulo II (el cual regula la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental). Dicho artículo 20 tiene también incidencia en el Capítulo III de la Propuesta (dedicado en su totalidad a la sustracción de menores). En efecto, el art. 24 de la Propuesta, incluido en el Capítulo III, señala que cuando se apliquen los arts. 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, el órgano judicial debe asegurarse de que el niño dispone de la oportunidad para expresarse de conformidad con el art. 20. Asimismo, se encuentra otra referencia relevante al art. 20 en el nuevo art. 53.5º, relativo al certificado que debe acompañar las sentencias dictadas en materia de responsabilidad parental. De manera que dicho certificado solo se podrá expedir si el menor tuvo la oportunidad de ser oído conforme al art. 20.

Sin embargo, la Propuesta elimina el motivo de oposición a la ejecución del vigente art. 23.b, es decir, que la sentencia fuera dictada sin que el menor dispusiera de una oportunidad de expresarse²⁸. Aun así, el motivo de oposición basado en la contrariedad con el orden público no ha sido eliminado y, dado que dicho derecho de audiencia del menor forma parte de un derecho fundamental²⁹, entendemos que queda suficientemente protegido, pues, en sede de ejecución.

²⁶ P. Beaumont, L. Walker y J. Holliday, “Conflicts of EU courts...”, *loc. cit.*, p. 235. Beaumont, L. Walker y J. Holliday, “Parental Responsibility...”, *loc. cit.*, p. 5.

²⁷ STEDH (Sección Tercera) de 11 octubre 2016, *Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España*, caso nº 23298/12, párrs. 39 y 43.

²⁸ Oposición a tal eliminación puede leerse en Bundesrechtsanwaltskammer, “zur Neufassung...”, *loc. cit.*, apartado 2.8.

²⁹ Como así recuerda el nuevo Considerando 23 de la Propuesta, precisando que la audiencia del menor se debe realizar de conformidad con el art. 24.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO C nº 364, 18.12.2000) y el art. 12 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, *Treaty Series*,

A nuestro modo de ver, toda medida que implique un refuerzo del derecho de audiencia al menor debe ser bienvenida. En este caso, la solución por la que ha optado la Comisión nos parece adecuada, ya que en caso de que un órgano judicial incumpla su obligación de dar audiencia al menor, entendemos que ello podría englobarse en el motivo de oposición a la ejecución de contrariedad con el orden público (nuevo art. 38.1º.a)³⁰. No obstante, entendemos que los términos en que se formula el nuevo art. 20 pueden dar lugar a que continúe —o a que no se llegue a mitigar completamente— la tendencia de no dar audiencia a los menores. Y ello porque se alude a garantizar la oportunidad a los menores que sean capaces de formarse sus propias opiniones. Por tanto, se podría justificar que debido a un grado insuficiente de madurez el niño todavía no puede formarse sus propias opiniones. Lo cual se asemeja a la “válvula de escape” que supone ahora el actual art. 11.2º del Reglamento, *a sensu contrario*, ya que el mismo dispone que se dé la posibilidad de audiencia al menor “a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez”. En consecuencia, una mejor solución, más protectora del derecho de audiencia del menor, hubiese sido la de otorgar la oportunidad de ser oído a todo menor que pueda hablar³¹. Tema distinto es la ponderación que el juzgador dé a las respuestas del menor, lo cual queda regulado en la Propuesta en el sentido de que se debe considerar debidamente y ello debe quedar razonado en la decisión (art. 20.2º). El extremo de considerar debidamente las opiniones del menor es subjetivo, pero entendemos que forma parte del margen de discreción que asiste al juez.

También se han suscitado críticas en relación a que la oportunidad que se dé al menor sea “genuina” y “efectiva”, lo cual puede dar lugar a diferentes interpretaciones³². Sin embargo, a nuestro modo de ver y a la vista de las estadísticas³³, entendemos que resulta más problemático el requisito de la capacidad del menor para formarse su propia opinión.

6. La limitación de las apelaciones y de la duración del proceso

Otro cambio importante introducido en la Propuesta de la Comisión se contiene en el nuevo art. 25.4º. Conforme a este precepto, las partes solo dispondrán de una posibilidad de apelación contra la decisión de retorno o no retorno de un niño.

La parquedad de la disposición deja varias dudas sin resolver. Incluso siendo completada por el nuevo Considerando 26, según el cual los Estados miembros deben limitar a una el número de apelaciones posibles contra una decisión que conceda o rechace el retorno de un menor bajo el Convenio de La Haya de 1980. Así pues, dicho considerando no añade más información a la que se contiene en el precepto. En consecuencia, se deja sin resolver el hecho de si la apelación en casación también se incluye en la limita-

vol. 1577). De ahí que la doctrina haya indicado que la obligación de dar audiencia al menor introducida en la Propuesta no es nueva, ya que ya vinculaba a los Estados miembros en virtud de los textos citados. Vid. E. Rodríguez Pinau, “La refundición...”, *loc. cit.*, pp. 155–156.

³⁰ En el mismo sentido, Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, “The Link...”, *loc. cit.*, p. 71. Además, el GEDIP señala que la Propuesta debe clarificar en un Considerando que el motivo de oposición a la ejecución particularizado en la salvaguarda del orden público engloba los casos en los que las autoridades del Estado de origen no hayan respetado los principios que regulan la audiencia al menor, *vid.* GEDIP, “Resolution...”, *loc. cit.*, punto IV.

³¹ Esta medida iría en línea con la obligación positiva de los Estados de diseñar sus disposiciones de Derecho internacional privado orientadas a preservar los derechos humanos. En este sentido, en materia de Derecho de familia, *vid.* R. Baratta, “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 118–119.

Otra sugerencia al respecto apunta a mencionar la edad mínima a la que el menor puede someterse a una audiencia, *vid.* C. Bäumlér, *Dictamen... cit.*, párr. 2.20. Asimismo se ha propuesto introducir en el nuevo art. 20 la participación de un mediador, que podría estar asistido de un psicólogo, para que asegure que el menor expresa sus opiniones libremente y sin manipulaciones. I. Pretelli, “Child Abduction...”, *loc. cit.*, p. 11. En esta línea, también se ha recomendado que los jueces reciban formación sociopedagógica, *vid.* C. Bäumlér, *Dictamen... cit.*, párr. 2.20.

³² P. Beaumont, L. Walker y J. Holliday, “Parental Responsibility...”, *loc. cit.*, p. 6.

³³ Recordemos que en un 80% de los casos de sustracción internacional los menores no son escuchados. *Vid.* P. Beaumont, L. Walker y J. Holliday, “Conflicts of EU courts...”, *loc. cit.*, p. 235. Beaumont, L. Walker y J. Holliday, “Parental Responsibility...”, *loc. cit.*, p. 5.

ción impuesta o no. En este sentido, se ha recomendado que este extremo se aclare en el texto del Reglamento propuesto³⁴. A la vista de la dicción del precepto, la doctrina ha entendido que la limitación a una apelación engloba cualquier recurso y, por tanto, también el que pudiera interponerse en fase de casación³⁵. Más allá de ello entendemos que la medida es positiva, en tanto en cuanto agiliza el proceso en casos tan delicados como la sustracción ilícita de menores³⁶ y, a la par, mantiene las garantías procesales de las partes, ya que en nada cambia el obligatorio recurso al TJUE en caso de duda en la instancia de apelación/casación.

En la misma línea se sitúan, además, los cambios introducidos en el nuevo art. 23, pues el mismo clarifica que cada instancia judicial debe pronunciarse en un plazo de seis semanas desde la presentación de la demanda. Asimismo, la regla de las seis semanas también sirve de parámetro temporal para la ejecución. De modo que el nuevo art. 32.4º indica que en caso de que la ejecución no se haya llevado a cabo en el plazo de seis semanas desde el momento en que se inició el proceso judicial de ejecución, el órgano judicial responsable debe informar de ello, así como de los motivos de la demora.

También la misma regla temporal es la que rige la actuación de las Autoridades Centrales. Así, las Autoridades Centrales deben facilitar la iniciación del proceso judicial para el retorno del menor, teniendo la documentación requerida completa en un plazo de seis semanas³⁷, conforme al nuevo art. 63.1º g.

Todas estas medidas que tienen por objeto acortar los trámites judiciales en los casos de sustracción ilícita de menores son bienvenidas³⁸. Sin embargo, el uso sistemático del parámetro temporal de las seis semanas da lugar a preguntarse si responde a algún criterio técnico basado en las prácticas seguidas en los órganos judiciales de los Estados miembros o simplemente es un lapso de tiempo que se ha considerado adecuado por otras razones.

Lo cierto es que la Propuesta incluye, en el nuevo art. 79.2º b, la obligación de los Estados miembros de recopilar información sobre el número de casos que no son ejecutados en el plazo de seis semanas desde que se iniciaron los trámites para ello conforme al art. 32.4º. Nada se incluye en relación con la monitorización del resto de normas que también contienen plazos. Y, en la misma línea, no se prevén expresamente consecuencias al incumplimiento de los plazos, lo cual pone en duda que se consiga agilizar los procesos en la práctica, dada su inobservancia generalizada hasta la fecha³⁹.

7. La coordinación entre Autoridades Centrales

La cooperación entre Autoridades Centrales se ha visto reforzada en la Propuesta de la Comisión. Por una parte, destaca la introducción de un nuevo precepto (art. 61) que obliga a los Estados miembros a asegurar que las Autoridades Centrales cuenten con los medios económicos y humanos adecuados para desarrollar las funciones que les son asignadas⁴⁰. En relación con esas funciones, se añaden algunas a las

³⁴ GEDIP, "Resolution...", *loc. cit.*, punto I.

³⁵ Subgrupo "Nacionalidad" del GEDIP, "Comments...", *loc. cit.*, párr. 14.

³⁶ En este sentido también Beaumont, L. Walker y J. Holliday, "Parental Responsibility...", *loc. cit.*, p. 3. I. Pretelli, "Child Abduction...", *loc. cit.*, p. 9. Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, "The Link...", *loc. cit.*, p. 67. C. Bäumlér, *Dictamen... cit.*, párr. 2.17.

³⁷ Plazo que fue sugerido por H. van Loon, "The Brussels IIa Regulation: towards a review?", *Cross-border activities in the EU- Making life easier for citizens*, Workshop for the JURI Committee PE 510.003, 2015, p. 203, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf) (última consulta el día 18 de mayo de 2017).

³⁸ Asimismo, T. Kruger, "Enhancing Cross-Border Cooperation", *Recasting the Brussels IIa Regulation - Compilation of briefings*, Unión Europea, 2016, p. 37. C. Bäumlér, *Dictamen... cit.*, párr. 2.16.

³⁹ Así, las estadísticas demuestran que los plazos son normalmente inobservados por los jueces. Si bien conviene destacar que España constituye, al respecto, una excepción, junto a Bélgica, *vid.* Swiss Institute of Comparative Law, *Cross-border... op. cit.*, p. 75.

En relación con el cumplimiento de los plazos, se ha propuesto que se adopten medidas en los ordenamientos jurídicos nacionales que garanticen su observancia. C. Bäumlér, *Dictamen... cit.*, párr. 2.16.

⁴⁰ La falta de medios para desarrollar las funciones de las Autoridades Centrales ya fue denunciada en la doctrina tiempo atrás, *vid.* M. Guzmán Peces, "Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicables a la

ya previstas, como la de proveer asistencia en la localización del paradero de un niño cuando hayan indicios de que el niño se encuentra en el territorio del Estado miembro requerido y su localización sea necesaria para atender a una petición regulada por el Reglamento (nuevo art. 63.1º.a) o como la de asegurar asistencia para el inicio del proceso judicial de retorno de un niño de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 (art. 63.1º.g).

Asimismo, se añaden obligaciones de notificación a las autoridades competentes en cada caso dentro del mismo Estado al que pertenecen las Autoridades Centrales (art. 63.3º) y relativas al modo de transmitir la información, la cual debe fluir de conformidad con el ordenamiento del Estado requerido (art. 63.4º).

Por otra parte se incluye la iniciativa de las propias Autoridades Centrales para emitir informes en relación con la situación del menor o para solicitar la posibilidad de adoptar medidas de protección sobre la persona o bienes del menor (art. 64.1º). También en esta línea se prevé la iniciativa para requerir información relevante de cualquier autoridad de otro Estado miembro (art. 64.2º) o asistencia en la implementación de ciertas decisiones (art. 64.3º). Además, ahora se faculta a las Autoridades Centrales para reunir información y efectuar averiguaciones sobre la idoneidad de una determinada persona para obtener el derecho de visita a un menor (art. 64.5º).

Además, se añade un límite temporal para la transmisión de la información requerida entre Autoridades Centrales, establecido en un máximo de dos meses desde que se recibió la solicitud de información (art. 64.6º).

En general, el refuerzo de los lazos entre las Autoridades Centrales de los diferentes Estados miembros, así como la clarificación de sus funciones y obligaciones, es positiva⁴¹. Ello ayuda a que los procesos de retorno de menores sustraídos funcionen más rápidamente y las familias puedan acceder a más información sobre el menor y su situación. La práctica hasta ahora demuestra que la cooperación entre autoridades es uno de los puntos débiles del sistema, debido, fundamentalmente, a la falta de medios y a la falta de especialización⁴². Quizá este último es uno de los elementos olvidados por la Comisión. Al incluir un nuevo precepto relativo a la dotación de medios económicos y humanos, se habla de que los mismos sean “adecuados”, sin concretar más. Hubiese sido deseable que se hubiese ahondado en la especialización del personal vinculado a las Autoridades Centrales, aun en un Considerando. De modo que se trabaje tanto en dirección a reforzar a las Autoridades Centrales en cuestión de cantidad de recursos como en su calidad.

Asimismo, en relación al plazo de dos meses establecido como máximo para transmitir la información requerida, nos parece demasiado largo⁴³, pues hay que sumarlo a los plazos necesarios para los subsiguientes trámites judiciales. Así, se podría haber seguido la regla de las seis semanas, como es el caso para preparar la documentación en los asuntos de sustracción internacional de menores (art. 63.1º.g). El refuerzo de los medios de las Autoridades Centrales debe redundar en agilizar el desarrollo de sus funciones.

III. Retrocesos

Resulta sorprendente que en algunos ámbitos la Comisión haya propuesto una regulación que empeora la versión actual del Reglamento. Así ocurre en los cuatro ámbitos que desarrollaremos a continuación, durante cuyo análisis propondremos las mejoras que hubiesen precisado o, en su caso, enumeraremos las razones que nos llevan a abogar por el mantenimiento de la versión actual del Reglamento. El hecho de incluir las siguientes materias bajo la categoría de retrocesos no implica *per se* que su inclusión en el Reglamento o la mejora de su regulación no nos parezcan deseables. Antes al contrario, en la mayoría de los casos examinados se precisa dicha inclusión o mejora. Sin embargo, a la luz de los términos en que la

sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, p. 519.

⁴¹ También, Beaumont, L. Walker y J. Holliday, “Parental Responsibility...”, *loc. cit.*, p. 13; Subgrupo “Nacionalidad” del GEDIP, “Comments...”, *loc. cit.*, párr. 26; T. Kruger, “Enhancing...”, *loc. cit.*, p. 37; C. Bäumlér, *Dictamen... cit.*, párr. 2.10; E. Rodríguez Pináu, “La refundición...”, *op. cit.*, p. 157.

⁴² Swiss Institute of Comparative Law, *Cross-border... op. cit.*, pp. 59 y 78.

⁴³ Asimismo, T. Kruger, “Enhancing...”, *loc. cit.*, p. 37.

Comisión diseña sus propuestas, preferimos la regulación vigente del Reglamento o, en su caso, la actual ausencia del mismo.

1. Medidas cautelares

El art. 12 de la Propuesta de la Comisión se dedica a las medidas cautelares. Lo primero que llama la atención es la acotación a la figura del menor para la adopción de medidas provisionales, de modo que las mismas solo pueden recaer sobre su persona o propiedad. Particularmente, este cambio ha tenido una buena acogida en foros internacionales⁴⁴. Pese a que el cambio ponga de manifiesto un encogimiento del ámbito de aplicación material de las medidas cautelares, dado que las mismas giran en torno a la figura del “niño” y por tanto no quepa adoptarlas en relación a los procesos puros relativos a la materia matrimonial, la realidad es que esas medidas cautelares se engloban en otros reglamentos. Además, se incluye una obligación de información por parte de la autoridad que adoptó las medidas hacia la autoridad del Estado miembro que tenga competencia sobre el fondo del asunto, pudiendo practicarse dicha comunicación a través de las Autoridades Centrales. Por su parte, el nuevo art. 25.1º.b indica que, como regla general, un órgano judicial no puede rechazar el retorno de un menor si se garantiza la adopción de medidas adecuadas de protección del menor tras su retorno. Para ello el precepto dispone que el órgano judicial debe adoptar medidas cautelares de conformidad con el art. 12 cuando sea necesario.

Por último, el repaso a las novedades relativas a las medidas provisionales lleva a la necesaria mención del nuevo art. 48. Conforme al mismo, las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución incluidas en el Reglamento serán aplicables a las medidas cautelares adoptadas de conformidad con las reglas de competencia del Capítulo II. El precepto continúa introduciendo una excepción: las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución no se aplicarán cuando hayan sido adoptadas sin notificar al demandado.

Todos estos cambios nos parecen positivos, pero sin embargo algunos extremos introducidos por la Comisión en materia de medidas cautelares suponen un retroceso respecto a la regulación ahora vigente, en nuestra opinión.

En este sentido, es de lamentar la redacción dada al nuevo art. 25.1º.b, la cual es confusa. Así, conforme está redactado, el precepto invita a dos interpretaciones: o bien que se adopten las medidas cautelares necesarias para asegurar una devolución del menor en un ambiente seguro o que se adopten medidas para retener al menor en el Estado miembro en el que se encuentra. Dado que el precepto estipula, como regla general, el principio de no rechazar el retorno del menor, entendemos que la primera de las dos interpretaciones que acabamos de enumerar debe prevalecer. Sin embargo, la disposición también indica que no se proceda al retorno si no se han tomado las medidas pertinentes para proteger al menor tras el retorno. De ahí la confusión.

El art. 25.1º, el cual sustituye al art. 11.4º del vigente Reglamento, empeora, pues, la regulación actual⁴⁵. Y ello porque en el actual art. 11.4º solo se contiene el principio general enunciado (el principio de no rechazar el retorno del menor). Entendemos que la referencia a las medidas cautelares que ha introducido la Propuesta en este punto no es necesaria. Pues regulando la posibilidad de adoptarlas en un precepto dedicado únicamente a regular la competencia judicial respecto de las mismas, es suficiente, a la par que más claro para los operadores jurídicos. Sin embargo, la inclusión de las medidas cautelares en el régimen de reconocimiento y ejecución del Reglamento nos parece un avance, como ya hemos indicado más arriba.

2. Heterogeneidad en la sustitución del término “tribunal” por “autoridad”

La Propuesta de la Comisión sustituye el término “órgano jurisdiccional” por “autoridad”, con carácter general. Así, el nuevo art. 2.1º de la Propuesta, que modifica al actual art. 2.1º del Reglamento, indica que

⁴⁴ Así se puso de manifiesto durante el debate que suscitó la cuestión en el “International Exchange Seminar” celebrado en el marco del Proyecto EUFams, que tuvo lugar en el Instituto Max Planck de Luxemburgo el día 12 mayo 2017.

⁴⁵ En contra, Subgrupo “Nacionalidad” del GEDIP, “Comments...”, *loc. cit.*, nota 13. Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, “The Link...”, *loc. cit.*, p. 69.

‘autoridad’ significa cualquier autoridad judicial o administrativa en los Estados miembros con competencia sobre las materias que se encuadran en el ámbito de aplicación del Reglamento. Sin embargo, en el Capítulo III, dedicado en su integridad a la sustracción internacional de menores, se utiliza constantemente el término “órgano jurisdiccional”. Paradójicamente, el actual art. 11.1º del Reglamento, relativo a la regulación del supuesto de sustracción, utiliza ‘autoridades competentes’, expresión que viene ahora a sustituirse por la de ‘órgano jurisdiccional’.

Este cambio alinea al Reglamento con la terminología utilizada en el Convenio de La Haya de 1996. Sin embargo es precisamente en el ámbito del desplazamiento o retención ilícitos del niño donde no se sigue esta terminología, en contra de la praxis de dicho Convenio.

Esta falta de coherencia en el texto del Reglamento es de lamentar, especialmente cuando la Comisión no ha provisto explicación alguna para dicho cambio ni en la Memoria Explicativa ni en los Considerandos de la Propuesta.

En nuestra opinión, el texto del Reglamento debería ser uniforme al respecto y utilizar el término ‘autoridad’ en todo el articulado⁴⁶, dada la puntualización de su concepto en el art. 2.1º, disipando las dudas de si los órganos judiciales se engloban en su ámbito. Así, consideramos que esta falta de coherencia no queda justificada y que puede dar a cierta confusión en la práctica, contraria al principio de protección del menor en sentido amplio. De hecho, hablar solo de órganos jurisdiccionales, excluyendo otras autoridades, como las Autoridades Centrales, puede dar lugar al equívoco de que las Autoridades Centrales no pueden intervenir. Y es precisamente en materia de sustracción internacional de menores donde su papel se refuerza en la Propuesta (como se ha puesto de manifiesto *supra*).

Viceversa, sin embargo, no hay lugar a equívoco en el caso de que el término ‘autoridad’ se utiliza en el ámbito de preceptos relativos al proceso judicial necesario para obtener una sentencia. Es obvio que en ese contexto se está aludiendo a autoridades judiciales y no administrativas. En consecuencia, entendemos que la alusión a las “autoridades”, como se hace en la vigente versión del Reglamento (art. 11.1º) no necesitaba ser sustituida.

3. Mediación

El nuevo art. 23.2º de la Propuesta introduce el mecanismo de la mediación como herramienta para solucionar conflictos de sustracción internacional de menores. El precepto indica que tan pronto como sea posible durante el proceso judicial, el órgano jurisdiccional debe examinar si las partes tienen la voluntad de someterse a mediación, con el objetivo de alcanzar una solución consensuada que sirva al interés superior del menor⁴⁷. Y todo ello, siempre y cuando no se retrase indebidamente el proceso judicial.

Aunque la mediación es un recurso útil en algunos conflictos familiares, hay que tener en cuenta que los casos de sustracción de menores presentan particularidades que podrían no encajar en esta categoría⁴⁸ si no se adoptan ciertas garantías⁴⁹. Así, el titular de la custodia privado del menor probablemente no estará

⁴⁶ Contrarios en general a la sustitución del término ‘órgano jurisdiccional’ por autoridad, Bundesrechtsanwaltskammer, “zur Neufassung...”, *loc. cit.*, apartado 2.1. El motivo de oposición es la incerteza y confusión que se genera con el cambio (aparentemente sin causa), dado el uso consolidado en anteriores versiones del Reglamento del término ‘órgano jurisdiccional’.

⁴⁷ El precepto sigue casi el mismo tenor literal que la propuesta realizada por H. van Loon, “The Brussels...”, *loc. cit.*, p. 197.

⁴⁸ L.W. Beaumont y J. Holliday, “Parental Responsibility...”, *loc. cit.*, p. 4. Se ha sugerido que la mediabilidad de los conflictos provocados por una sustracción ilícita de un menor sea examinada por expertos mediadores, *vid.* Y. Vellarde D’Amil, “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, *Revista de Derecho UNED*, vol. 17, 2015, p. 1298.

⁴⁹ Los partidarios de la mediación en este campo defienden la necesidad de adoptar ciertas garantías para llevar a cabo el proceso. *Vid.*, al respecto, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas. Mediación*, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2012, p. 24; M. Caso Señal, “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores”, *Revista de Mediación*, vol. 4, nº 8, 2011, p. 27; A. Hernández Rodríguez, “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, *Cuadernos de*

disposición como la propuesta por la Comisión, invitando a los jueces a examinar esta posibilidad con las partes. Al respecto conviene aludir al Considerando 28 de la Propuesta, conforme al cual la mediación debe considerarse en todos los casos en los que haya niños involucrados, y no solo por parte de los órganos jurisdiccionales, sino también por parte de las autoridades administrativas. Esto supone una ampliación de los supuestos en los que la mediación debiera considerarse, respecto a lo estipulado en el art. 23.2º. Asimismo, el considerando no se limita a la mediación, sino que se refiere también a otros medios adecuados. Entendemos que el tenor del considerando debería haberse transcrito en un artículo más extenso que el propuesto art. 23.2º⁵⁶, de modo que tuviera visibilidad y garantizara su aplicación práctica. Ello, salvando precisamente los supuestos de sustracción internacional de menores, al menos hasta que el recurso a la mediación esté más consolidado en conflictos relativos a responsabilidad parental en los que no se haya producido una sustracción de menores.

4. La coordinación con el Convenio de La Haya de 1980

En relación con el Convenio de La Haya de 1980, se ha introducido un nuevo precepto (art. 74) que indica que las disposiciones de dicho convenio se deben aplicar en consonancia con lo dispuesto en el Capítulo III del Reglamento (el cual se dedica, en la Propuesta, a la sustracción internacional de menores en su totalidad). En la versión en vigor del citado Reglamento, el art. 60.e señala que el Reglamento se aplica con prioridad al Convenio de La Haya de 1980 en sus relaciones entre Estados miembros. Este apartado ha sido eliminado en la Propuesta.

En nuestra opinión, el texto anterior (y todavía en vigor) es más acertado a la realidad práctica de la coordinación entre el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento⁵⁷. Y ello teniendo en cuenta que el Reglamento no modifica el modo de proceder indicado en el Convenio, sino que únicamente lo complementa, como así señaló el TJUE⁵⁸. Por tanto, el hecho de que ahora se introduzca un artículo estableciendo que las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 deben aplicarse de conformidad con el Reglamento, parece que insinúe que el sentido del texto del Convenio haya sido modificado por el Reglamento, y no es el caso. Así pues, entendemos que con el texto ahora en vigor la aplicación correcta de las distintas fuentes es más clara. De manera que se indica que el Reglamento prima sobre el Convenio en las relaciones entre Estados miembros, pero el hecho de que prime no implica que derogue su aplicación en el ámbito intra-europeo.

Una solución más adecuada, a nuestro modo de ver, hubiese sido la introducción de un nuevo artículo que dispusiera la observancia del Convenio de La Haya siempre y cuando el Reglamento remita al mismo, si lo que se pretendía es añadir más claridad a la coordinación entre ambos instrumentos.

IV. Ausencias

Como ya avanzábamos más arriba, la Comisión ha dejado escapar una buena oportunidad para incluir en el texto del Reglamento ciertos ámbitos que, en la actualidad, no cuentan con regulación en el plano

ilícita de menores en las situaciones en las que hay una crisis familiar. Apoyando también la idea de la prevención, M. Caso Señal, “La mediación...”, *loc. cit.*, p. 21. Asimismo, N. González Martín, “Sustracción Internacional Parental de Menores y Mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez), *REEL*, nº 29, 2015, p. 37.

⁵⁶ En el sentido de la necesidad de incluir en el articulado también otros medios de solución alternativa de controversias distintos a la mediación, Bundesrechtsanwaltskammer, “zur Neufassung...”, *loc. cit.*, apartado 3.3. Proponiendo la inclusión de un precepto general sobre el uso de la mediación, y no solo restringido a los casos de sustracción internacional de menores, GEDIP, “Resolution...”, *loc. cit.*, punto IX. También se ha señalado que la regulación de la mediación en el Reglamento debería hacerse de modo más detallado, E. Rodríguez Pinau, “La refundición...”, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁷ En contra, Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, “The Link...”, *loc. cit.*, p. 65.

⁵⁸ STJUE (Sala Tercera) 5 de octubre de 2010, *J. McB.*, asunto C-400/10 PPU, párr. 36. Asimismo, J. Pirrung, “Article 60”, U. Magnus y P. Mankowski (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels IIbis Regulation*, Múnich, Sellier, 2012, pp. 429. En contra, M. Guzmán Peces, “Problemática...”, *loc. cit.*, pp. 500–501.

européo o, si lo hacen, dicha regulación es incompleta y fragmentaria. Así, a continuación, examinaremos cuatro extremos que no se han incluido en el texto de la Propuesta, pese a su utilidad.

1. La aclaración del concepto de “residencia habitual”

En un instrumento como el RB II bis, en el que las disposiciones sobre responsabilidad parental y sustracción internacional de menores giran en torno a la residencia habitual del menor, se echa de menos la inclusión de la definición de esta expresión en el art. 2 de la Propuesta de la Comisión⁵⁹. De esta manera, se podría haber seguido el ejemplo marcado por el Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁶⁰. Dicho instrumento, si bien no contiene una definición de residencia habitual en su articulado, enumera las circunstancias y aspectos a tener en cuenta para determinar tal residencia caso por caso (considerandos 23–24). No obstante, los criterios previstos en dicho Reglamento no son extrapolables a los asuntos cubiertos por otros instrumentos europeos (como es el caso del RB II bis). Pues así lo ha determinado en varias ocasiones el TJUE, indicando la necesidad de estar al contexto y propósito perseguido por el instrumento relevante en cada caso⁶¹. De ahí que la inclusión de la aclaración del concepto de “residencia habitual” hubiese servido de guía específica para los casos relativos a la responsabilidad parental. Además, hay que tener en cuenta la falta de uniformidad al determinar la residencia habitual del menor. En efecto, pese a que el TJUE haya indicado algunos criterios a ponderar en diversas resoluciones⁶², todavía los órganos judiciales nacionales tienden a añadir otros criterios a su razonamiento⁶³.

2. La consolidación de procedimientos

El nuevo art. 10 de la Propuesta viene a sustituir al actual art. 12 del Reglamento, relativo a la prórroga de la competencia a favor de los órganos jurisdiccionales que conozcan de una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial para que puedan determinar también las cuestiones relativas a la responsabilidad parental.

Este nuevo art. 10 hereda la práctica totalidad del tenor literal del vigente art. 12. Sin embargo, mitiga el problema detectado en la práctica relativo a la aceptación del foro de competencia por las partes litigantes⁶⁴. Dicha aceptación⁶⁵ actúa ahora en alternancia con la posibilidad de que la ley del Estado miembro del foro permita dicha posibilidad de prórroga de la competencia.

⁵⁹ Una reivindicación en este sentido, anterior a la publicación de la Propuesta de la Comisión, se puede encontrar en I. Viarengo, “General grounds of jurisdiction”, I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *First Assessment Report on the case-law collected by the Research Consortium*, Research Outputs of the EUFam’s Project, 2016, pp. 23–24, disponible en: <http://www.eufams.unimi.it/2017/01/09/firstassessmentreport/> (última consulta el día 18 mayo 2017).

⁶⁰ DO L 201 de 27.7.2012.

⁶¹ STJUE (Sala Tercera) 2 abril 2009, A, asunto C–523/07, párr. 34, c–497/10, párr. 45.

⁶² SSTJUE 2 abril 2009, A, asunto C–523/07; de 22 diciembre 2010, *Mercredi*, asunto C–497/10 PPU; de 9 octubre 2014, C, asunto C–376/14 PPU.

⁶³ *Vid.* la base de datos del *EUFam’s Project* (Oberlandesgericht Stuttgart, 6 mayo 2014 –DES20140506–; Oberlandesgericht Karlsruhe, 5 de junio de 2015 –DES20150605–).

⁶⁴ M.C. Baruffi, C. Fratea y C. Peraro, “Report on the Italian good practices”, Research Outputs of the EUFam’s Project, 2016, p. 6, disponible en: <http://www.eufams.unimi.it/category/research-outputs/> (última consulta el día 18 de mayo de 2017); R. Espinosa Calabuig y L. Carballo Piñero, “Report on the Spanish good practices”, Research Outputs of the EUFam’s Project, 2016, pp. 11–12, disponible en: <http://www.eufams.unimi.it/category/research-outputs/> (última consulta el día 18 de mayo de 2017); F.C. Villata, “Prorogation of jurisdiction”, I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *First Assessment Report on the case-law collected by the Research Consortium*, Research Outputs of the EUFam’s Project, 2016, p. 30, disponible en: <http://www.eufams.unimi.it/2017/01/09/firstassessmentreport/> (última consulta el día 18 de mayo de 2017).

⁶⁵ Que debe recogerse expresamente por escrito; medida alabada por la doctrina, *vid.* E. Rodríguez Pinau, “La refundición...”, *op. cit.*, p. 159.

Lamentablemente, esto no es suficiente. Con el sistema actual, puede ocurrir que un único órgano jurisdiccional sea competente para decidir sobre los distintos aspectos que se puedan plantear en el marco de una crisis familiar (disolución del vínculo, responsabilidad parental sobre los hijos comunes, alimentos, régimen económico matrimonial). Sin embargo, ello es debido al hecho de que los distintos instrumentos europeos que regulan estos extremos usan, parcialmente, los mismos factores de conexión para determinar la competencia judicial internacional. Sigue, por tanto, sin existir una norma que garantice que un único tribunal vaya a ser el competente.

La fragmentación de las normas para determinar la competencia judicial internacional en asuntos relativos al Derecho de familia parece no preocupar demasiado al legislador europeo. Así, una pareja que quiera divorciarse, liquidar el régimen económico matrimonial, disipar la cuestión de los alimentos para los hijos y entre los cónyuges y determinar el régimen de custodia y derechos de visita sobre los hijos comunes deberá consultar al menos tres reglamentos europeos para saber a qué órgano jurisdiccional dirigir su demanda o demandas. Esto no solo puede conllevar una multiplicación de costes económicos, sino también la posibilidad de fallos contradictorios.

Pese a la denuncia del problema que se viene haciendo desde hace ya varios años⁶⁶, la Propuesta no ha aprovechado la oportunidad de modificar el Reglamento para coordinarlo con otras normas de competencia judicial internacional que se encuentran en otros instrumentos jurídicos de la Unión. Y ello resulta sorprendente a la luz de la coordinación parcial que sí lleva a cabo el reciente Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 junio 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales⁶⁷. Así, dicho instrumento, en su art. 5, alude al RB II bis, permitiendo que el órgano jurisdiccional ante el que se presente una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio conozca también sobre las cuestiones de régimen económico matrimonial que surjan en relación con esa disputa. Ahora bien, dicho instrumento excluye expresamente las obligaciones de alimentos entre los cónyuges (art. 1.2º.c). De ahí la necesidad de que la Propuesta de la Comisión hubiese incluido una disposición al respecto o, al menos, que dicha disposición afectara solo a los Estados miembros que se han vinculado por los distintos instrumentos de la Unión en la materia.

3. Elección de foro en los casos de sustracción internacional de menores

Más allá de las críticas a la ausencia de una disposición que permita la elección de foro en materia matrimonial⁶⁸, la cual no trataremos aquí por ser una materia que excede el ámbito de este trabajo, también se ha olvidado la Comisión de la elección de foro en los casos de sustracción internacional de menores.

⁶⁶ Informe Explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, preparado por la profesora Dra. Alegría Borrás (DO C n° 221 de 16.07.1998), párrs. 22–25; A. Borrás, “Article 3”, U. Magnus y P. Mankowski (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels IIbis Regulation*, Múnich, Sellier, 2012, p. 89; M. Requejo Isidro, “La coordinación de la competencia judicial internacional en el Derecho procesal europeo de la familia (sucesiones y régimen económico matrimonial y de las uniones registradas)”, A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio (dirs.), *Estudios de derecho de sucesiones: “Liber amicorum” Teodora F. Torres García*, Las Rozas, La Ley, 2014, pp. 1195–1218; P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley Unión Europea*, n° 21, 2014, pp. 10–11; P. Quinzá Redondo y J. Gray, “La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, p. 539; T. Kruger y L. Samyn, “Brussels II bis...”, *loc. cit.*, pp. 134–135.

⁶⁷ DO L 183 de 8.7.2016.

⁶⁸ Entre otros, T. Kruger y L. Samyn, “Brussels II bis...”, *loc. cit.*, p. 145; M.J. Escher y J. Wittmann, “Report...”, *loc. cit.*, p. 7; A. Borrás, “What about matrimonial matters?”, *Recasting the Brussels IIa Regulation – Compilation of briefings*, Unión Europea, 2016, p. 76. Indicando que esta reivindicación es más teórica que práctica, debido al limitado número de parejas interesadas en la elección de foro, R. Espinosa Calabuig y L. Carballo Piñeiro, “Report...”, *loc. cit.*, p. 6.

Así, se podría haber aprovechado esta oportunidad de revisión del Reglamento para incluir la posibilidad de que los titulares de la patria potestad pudieran acordar que el órgano jurisdiccional competente para dictar la resolución sobre el retorno del menor también lo fuera para decidir sobre la responsabilidad parental⁶⁹. De esta manera un único tribunal ostentaría la competencia para decidir sobre todos los aspectos relacionados con el menor sustraído.

Esta propuesta se alinea con el nuevo art. 26.4º introducido por la Comisión. Tal y como hemos indicado anteriormente, conforme a dicho precepto, la decisión sobre la custodia debe tomarse teniendo en cuenta el razonamiento y las pruebas que justificaron la resolución rechazando el retorno del menor (en caso de que así se hubiera fallado) así como el interés superior del menor.

Asimismo, teniendo en cuenta las particulares características de los conflictos suscitados a raíz de una sustracción internacional de menores, el hecho de que las partes se pongan de acuerdo en elegir el órgano jurisdiccional competente parece más factible en la práctica que la aceptación del sometimiento a mediación⁷⁰. La autoridad judicial del lugar en el que se encuentra el menor (competente para decidir sobre su retorno o no, conforme al Convenio de La Haya de 1980) encontraría menos confrontación entre las partes litigantes si ambos titulares de la patria potestad otorgan su aquiescencia para que se pronuncie también sobre la responsabilidad parental. Ello, además, podría ayudar a mitigar el problema de la parcialidad en este campo, denunciado por la doctrina⁷¹.

Por tanto, consideramos que en los casos de sustracción internacional de menores una disposición que contuviera la posibilidad de elección de foro en favor de los órganos competentes para pronunciarse sobre el retorno del menor, sería más adecuada en la práctica que otros recursos como la mediación.

4. Prórroga de la competencia en relación con terceros Estados

Como ya adelantábamos al analizar la relación entre el RB II bis y el Convenio de La Haya de 1996, la Propuesta de la Comisión olvida, en el marco de dicha coordinación, las situaciones problemáticas que pueden producirse en torno a la prórroga de la competencia. Ello resulta verdaderamente sorprendente si se tiene en cuenta la introducción del nuevo art. 75, que viene a mejorar el actual art. 61. De hecho, dicho art. 75 aborda la relación entre ambos instrumentos, cubriendo varios ámbitos: los acuerdos de elección de foro en favor de un Estado contratante del Convenio, la remisión a un órgano jurisdiccional de un Estado contratante del Convenio mejor situado para conocer del asunto y la litispendencia entre un Estado miembro y un Estado contratante del Convenio.

Era, por tanto, perfectamente viable la inclusión en dicho artículo de todos los supuestos problemáticos en la práctica que venían denunciándose por la doctrina⁷². Pero lamentablemente la Comisión ha dejado escapar esta oportunidad.

⁶⁹ En este sentido, si bien limitado a los asuntos en que el retorno del menor no sea posible o las partes hayan convenido en que dicho retorno no se produzca, Bundesrechtsanwaltskammer, “Öffentliche Konsultation zur Funktionsweise der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 („Brüssel-IIa-Verordnung“), *Stellungnahme Nr. 37/2014*, ap. 9, disponible en: <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-europa/2014/august/stellungnahme-der-brak-2014-1.pdf> (última consulta el día 18 de mayo de 2017).

⁷⁰ Vid., con respecto a la mediación, el apartado III.3, *supra*.

⁷¹ Aparentemente cuando el menor es sustraído por la madre hay una cierta tendencia a actuar en favor del abductor, normalmente nacional del Estado del órgano judicial competente. A ello hay que añadir que la mayoría de abductores son mujeres, tendencia que parece ir en ascenso. Vid. N.V. Lowe y V. Stephens, “Global Trends in the Operation of the 1980 Hague Abduction Convention”, *Family Law Quarterly*, vol. 46, nº 1, 2012, p. 63; T. Kruger, *International Child Abduction. The Inadequacies of the Law*, Oxford-Portland, Hart, 2011, pp. 75-76; K. Trimmings, *Child Abduction within the European Union*, Oxford-Portland, Hart, 2013, p. 79; P. Beaumont, L. Walker y J. Holliday, “Conflicts of EU courts...”, *loc. cit.*, p. 215.

⁷² Vid. al respecto Th.M. de Boer, “What we...”, *loc. cit.*, p. 14. T. Kruger y L. Samyn, “Brussels II bis...”, *loc. cit.*, p. 152-153.

En consecuencia sigue sin resolverse un problema importante, el provocado por el mecanismo de prórroga de la competencia. Dicho mecanismo, el cual viene regulado en el actual art. 12 del Reglamento, no ha sido revisado en la Propuesta de la Comisión (más allá de pequeñas modificaciones). Así, el nuevo art. 10 sigue manteniendo el mismo *modus operandi*, es decir, la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del divorcio, la separación o la nulidad matrimonial puedan pronunciarse sobre las cuestiones de responsabilidad parental conectadas a la crisis matrimonial. En ningún momento se hace referencia al lugar de residencia habitual del menor o menores sobre los cuales se decida la responsabilidad parental; siendo, por tanto, dicho lugar indiferente, ya esté en el territorio de la Unión Europea como fuera del mismo.

Y es ahí, en este último supuesto, cuando puede surgir el conflicto con el Convenio de La Haya de 1996. De manera que el menor o menores sobre los que se quiera determinar la responsabilidad parental tengan su residencia habitual en un Estado contratante del mencionado Convenio. Pero, al mismo tiempo, un Estado miembro se haya declarado competente en virtud del art. 12 del actual texto del Reglamento (o nuevo art. 10 de la Propuesta).

El art. 10 del citado Convenio contiene una disposición similar. Sin embargo, en lo que difieren el Reglamento y el Convenio es en los requisitos para poder prorrogar la competencia. Mientras que ambos textos coinciden en que al menos una de las partes debe ostentar la responsabilidad parental respecto del menor y que esa asunción de competencia responda al interés superior del menor, ambos textos presentan diferencias. Así, el art. 10 del Convenio exige que uno de los padres del menor resida habitualmente en el Estado cuya competencia se pretenda prorrogar. Esto, por el contrario, no se predica en el Reglamento ni en la Propuesta. Así, en caso de que el órgano jurisdiccional ostente la competencia para decidir sobre el divorcio, separación o nulidad matrimonial en virtud del art. 3.1º.b del Reglamento y de la Propuesta (nacionalidad común de los esposos), podría darse el caso de que ninguno de los esposos residiera habitualmente en el Estado cuya competencia se quiera prorrogar.

Asimismo, ambos textos difieren en el tratamiento dado a la aceptación de la prórroga de la competencia por parte de los esposos. De manera que mientras en el Convenio se exige expresamente este requisito, junto a la necesidad de que la ley del Estado del foro lo permita, la Propuesta de Reglamento es más flexible. Así, la prórroga de la competencia bajo la Propuesta es factible si se da una de estas dos circunstancias: ya sea la aceptación de la competencia por los esposos o ya sea una posibilidad permitida por la ley del foro. De nuevo, pues, puede ocurrir en la práctica que un Estado miembro se declare competente sin concurrir el consentimiento de las partes, contradiciendo a lo estipulado en el Convenio.

En consecuencia, en la fase de reconocimiento y ejecución de dicha resolución en el Estado de residencia del menor (presumiendo que se trata de un tercer Estado contratante del Convenio de 1996), puede ocurrir que se deniegue la ejecución de esa sentencia sobre la base del art. 26.3º en conjunción con el art. 23.2º.a, ambos del Convenio. Y ello por no respetar los criterios de competencia judicial previstos en el Convenio.

V. Conclusión

En términos generales se puede afirmar que la regulación procesal-internacional de la responsabilidad parental mejora en el texto presentado por la Comisión para modificar el RB II bis. En efecto, los resultados de esta investigación revelan que la Propuesta presenta más avances que retrocesos. Sin embargo, pese a introducir mejoras, las mismas distan de ser completamente satisfactorias. Así ocurre con algunas medidas que en el presente trabajo se consideran avances, pero que podrían mejorarse, como se ha indicado en los puntos oportunos, a saber: la concentración de jurisdicción para los casos de sustracción internacional de menores; la posibilidad de rechazar la ejecución de una orden de retorno por parte del Estado de ejecución; la exigencia de que la decisión sobre la custodia se tome teniendo en cuenta el interés superior del menor así como el razonamiento y las pruebas que justificaron la resolución rechazando el retorno del menor; la coordinación con el Convenio de La Haya de 1996; la audiencia al menor; la limitación de las apelaciones y de la duración del proceso; y la coordinación entre Autoridades Centrales.

Por lo que respecta a los retrocesos, afortunadamente los mismos no son cuantiosos (hemos destacado cuatro en nuestro análisis) ni revisten demasiada gravedad. Una mejor redacción podría quizá resolver los problemas que hemos enumerado más arriba, con excepción de la posibilidad de uso de mediación, que se trata más de una reticencia sustantiva que formal.

Por último, en cuanto a las ausencias, también se han señalado solo cuatro, pero éstas presentan mayor relevancia que los retrocesos atisbados. Así, resulta clamoroso, en nuestra opinión, que la Comisión no haya apostado decididamente por incluir un precepto que admita la consolidación de todos los procedimientos relativos a una misma disputa familiar ante un único órgano jurisdiccional. La regulación actual, claramente fragmentada e incompleta, puede dar lugar a que se dicten pronunciamientos contradictorios, más allá de la multiplicación de los costes económicos y temporales ocasionados a las partes implicadas; y ello pese al rol mitigador que pueden desempeñar las normas sobre conexidad. En esta misma línea destaca, además, la ausencia de elección de foro en los casos de sustracción internacional de menores. Asimismo, conviene aludir al problema de la descoordinación de las normas de competencia judicial internacional en los casos que presenten vínculos con terceros Estados parte del Convenio de La Haya de 1996.

En consecuencia, dado que el proceso para la aprobación de la modificación del RB II bis no está concluso todavía, el legislador europeo debería recapacitar y adoptar normas que se ajusten con mayor adecuación a la realidad práctica de las relaciones internacionales familiares, prestando especial atención a aquellos sectores que inciden en la protección del menor.

Bibliografía

- Álvarez González, S.: “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor”, *La Ley: Unión Europea*, nº 43, 2016, pp. 1–17.
- Baratta, R.: “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 103–126.
- Baruffi, M.C.; Fratea, C. y Peraro, C.: “Report on the Italian good practices”, Research Outputs of the EUFam’s Project, 2016, en: <http://www.eufams.unimi.it/category/research-outputs/>.
- Bäumler, C.: *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)»* [COM(2016) 411 final – 2016/019 (CNS)], DO C 125 de 21.04.2017.
- Beaumont, P.; Walker, L. y Holliday, J.: “Conflicts of EU courts on child abduction: the reality of Article 11(6)–(8) Brussels IIa proceedings across the EU”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 12, nº 2, 2016, pp. 211–260.
- : “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings”, *University of Aberdeen, Working Paper* 6, 2016.
- : *Conflict of EU Courts on Child Abduction. Country reports*, Aberdeen, University of Aberdeen, 2016, en: <http://www.abdn.ac.uk/law/research/conflicts-of-eu-courts-on-child-abduction-417.php>.
- Boele-Woelki, K.; Ferrand F. et al.: *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Ambers-Oxford, Intersentia, 2007.
- Boer, Th.M. de: “What we should not expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation”, *NIPR*, vol. 1, 2015, pp. 10–19.
- Borrás, A.: “Article 3”, U. Magnus y P. Mankowski (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels IIbis Regulation*, Múnich, Sellier, 2012, pp. 86–94.
- : “What about matrimonial matters?”, *Recasting the Brussels IIa Regulation – Compilation of briefings*, Unión Europea, 2016, pp. 73–80.
- Bundesrechtsanwaltskammer: “Öffentliche Konsultation zur Funktionsweise der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 („Brüssel-IIa-Verordnung“)", *Stellungnahme Nr. 37/2014*, en: <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-europa/2014/august/stellungnahme-der-brak-2014-1.pdf>.

- : “zur Neufassung der Brüssel-IIa-Verordnung (EuEheVO)”, *Stellungnahme* Nr. 28/2016, en <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2016/august/stellungnahme-der-brak-2016-28.pdf>.
- Carrillo Lerma, C.: “Mediación familiar internacional y sustracción de menores”, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, vol. 19, 2015, pp. 185–196.
- Caso Señal, M.: “La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores”, *Revista de Mediación*, vol. 4, nº 8, 2011, pp. 20–27.
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: *Guía de Buenas Prácticas. Mediación*, La Haya, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2012.
- De Palo, G., D’Urso L. et al.: *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediators in the EU*, Estudio para el Parlamento Europeo PE 493.042, 2014.
- Dutta, A.: “Medidas de protección transfronterizas en la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 141–157.
- Escher, M.J. y Wittmann, J.: “Report on the German good practices”, Research Outputs of the EUFam’s Project, 2016, en: <http://www.eufams.unimi.it/category/research-outputs/>.
- Espinosa Calabuig, R. y Carballo Piñeiro, L.: “Report on the Spanish good practices”, Research Outputs of the EUFam’s Project, 2016, en: <http://www.eufams.unimi.it/category/research-outputs/>.
- European Parliament: *The European Parliament Mediator for International Parental Child Abduction Handbook*, 2011.
- Forcada Miranda, F.J.: “Revision with respect to the cross-border placement of children”, *NIPR*, vol. 1, 2015, pp. 36–42.
- GEDIP: “Resolution on the Commission Proposal for a recast of the Brussels IIa Regulation, concerning parental responsibility and child abduction”, 16–18 de septiembre de 2016, en: <http://www.gedip-cgpil.eu/documents/Milan%202016/Bx2b-ResPar-ENG-Final2.pdf>.
- González Martín, N.: “Sustracción Internacional Parental de Menores y Mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”, *REEL*, nº 29, 2015, pp. 1–37.
- Guzmán Peces, M.: “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 489–522.
- Hernández Rodríguez, A.: “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 130–146.
- Herranz Ballesteros, M.: “El acogimiento transfronterizo en la propuesta de refundición del RB II bis (1)”, *La Ley Unión Europea*, nº 44, 2017, pp. 1–16.
- Kruger, T. y Samyn, L.: “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 12, nº 1, 2016, pp. 132–168.
- Kruger, T.: “Enhancing Cross-Border Cooperation”, *Recasting the Brussels IIa Regulation – Compilation of briefings*, Unión Europea, 2016, pp. 36–44.
- : *International Child Abduction. The Inadequacies of the Law*, Oxford–Portland, Hart, 2011.
- Lowe, N.V. y Stephens, V.: “Global Trends in the Operation of the 1980 Hague Abduction Convention”, *Family Law Quarterly*, vol. 46, nº 1, 2012, pp. 41–85.
- Mellone, M.: “Provisional measures and the Brussels IIbis Regulation: an assessment of the *status quo* in view of future legislative amendments”, *NIPR*, vol. 1, 2015, pp. 20–26.
- Orejudo Prieto de los Mozos, P.: “Diez años de aplicación e interpretación del RB II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 5–22.
- Paul, C. C.: “The Role of Family Mediation in Matters of Parental Responsibility”, *Recasting the Brussels IIa Regulation – Compilation of briefings*, Unión Europea, 2016, pp. 18–28.
- Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law: “The Link with International Instruments and Third Countries”, *Recasting the Brussels IIa Regulation – Compilation of briefings*, Unión Europea, 2016, pp. 63–72.

- Pirrung, J.: "Article 60", U. Magnus y P. Mankowski (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels IIbis Regulation*, Múnich, Sellier, 2012, pp. 427–429.
- Pretelli, I.: "Child Abduction and Return Procedures", *Recasting the Brussels IIa Regulation – Compilation of briefings*, Unión Europea, 2016, pp. 4–17.
- Quinzá Redondo, P. y Gray, J.: "La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones", *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 513–542.
- Requejo Isidro, M.: "La coordinación de la competencia judicial internacional en el Derecho procesal europeo de la familia (sucesiones y régimen económico matrimonial y de las uniones registradas)", A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio (dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones: "Liber amicorum" Teodora F. Torres García*, Las Rozas, La Ley, 2014, pp. 1195–1218.
- Rodríguez Pinau, E.: "La refundición del RB II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo", *REDI*, vol. 69, n° 1, 2017, pp. 139–165.
- Scott QC, J.M.: "A question of trust? Recognition and enforcement of judgments", *NIPR*, vol. 1, 2015, pp. 27–35.
- Subgrupo "Nacionalidad" del GEDIP: "Comments on the Commission Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)", en <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/Reunion%2026/Annexe%20I.pdf>.
- Swiss Institute of Comparative Law: *Cross-border parental child abduction in the European Union*, Estudio para el Parlamento Europeo n° PE 510.012, 2015.
- Trimming, K.: *Child Abduction within the European Union*, Oxford–Portland, Hart, 2013.
- van Loon, H.: "The Brussels IIa Regulation: towards a review?", *Cross-border activities in the EU– Making life easier for citizens*, Workshop for the JURI Committee PE 510.003, 2015.
- Velarde D'Amil, Y.: "La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", *Revista de Derecho UNED*, vol. 17, 2015, pp. 1279–1301.
- Viarengo, I.: "General grounds of jurisdiction", I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *First Assessment Report on the case-law collected by the Research Consortium*, Research Outputs of the EUFam's Project, 2016, pp. 22–30, disponible en: <http://www.eufams.unimi.it/2017/01/09/firstassessmentreport/>.
- Villata, F.C.: "Prorogation of jurisdiction", I. Viarengo y F.C. Villata (eds.), *First Assessment Report on the case-law collected by the Research Consortium*, Research Outputs of the EUFam's Project, 2016, pp. 30–35, disponible en: <http://www.eufams.unimi.it/2017/01/09/firstassessmentreport/>.
- Zemans, A.R.: "La investigación emergente de la mediación en casos de secuestro parental internacional", *Revista de Mediación*, vol. 8, n° 2, 2015, pp. 1–8.

EL RÉGIMEN CONFLICTUAL DE LAS CAPITULACIONES EN LOS NUEVOS REGLAMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES Y EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS

Beatriz AÑOVEROS TERRADAS *

SUMARIO: I. Introducción II. Ámbito de aplicación de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 1. Ámbito de aplicación material: calificaciones autónomas y calificaciones funcionales conforme a Derecho nacional: A) Calificaciones autónomas y calificación funcional; B) Delimitación negativa: especial referencia a la exclusión de la capacidad. 2. Ámbito de aplicación personal, territorial y temporal. III. Determinación de la ley aplicable a los pactos y capitulaciones comprendidos en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 1104. 1. Ley aplicable a la validez material de los pactos o capitulaciones: A) Ley elegida por los cónyuges o miembros de la pareja registrada: autonomía conflictual v. autonomía material; B) Ley aplicable en defecto de elección 2. Ley aplicable a la validez formal de las capitulaciones y del pacto de elección de ley aplicable. 3. Leyes de policía y orden público del foro. IV. Consideraciones finales: unidad v. fraccionamiento

RESUMEN: Los denominados pactos o capitulaciones matrimoniales a través de los cuales los cónyuges determinan su régimen económico matrimonial han sido, desde una perspectiva internacional privatista, el ámbito clásico de admisión de la autonomía de voluntad conflictual en Derecho internacional de la familia. A pesar de ser un tema clásico en Derecho internacional privado se hace imprescindible su revisión. Por un lado, la adopción de dos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y relaciones patrimoniales de las uniones registradas tiene un impacto importante en la regulación de las capitulaciones desde la perspectiva internacional privatista. De otro, el nuevo contexto jurídico y social en el que debemos enmarcar el estudio actual de los pactos y capitulaciones, marcado por una clara tendencia a ampliar el ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia. La complejidad sustantiva y conflictual de los pactos o capitulaciones requiere de una calificación previa para determinar las normas de Derecho internacional privado aplicables. Una vez determinados los pactos cubiertos por los nuevos Reglamentos se analiza su régimen conflictual.

PALABRAS CLAVE: CAPITULACIONES MATRIMONIALES – CAPITULACIONES DE LAS UNIONES REGISTRADAS – RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL – RELACIONES PATRIMONIALES UNIONES REGISTRADAS – LEY APLICABLE.

ABSTRACT: The Conflict Regime of the Matrimonial Property Agreements in the New Regulations of the European Union in the matter of Economic Matrimonial Regimes and Patrimonial Effects of Registered Partnerships

Matrimonial property agreements have been, from a private international law perspective, an area traditionally open to freedom of choice, i.e., which allows the parties within the relationship to choose the applicable law. Even though matrimonial property agreements have been considered a classical issue in Private International law the subject needs to be revisited. Firstly, because of the entry into force of two EU Regulations with regard to matters of matrimonial property regimes and the property consequences of registered partnerships and their impact on the conflicts of law treatment of marital property agreements. Secondly, because of the new legal and social context in which marital and partnership agreements have to be framed; a context characterized by a clear trend towards increasing the role of

* Profesora titular de Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de ESADE (URL).

party autonomy in family matters. The complexity inherent to the concept of marital and partnership agreements (substantive and choice of law) requires a previous characterization in order to fit the agreement in its corresponding choice of law rule. Once the agreements covered by the new Regulations have been determined, its choice of law treatment is analyzed.

KEYWORDS: MATRIMONIAL PROPERTY AGREEMENTS – PARTNERSHIP PROPERTY AGREEMENTS – MATRIMONIAL PROPERTY REGIME – PROPERTY CONSEQUENCES OF REGISTERED PARTNERSHIPS – APPLICABLE LAW.

I. Introducción

Los denominados pactos o capitulaciones matrimoniales a través de los cuales los cónyuges determinan su régimen económico matrimonial han sido, desde una perspectiva internacional privatista, el ámbito clásico de admisión de la autonomía de voluntad conflictual en Derecho internacional de la familia¹. Esto es, han sido expresión de la posibilidad dejada a los cónyuges de elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. A pesar de ser un tema clásico en Derecho internacional privado que ha originado muchísimos estudios doctrinales², se hace imprescindible su revisión.

Por un lado, debido a la adopción, a través del mecanismo de la cooperación reforzada³, de dos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y relaciones patrimoniales de las uniones registradas que unifican las normas de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución en el ámbito de las relaciones patrimoniales de las parejas transfronterizas o internacionales (v.gr., que presentan algún elemento extranjero ya por estar formadas por miembros de distinta nacionalidad, o con distintas residencias habituales, y/o con bienes en diferentes Estados, etc.)⁴, tanto de las matrimoniales como de las uniones registradas⁵. El impacto de estos Reglamentos en la regulación de las capitulaciones matrimoniales y las capitulaciones de la unión registrada desde la perspectiva internacional privatista es innegable y merece un análisis detenido.

De otro, por el nuevo contexto jurídico y social en el que debemos enmarcar el estudio actual de los pactos matrimoniales, marcado por una clara tendencia, no solo del Derecho material sino también del

¹ E. Jayme, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, p. 163.

² Vid., entre otros, M^a P. Diago Diago: *Pactos o Capitulaciones Matrimoniales en Derecho internacional Privado*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999; E. Rodríguez Pineau, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2001; P. Quinzá Redondo, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

³ Tras el anuncio del Consejo en su reunión de 3 diciembre 2015, de que no podía alcanzarse la unanimidad para la adopción de las Propuestas de Reglamentos relativos a los regímenes matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, entre diciembre 2015 y febrero 2016, Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia se dirigieron a la Comisión expresando su deseo de establecer una cooperación reforzada entre sí. Mediante carta a la Comisión marzo 2016, Chipre manifestó su deseo de participar en el establecimiento de la cooperación reforzada. El 9 junio 2016, el Consejo adoptó la Decisión (UE) 2016/954, por la que se autoriza dicha cooperación reforzada, DO L 159/16, de 16 junio 2016.

⁴ J. C. Fernández Rozas, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, nº 40, septiembre 2016, pp. 3–29, p. 3.

⁵ Reglamento (UE) nº 2016/1103 del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DO L 183/1 de 8 julio 2016 (en adelante, Reglamento 2016/1103) y Reglamento (UE) nº 2016/1104 del Consejo, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DO L 183/30 de 8 julio 2016 (en adelante, Reglamento 2016/1104).

Derecho internacional privado, a ampliar el ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia⁶ como expresión de ciertos valores imperantes en la sociedad globalizada actual, valores como la igualdad jurídica entre cónyuges, el *favor divortii* y el libre desarrollo de la personalidad⁷. Como ya me pronuncié en otro trabajo, en el ámbito europeo a esta lógica del Derecho de familia sustantivo se une además la lógica de la integración⁸. Esta última ha llevado a algunos autores a afirmar “*la constitucionalización de la autonomía de la voluntad en el Derecho europeo de familia*”⁹, por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰ y del Tribunal Europeo de derechos humanos, a partir de una contrucción basada en el necesario respeto de las libertades comunitarias y a los Derechos fundamentales y que encuentra su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo, la teoría de los *vested rights* y/o el principio del país de origen¹¹.

Junto a ello, el legislador comunitario ha querido incorporar la autonomía de la voluntad como principio rector de las normas uniformes tanto de competencia judicial internacional como de Derecho aplicable en materia de Derecho de familia¹². Los Reglamentos sobre regímenes económicos matrimoniales y relaciones patrimoniales de las uniones registradas son el eslabón que completa, aunque de forma fragmentada como veremos¹³, un ámbito del Derecho vinculado a la familia y las sucesiones y que cierran, en cierta manera, un bloque normativo que precisa de respuestas cohesionadas y coordinadas¹⁴. Los Reglamentos que conforman dicho bloque normativo¹⁵ forman parte de las medidas adoptadas por la Unión Europea en el marco del desarrollo de una cooperación judicial en asuntos civiles en un espacio europeo

⁶ Sobre el papel de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia *vid.* E. Jayme, “Party Autonomy in International and Succession Law: New Tendencies”, *Yearb. Private Int’l L.*, vol. 11, 2009, pp. 1–10; T. Marzal, “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 6, 1, 2010, pp. 155–193; E. Roca Trias, “Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis”, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 2, 2006, pp. 2107–2140; B. Añooveros Terradas, “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia” en J.J. Forner Delaguna y otros (coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 119–131.

⁷ E. Roca Trias, *Libertad y familia (Discurso leído el día 10 diciembre 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número por la Excm. Sra. D^a Encarnación Roca Trias*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012.

⁸ B. Añooveros Terradas, “La autonomía de la voluntad como principio...”, *loc. cit.*, pp. 119–131.

⁹ T. Marzal, “The Constitutionalisation...”, *loc. cit.*, pp. 155–193.

¹⁰ STJUE 2 octubre 2003, asunto C–148/02, *Carlos García Avello c. Estado Belga*; STJUE 14 octubre 2008, asunto C–353/06 *Stefan Grunkin and Dorothee Regina Paul*.

¹¹ C.I. Nagy, “What functions may party autonomy have in international family and succession law? A EU Perspective”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 4, 2012, pp. 576–586, 580.

¹² B. Añooveros Terradas, “La autonomía de la voluntad como principio...”, *loc. cit.*, pp. 119–131.

¹³ Sobre la fragmentación jurídica que produce la adopción de un instrumento por el mecanismo de la cooperación reforzada, *vid.* A. Borrás, “La falta de unificación del ámbito de aplicación del Derecho internacional privado comunitario”, en A. Badía Martí y otros (coord.), *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 853–870.

¹⁴ A pesar de la imperiosa necesidad de coordinación entre reglamentos veremos que la misma no siempre se consigue. Sobre esa coordinación entre instrumentos *vid.* I. Viarengo, “Choice of law agreements in property regimes, divorce, and succession: stress-testing the new EU Regulations”, *ERA Forum*, 2017, pp. 1–12.

¹⁵ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, DO L 338 de 23 diciembre 2003; Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO L 7 de 10 enero 2009; Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343 de 29 diciembre 2010; Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo DO L 201, de 27 julio 2012.

de libertad, seguridad y justicia¹⁶ cuyo objetivo fundamental es facilitar la vida a los ciudadanos en el marco de situaciones familiares transfronterizas aumentando la previsibilidad y la seguridad jurídica y garantizando un fácil acceso a la justicia¹⁷. A pesar de este objetivo claramente facilitador, lo cierto es que el sistema creado en el seno de la Unión Europea presenta una gran complejidad fundamentalmente debido a la existencia de una pluralidad de instrumentos que regulan materias diferentes pero estrechamente vinculadas entre sí, aportando soluciones divergentes y específicas para cada una de los ámbitos que regulan¹⁸. Uno de los retos actuales en el ámbito de la cooperación judicial civil es dar coherencia a este sistema normativo. Dicha coherencia debe fundamentarse en la búsqueda de unos principios y objetivos comunes que permitan configurar un verdadero sistema. Uno de los pilares de este sistema normativo se construye a través de calificaciones autónomas, propias de los reglamentos comunitarios. No obstante, el uso de definiciones muy amplias que permiten dar cabida a diferentes concepciones nacionales conlleva al mismo tiempo que muchas instituciones reclamen una segunda calificación a nivel nacional que determine la función que esa institución en concreto desempeña a nivel interno y así poder subsumirla en la calificación autónoma. Esta calificación funcional suele ser difícil y puede entorpecer y poner en peligro la deseada unificación. Los pactos y capitulaciones constituyen un buen ejemplo para ilustrar la complejidad del sistema, el juego de los distintos instrumentos comunitarios y la necesaria coordinación entre ellos.

El concepto de ‘pactos o capitulaciones matrimoniales’ o ‘contratos de matrimonio’ presenta una gran complejidad tanto desde una perspectiva sustantiva como conflictual que engloba distintas realidades con finalidades divergentes cuya calificación será imprescindible para determinar las normas de Derecho internacional privado aplicables ya dentro del bloque normativo europeo al que me he referido ya dentro del derecho convencional o autónomo de cada Estado¹⁹. En efecto, desde una perspectiva sustantiva las capitulaciones matrimoniales han sido ampliamente admitidas y reguladas por los distintos ordenamientos jurídicos europeos en la medida en que a través de las mismas los cónyuges establecen las reglas relativas a su régimen económico matrimonial. Esa ha sido su finalidad básica, el estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial²⁰. En este sentido “régimen económico matrimonial” y “capitulaciones matrimoniales” son dos conceptos íntimamente ligados entre sí. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos de tradición civilista suele distinguirse dentro del concepto ‘régimen económico matrimonial’, un régimen primario y un régimen secundario²¹. El primero, estaría formado por todas aquellas normas de contenido esencialmente patrimonial aplicables a todo matrimonio, con carácter general y por el mero

¹⁶ Arts. 67 y 81 TFUE.

¹⁷ J.C. Fernández Rozas, “Un hito más en la...”, *loc. cit.*, p. 6. A. Borrás, “La expansión comunitaria: penetración en el ámbito del Derecho de familia y de sucesiones”, en S. Álvarez González (ed.), *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 65–89. C. González Beilfuss, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un Espacio judicial común”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 117–186.

¹⁸ Sobre esta complejidad *vid.* C. González Beilfuss, “The unification of private international law in Europe: a success story?”, en K. Boele-Woelki y otros (eds), *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 329–340.

¹⁹ Un estudio comparado puede verse en: J. M., Scherpe, (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012. *Vid.* asimismo, K. Boele-Woelki, J. Miles, y J.M. Scherpe (eds), *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2011.

²⁰ Así lo establece, por ejemplo, el art. 1325 Cc.

²¹ P. Quinzá Redondo, *Régimen económico matrimonial...*, *op. cit.*, p. 43. C. Vaquero Lopez, “Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia. Apuntes sobre la codificación comunitaria de las normas sobre competencia judicial, conflicto de leyes y reconocimiento y ejecuciones de resoluciones judiciales”, *Anuario Español Derecho internacional Privado*, tomo VI, 2006, pp. 195–208, p. 201. Estudio, encargado por la propia Comisión al Instituto Asser y a la Universidad de Lovaina, sobre los regímenes matrimoniales de las parejas casadas y sobre el patrimonio de las parejas no casadas en el Derecho internacional privado y en el Derecho interno de los Estados miembros de la Unión Europea (*Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le Droit international privé et le Droit interne des États membres de l’Union Européenne* (JAI/A3/2001/03)), pp. 55 y 56.

hecho del mismo y cuya naturaleza es imperativa²². Suponen un claro límite a la autonomía de la voluntad pues no admiten pacto en contrario²³. El régimen secundario, incluye las normas relativas a la organización económica del patrimonio y de los bienes de los cónyuges, ya por voluntad de los mismos a través de pactos o capitulaciones matrimoniales, ya por la ley en defecto de esa manifestación de la voluntad realizada por los cónyuges. El régimen secundario, engloba por tanto dos modalidades: el régimen económico matrimonial pactado (elegido a través de capitulaciones matrimoniales o pactos matrimoniales) y el régimen económico matrimonial legal, previsto por la ley para los casos en que los cónyuges no hayan celebrado pactos. A través de los pactos o capitulaciones matrimoniales los esposos o futuros esposos se apartan del régimen legal²⁴.

Junto a esta concepción de las capitulaciones matrimoniales orientadas a una finalidad claramente matrimonial o convivencial, otros ordenamientos, como el alemán²⁵ o el catalán²⁶, los conciben de una forma mucho más amplia dando cabida a pactos de muy diversa índole y de contenido distinto a la determinación del régimen económico matrimonial. Por ejemplo, pactos sucesorios, donaciones entre cónyuges así como pactos en previsión de una posible ruptura familiar por separación o divorcio, o por disolución por muerte de cualquiera de ellos²⁷. De ahí que sea imprescindible delimitar claramente el ámbito de aplicación de los nuevos Reglamentos respecto de los diferentes pactos matrimoniales. Una vez determinados los pactos que sí están cubiertos por los Reglamentos procederemos a analizar su régimen conflictual.

II. Ámbito de aplicación de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104

1. Ámbito de aplicación material: calificaciones autónomas y calificaciones funcionales conforme a Derecho nacional

Las relaciones patrimoniales entre cónyuges o futuros cónyuges y, entre miembros de las uniones registradas, constituyen como se ha dicho, un ámbito de gran complejidad y sobre el que existe una gran

²² En Derecho español conforman este estatuto normativo imperativo normas sobre levantamiento de cargas familiares (art. 1318 Cc), la denominada ‘potestad doméstica’ (art. 1319 Cc), consentimiento dual (art. 1322 Cc), normas de protección de la vivienda familiar (art. 1320 CC.), derecho de predetracción del cónyuge supérstite (1321 Cc.), la litis expensas (1318.3º Cc). P. Quinzá Redondo, *Régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 44, J.C. Fernández Rozas, “Un hito más en la...”, loc. cit., p. 12.

²³ Vid. un análisis comparado de las normas que conforman el Régimen económico primario en los ordenamientos de tradición civilista de la UE en P. Quinzá Redondo, *Régimen económico matrimonial...*, op. cit., pp. 45–47.

²⁴ En Europa, el Reino Unido (salvo Escocia) ha sido muy reacio a la admisión de los pactos matrimoniales fundamentalmente por el sistema previsto en estos ordenamientos del *common law* en el que el juez del divorcio distribuye las propiedades de los cónyuges y decide sobre las consecuencias económicas de la disolución de una forma global. Ahora bien, a partir de la famosa sentencia del Tribunal Supremo británico en el asunto *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42), se les ha empezado a dar validez y eficacia y se ha propiciado un proyecto de reforma que contempla su admisión. Law Commission, *Matrimonial Property, Needs and Agreements*, A supplementary Consultation Paper, 2012, No. 208 (U.K.). Vid. también, N. Lowe, “Pre-nuptial agreements: the English position, text of the address prepared for the International Society of Family Law’s Colloquium on Family Law delivered on 11 October 2007 in Toledo, Spain”, *In Dret*, 1/2008, pp. 1–12 (http://www.indret.com/pdf/508_en.pdf); A. Sanders, “Private Autonomy and Marital Property Agreements”, *Int’l Comp. L.Q.*, vol 59, 2010, pp. 571–603.

²⁵ §1408.2 Código Civil alemán, K. Boele-Woelki y otros (eds): *European Family Law in Action. Volume IV. Property Relations between Spouses*, Antwerp–Oxford–Portland, Intersentia, 2009, p. 1134. A. Dutta, “Marital Agreements and Private Autonomy in Germany”, en J. M., Scherpe, (ed): *Marital Agreements...*, op. cit., p.172.

²⁶ J. Solé Feliu, “Comentario al art. 231–19 y 231–20 del Código Civil de Cataluña sobre el contenido de las capitulaciones matrimoniales y los pactos en previsión de ruptura matrimonial” en J. Egea i Fernandez y otros (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 139–161; N. Ginés Castellet, “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el libro II del Código Civil de Cataluña”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, nº 727, sept.–oct. 2011, pp. 2577–2620.

²⁷ Según el art. 231–19 del Código Civil catalán, “En los capítulos matrimoniales, se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial”.

diversidad normativa, tanto material como conflictual que obedece a diferentes formas de concebir el del Derecho de familia, en general y a los distintos modelos familiares o de convivencia, en particular²⁸. No existe en Derecho europeo un concepto autónomo de matrimonio²⁹. Doce Estados miembros reconocen el matrimonio de personas del mismo sexo³⁰ y los modelos de convivencia distan enormemente entre sí, siendo las uniones registradas una figura relativamente nueva reconocida en algunos Estados miembros aunque no en todos es extensiva a las parejas del mismo sexo³¹. Además, el régimen económico matrimonial es una institución de gran complejidad sustantiva que presenta connotaciones contractuales (capitulaciones matrimoniales), familiares y reales (afecta a los bienes) y que tiene importantes repercusiones tanto en el caso de separación o divorcio como en el caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja (sucesión). Por ello no es de extrañar que uno de los temas que generó mayor debate en las negociaciones de los Reglamentos fue precisamente su ámbito de aplicación material.

Como señala A. Rodríguez Benot, la delimitación del ámbito de aplicación material de los Reglamentos se realiza a través de una doble técnica³². En primer lugar, en el art. 1 se determina de forma positiva que el Reglamento (UE) 2016/1103 se aplica a los regímenes económicos matrimoniales, concepto que se define de forma autónoma³³ (v.gr., propia del Reglamento) en el art. 3 cuando dispone que éste comprende el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”. Dicho precepto incluye también una definición autónoma de “capitulaciones matrimoniales”. Estas se definen como el “*acuerdo en virtud del cual los cónyuges o futuros cónyuges organizan su régimen económico matrimonial*”. Se establece, por tanto, una vinculación directa entre los pactos y el régimen económico matrimonial. Lo que no define el Reglamento, como ya se ha señalado y veremos más adelante, es el concepto de matrimonio.

Por su parte, el Reglamento (UE) 2016/1104 se aplica a los “*efectos patrimoniales de las uniones registradas*”³⁴, concepto que define a través de una doble delimitación³⁵. Por un lado, engloba “*el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros, como resultado de la relación jurídica creada por el registro o su disolución*”³⁶. Por otro, incorpora un concepto autónomo de “*unión registrada*”, entendido como el “*régimen de vida en común de dos personas regulado por la ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación*” (art. 3.1). Ahora bien, el contenido

²⁸ E. Rodríguez Pinau: “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta de reglamento del consejo”, *Anuario Español Derecho internacional Privado*, t. XI, 2011, pp. 939, 937–955. K. Boele-Woelki y otros (eds): *European Family Law in Action. Volume IV: Property Relations between Spouses*, Antwerp–Oxford–Portland, Intersentia, 2009.

²⁹ El Reglamento 2016/1104 sí incluye, en cambio, una definición de ‘unión registrada’. Sobre esta definición *Vid. infra*.

³⁰ Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Suecia (2009), Portugal, (2010), Dinamarca (2012), Francia (2013), Luxemburgo (2014), Reino Unido (salvo Irlanda del Norte, 2014), Irlanda (2015), Finlandia (2017), Alemania (2017). J.C. Fernández Rozas, “Un hito más en la...”, *loc. cit.*, p. 6; C. González Beilfuss: “The Proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, 2011, pp. 183–198, p. 185; P. Quinzá Redondo, “La unificación –fragmentada– del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 41 (2017), pp. 180–222, 183.

³¹ J.C. Fernández Rozas, “Un hito más en la...”, *loc. cit.*, p. 6; E. Rodríguez Pinau: “Los efectos patrimoniales...”, *loc. cit.*, pp. 937–955; K. Boele-Woelki, y otros (eds.), *European family Law in Action*, vol. V: *Informal relationships*, Antwerp–Oxford–Portland, Intersentia, 2015.

³² A. Rodríguez Benot: “La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento marzo 2011” en C. Esplugues Mota y otros (eds), *Nuevas fronteras del Derecho de la unión Europea. Liber amicorum J.I. Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 555–571, p. 561.

³³ Considerando 18 Reglamento 2016/1103.

³⁴ Art 1.1 Reglamento 2016/1104.

³⁵ J.M. Fontanellas Morell, “La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria”, *Anuario de Derecho civil*, tomo LXV, 2012, fasc. I, pp. 275–291, p. 286.

³⁶ Art. 3 Reglamento 2016/1104.

real de este concepto sigue regulándose por el Derecho nacional de los Estados miembros y, como se indica en el considerando 17, el Reglamento no obliga a ningún Estado cuyo ordenamiento jurídico no contemple la institución de la unión registrada a establecer dicha institución en su Derecho nacional³⁷. Se incluye además una definición de “capitulaciones de la unión registrada” definidas como “*el acuerdo en virtud del cual los miembros o futuros miembros organizan los efectos patrimoniales de su unión registrada*”.

En ambos reglamentos los conceptos autónomos engloban, por tanto, las relaciones patrimoniales entre esposos y miembros de la unión y, entre ellos y terceros, durante el matrimonio o la convivencia así como su liquidación como consecuencia de una crisis o ruptura o el fallecimiento de uno de los esposos o miembros de la pareja.

A partir de aquí ambos Reglamentos detallan desde una perspectiva negativa, por un lado, las cuestiones propias del régimen económico pero que dado su carácter de Derecho público quedan excluidas de mismo: las cuestiones fiscales, aduanera y administrativa³⁸. Y por otro, se detallan una serie de exclusiones expresas: a) la capacidad jurídica de los cónyuges; b) la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio; c) las obligaciones de alimentos; d) la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges; e) la seguridad social; f) el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este; g) la naturaleza de los derechos reales sobre un bien, y h) cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro³⁹. En su mayor parte se trata de materias que no se califican como régimen económico matrimonial y que por tanto quedarían fuera del ámbito de aplicación de los Reglamentos pero que se encuentran muy relacionadas con el mismo y por ello pueden dar origen a confusiones. Entiendo que la lista de exclusiones es exhaustiva pues no se utiliza el adverbio ‘especialmente’ o ‘en particular’. Ello es lógico si tenemos en cuenta que en este caso se trata de una delimitación negativa del ámbito de aplicación que complementa en aras de una mayor claridad la calificación autónoma dada por el propio Reglamento. Veamos en primer lugar la delimitación positiva para posteriormente centrarnos en algunas de las exclusiones expresas.

³⁷ Como ha indicado la doctrina española, el hecho de que el Reglamento 2016/1104 solo englobe a las uniones registradas deja fuera otros modos de convivencia reconocidos por la ley, como las parejas estables del Libro segundo del Código Civil Catalán. A pesar de la creación en Cataluña de un Registro de parejas estables a través del Decreto-ley, de 6 de octubre, de modificación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativa a la creación de un Registro de parejas estables (BOE 12.12.2015), se trata de un registro voluntario, sólo a efectos de publicidad y, por tanto, sin valor constitutivo. Aunque en el propio Preámbulo se menciona el Reglamento 2016/1104 (en ese momento Propuesta) y parece vislumbrarse que la pareja estable mixta constituida de acuerdo con el Derecho civil de Cataluña y registrada en el registro de parejas estables podría quedar cubierta por el mismo, no creo que siendo el registro meramente voluntario se cumplan con la definición autónoma dada en el Reglamento. Recordemos que el art. 1 a) Reglamento 2016/1104 menciona expresamente la obligatoriedad del registro: “*régimen de vida en común de dos personas regulado por la ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación*”. De hecho, solo las uniones *more uxorio* nacidas a partir de normativas como la balear o la vasca, que requieren la inscripción como elemento constitutivo, entran en el supuesto de hecho previsto por el Reglamento. Este doble régimen conflictual según la unión esté registrada o no conllevará, sin duda, dificultades y deja sin respuesta a un número muy importante de parejas en el ámbito de la UE. J.M. Fontanellas Morell, “La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales...”, *loc. cit.*, p. 286; C. González Beilfuss, “The Proposal for a Council Regulation...”, *loc. cit.*, p. 188; cf. M. Vinaixa Miquel, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1103)”, *InDret*, 2017, 2, p. 274–313, p. 283–284.

³⁸ Art. 3 *in fine* Reglamento 2016/1103 y Reglamento 2016/1104.

³⁹ Art 1.2º Reglamento 2016/1103.

A) Calificaciones autónomas y calificación funcional

Para comprender realmente el alcance del concepto de *régimen económico matrimonial y relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada* así como el de *capitulaciones matrimoniales y capitulaciones de la unión registrada* es imprescindible recurrir al considerando 18 de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104. Dichos considerandos aclaran algunas de las dudas albergadas por las Propuestas aunque, como se verá, no destacan por su claridad⁴⁰. Por otro lado, también el art. 27 de ambos Reglamentos, sobre el ámbito de aplicación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial y a las relaciones patrimoniales de las parejas registradas, aporta elementos que ayudarán a configurar el concepto autónomo de régimen económico matrimonial y de capitulaciones matrimoniales⁴¹.

Varias ideas se desprenden de dichos considerandos. Partiendo del considerando 18 del Reglamento 2016/1103, éste sigue claramente, como se afirma en el mismo, un enfoque civilista respecto de la concepción y regulación de los regímenes económico matrimoniales desmarcándose de la concepción anglosajona (que no escocesa)⁴². Según la tradición continental europea el matrimonio comporta desde su celebración una serie de relaciones patrimoniales entre los cónyuges que perduran durante el matrimonio (administración cotidiana del patrimonio matrimonial) y se extinguen o liquidan en el momento de la separación o divorcio o fallecimiento de uno de los cónyuges.

Esta concepción civilista distingue claramente entre las relaciones patrimoniales durante el matrimonio (régimen económico matrimonial) y su extinción o liquidación por la separación o el divorcio o por muerte de uno de los miembros y las relaciones entre los cónyuges (ex cónyuges) una vez separados o divorciados, esto es a partir de la disolución o fallecimiento de uno de los cónyuges. En este caso se trata de efectos propios de la disolución (por ejemplo, una pensión de compensatoria o de viudedad) pero que están asociados a la existencia de un vínculo matrimonial anterior⁴³. Los Reglamentos solo se refieren a las primeras (v.gr., relaciones patrimoniales entre los cónyuges relacionadas “con la administración cotidiana del patrimonio como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o fallecimiento de uno de los cónyuges...”) y excluyen por lo tanto las segundas.

El considerando insiste en la necesidad de una definición autónoma de régimen económico matrimonial. Definición que se encuentra, como hemos visto, en el art. 3 y que es muy amplia abarcando, como confirma el considerando 18, “no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto de Derecho aplicable”. Incluye, por tanto, el régimen primario y el secundario. Y en este último caso, tanto al régimen pactado (normas opcionales), realizado a través de capitulaciones, como al legal supletorio (cualesquiera normas por defecto de Derecho aplicable).

Además, se añade “incluye no solo las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo

⁴⁰ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, Bruselas, 16 marzo 2011, COM (2011) 126 final; Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, Bruselas, 16 marzo 2011, COM (2011) 127 final. H. Mota: “El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la Propuesta de Reglamento “Roma IV”: algunos problemas y omisiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, nº 2, pp. 428–447, p. 431; Vid. asimismo I. Viarengo, “The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes. Some General Remarks”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 199–215, p. 205; C. González Beilfuss, “The Proposal for a Council Regulation...”, *loc. cit.*, p. 194 y nota 40.

⁴¹ P. Quinzá Redondo, “La unificación...”, *loc. cit.*, p. 183.

⁴² *Ibid.*

⁴³ E. Rodríguez Pineau, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2001, p. 5.

matrimonial o de su disolución.⁴⁴ Finalmente, aunque no lo dicen expresamente los Reglamentos, no entran en su ámbito de aplicación las relaciones no patrimoniales o de tipo personal⁴⁵.

En cuanto a la calificación autónoma de capitulaciones matrimoniales o capitulaciones de la unión registrada, las cubiertas por los Reglamentos son aquellas que se vinculan al régimen económico matrimonial o relaciones patrimoniales de la pareja registrada, a través de las cuales los cónyuges o futuros cónyuges o los miembros o futuros miembros pactan las relaciones patrimoniales que afectan a la comunidad de vida de la pareja y que se relacionan con la administración cotidiana su patrimonio o con la liquidación del régimen económico. Estas pueden realizarse antes o después de la celebración del matrimonio o de la unión (por los futuros cónyuges o futuros miembros). Por tanto, todos aquellos pactos cuya función sea organizar el régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de la unión registrada, podrá subsumirse en el ámbito de aplicación de los Reglamentos. Ahora bien, a pesar de que el legislador europeo opta claramente por calificaciones amplias de los conceptos ‘régimen económico matrimonial’ y ‘efectos patrimoniales de las uniones registradas’ dando cabida a las diferentes concepciones nacionales, esta calificación va a depender en gran medida de la interpretación que se dé a algunos conceptos clave a nivel nacional como el de ‘matrimonio’, ‘unión registrada’, ‘régimen económico matrimonial (primario y secundario)’, ‘consecuencias patrimoniales de uniones registradas’ y ‘capitulaciones matrimoniales’. Se pueden plantear varios problemas de calificación tanto por lo que se refiere al concepto y contenido de ‘régimen económico matrimonial’ y ‘efectos patrimoniales de las uniones registradas’ como respecto del concepto y contenido de las exclusiones del art. 1.2 de ambos Reglamentos, y su encuadre en las instituciones nacionales. Es decir, en muchas ocasiones será precisa una calificación de la institución en cuestión a nivel nacional y una vez calificada como ‘régimen económico matrimonial’ o ‘relaciones patrimoniales de la unión registrada’ subsumirla en la correspondiente norma de conflicto.

Ello es especialmente relevante en el tema de las capitulaciones precisamente por la distinta concepción que sobre las mismas existe en los diferentes derechos nacionales. Aunque se trata, como hemos visto, de contratos éstos desempeñan su función en el Derecho de familia o sucesorio. El legislador comunitario descarta una calificación unitaria dando una clara prevalencia a su función en el ámbito familiar o sucesorio frente a la naturaleza contractual, contrariamente a lo previsto en otros sistemas como el americano⁴⁶. A partir de aquí y teniendo en cuenta la pluralidad normativa existente es preciso determinar la función que cumple cada pacto a nivel interno para luego subsumirla en la norma de conflicto de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 o en su caso en la norma de conflicto del correspondiente instrumento comunitario o falta de éste en la correspondiente norma de conflicto autónoma. Esa calificación a nivel interno muchas veces no será fácil pues una de las grandes dificultades que presentan las capitulaciones es que su contenido es o puede ser, como se ha visto, heterogéneo pudiendo contemplar aspectos patrimoniales y personales de los futuros cónyuges o miembros de la unión registrada.

En principio parece que los Reglamentos no cubren los pactos (muchas veces incluidos en la escritura capitular) cuyo objetivo es distinto a la determinación del régimen económico matrimonial o relaciones patrimoniales de la pareja registrada, aunque traiga causa de un vínculo matrimonial o de pareja anterior. Es decir, no cubre aquellos pactos a través de los cuales se establecen las relaciones patrimoniales entre

⁴⁴ Ejemplo de esta relación patrimonial entre cónyuges que resulte del vínculo matrimonial distinta de las capitulaciones podrían ser las donaciones entre cónyuges.

⁴⁵ M. Vinaixa Miquel, “La autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, p. 282.

⁴⁶ Por un lado, excluye expresamente del ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (RR I), “las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tiene que tiene efectos comparables, incluida la obligación de alimentos y c) las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación considere que tiene efectos comparables la matrimonio, y de testamentos y sucesiones” (art. 1.2 b RR I). Está claro que las normas de conflicto utilizadas en el RR I no responden a los intereses del estatuto familiar y alimentista. Sobre ello ya me había pronunciado en B. Añoveros Terradas, “Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XI, 2010, pp. 441–469. Sobre el sistema americano *vid.* J. Halloran McLaughlin, “Premarital Agreements and Choice of Law: One, Two, Three, Baby, You and Me”, *Mo. L. Rev.*, vol. 72, 2007, p. 807.

esposos o entre miembros de la pareja tras la separación o el divorcio. Pactos cuyo contenido puede variar pero que englobaría desde prestaciones alimenticias, pensiones compensatorias, etc... aunque es cierto que en ocasiones será muy difícil “discriminar lo que es una liquidación de bienes o indemnización por ruptura de la vida en común o incluso lo que es una pensión alimenticia”⁴⁷. Tampoco cubre los pactos sucesorios que puedan figurar en la escritura capitular.

En un trabajo anterior publicado en esta misma revista, ya me pronuncié sobre la calificación de dos instituciones híbridas cuya naturaleza jurídica es muy discutible: la pensión por trabajo para la casa y la pensión compensatoria⁴⁸. En el primer caso se trata de una figura que tiende a corregir los resultados perversos que el régimen económico de separación de bienes absoluto puede comportar para alguno de los cónyuges y constituye una regla especial de liquidación. En su momento me decanté por calificar dicha institución como perteneciente al régimen económico matrimonial, extendiendo esa naturaleza al pacto que limite, module o incluso excluya esa compensación. De ahí que la norma de conflicto aplicable debe ser, por tanto, la prevista en los Reglamentos objeto de este estudio y que veremos a continuación.

En cuanto a la pensión compensatoria se trata de una institución, como afirma C. González Beilfuss, a caballo entre el régimen de bienes y los alimentos⁴⁹. Su naturaleza mixta dificulta enormemente su calificación. El propio TJCE en su jurisprudencia en el asunto *De Cavel II* (as. 120/79, de 6 marzo 1980) entendió que las “prestaciones compensatorias” previstas en los arts. 270 ss *Code civil* (bastante parecidas aunque no idénticas a la pensión compensatoria del CC) atañen a las posibles obligaciones económicas entre los antiguos esposos después del divorcio, determinadas en función de los recursos y necesidades recíprocas, y tienen igualmente carácter alimenticio⁵⁰. En este caso me decanté por su carácter alimenticio y de ahí la calificación alimentista de un pacto sobre la pensión compensatoria. En este sentido deberemos estar a lo previsto el Reglamento (CE) n° 4/2009 que en materia de ley aplicable remite al Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (art. 15).

También presentarán dificultades calificadorias potenciales pactos atípicos, como por ejemplo, el pacto por el que se establece una renta vitalicia mensual a favor de uno de los cónyuges en caso de separación o divorcio, pacto celebrado por los cónyuges en previsión de ruptura y que ha sido admitido recientemente por el Tribunal Supremo español⁵¹. Precisamente por las dificultades mencionadas, defendemos una calificación funcional conforme a derecho interno de cada pacto que permita subsumirlo en una de las calificaciones autónomas previstas a nivel europeo.

B) Delimitación negativa: especial referencia a la exclusión de la capacidad

Por lo que se refiere a la delimitación negativa, esto es, a las cuestiones expresamente excluidas del ámbito de aplicación de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 interesa detenernos en el tema de la capacidad. Las capitulaciones matrimoniales como negocio jurídico que son plantean el tema de los sujetos y la capacidad necesaria para capitular. De ahí que debamos determinar si la exclusión realizada por los Reglamentos comunitarios se extiende a la capacidad para otorgar capitulaciones o si por el contrario dentro de las cuestiones reguladas por la ley aplicable a las capitulaciones se incluye la capacidad de capitular (*lex causae*). La cuestión es importante porque determinados ordenamientos jurídicos prevén normas específicas (ya sea a través de condiciones más amplias o más estrictas) respecto de la capacidad para celebrar capitulaciones matrimoniales. Por ejemplo, el art. 1329 Cc prevé que

⁴⁷ S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, p. 158.

⁴⁸ B. Añoveros Terradas, “Los pactos prematrimoniales...”, *loc. cit.*, pp. 441–469.

⁴⁹ C. González Beilfuss, “Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Anuario de Derecho civil*, t. LXIV, fasc. III, 2011, pp. 1149–1154, esp. p. 1151.

⁵⁰ As. *De Cavel II*, par. 5

⁵¹ STS n° 392/2015, de fecha 24 junio 2015 (ECLI:ES:TS:2015;2828).

“El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación⁵²”.

Asimismo el art. 1330 Cc establece que

“El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador”.

Si la capacidad para otorgar capitulaciones la entendemos comprendida en la categoría ‘capacidad de obrar’ excluida del ámbito de aplicación de los Reglamentos, cada Estado determinará la ley aplicable conforme a su Derecho internacional privado autónomo. Por contra, si consideramos que la capacidad para capitular es una capacidad especial de un negocio jurídico específico podríamos entender que será la *lex causae* determinada de conformidad con los Reglamentos. Se trata de un debate antiguo pero que es necesario plantear en el marco del Derecho internacional privado comunitario⁵³.

En el art. 2 de ambos Reglamentos se utiliza la expresión “*capacidad jurídica general de los cónyuges*” referida a lo que conocemos como capacidad de obrar. El considerando 20 del Reglamento 2016/2013 añade que

“... no debe aplicarse a las cuestiones relativas a la capacidad jurídica general de los cónyuges; no obstante, esta exclusión no debe abarcar las facultades y los derechos específicos de uno o de ambos cónyuges con respecto a su patrimonio, bien entre sí, bien por lo que respecta a terceros, ya que dichas facultades y derechos deben entrar en el ámbito de aplicación del presente Reglamento”⁵⁴.

Además, los Reglamentos no sólo excluyen la capacidad general sino también la “*la existencia, validez y reconocimiento*” del matrimonio y de la unión registrada (aunque es cierto que se establece una definición de unión registrada)⁵⁵. El matrimonio es presupuesto y base de las capitulaciones⁵⁶. De ahí la regla *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* que en derecho español, por ejemplo, se viene aceptando aunque con alguna excepción⁵⁷. Teniendo en cuenta ambas exclusiones por parte de los Reglamentos comunitarios y que además no prevén, como se verá más adelante, una norma específica, como sí hace el Reglamento de sucesiones, sobre la capacidad de otorgar capitulaciones, entiendo que es preferible considerarla fuera de los Reglamentos y someterla a las normas de conflicto de origen nacional. En efecto, el Reglamento sobre sucesiones establece en su art. 26 lo que comprende el concepto ‘*validez material de las disposiciones mortis causa*’, cubriendo entre otros elementos la ‘*capacidad del disponente para realizar la disposición mortis causa*’. Esta calificación sucesoria de la capacidad de testar permite englobarla en el ámbito de aplicación del Reglamento. Si el legislador europeo hubiera querido calificar la capacidad capitular como una capacidad especial regulada por la *lex causae* hubiera podido decirlo expresamente. Por tanto, la capacidad para capitular a efectos de los Reglamentos comunitarios forma parte de la capacidad general y está excluida de sus ámbitos de aplicación. Cada Estado determinará la ley aplicable a la capacidad capitular conforme a su Derecho internacional privado autónomo.

En Derecho internacional privado español, la norma de conflicto sobre capacidad general se encuentra en el art. 9.1º Cc que remite a la ley personal (*v.gr.*, ley nacional)⁵⁸. Lo que no está del todo claro es que la capacidad para capitular forme parte de la capacidad general del art. 9.1º Cc pues nos encontramos ante

⁵² Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria ha elevado la edad mínima para emanciparse y, por ende, para contraer matrimonio a los 16 años de edad (BOE 3.7.2015).

⁵³ En nuestra doctrina M.A. Amores Conradi, “Efectos del matrimonio”, en J. González Campos, (ed.), *Derecho internacional privado. Parte espacial*, Eurolex, 6 ed., 1995, pp. 329–354.

⁵⁴ Lo mismo se recoge en el considerando 20 del Reglamento 2016/1104 pero refiriéndose a miembros de la unión registrada.

⁵⁵ Art. 2 b de ambos Reglamentos.

⁵⁶ J.L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho civil IV. Familia*, 4ª ed., Barcelona, Dykinson, 2010, p. 135.

⁵⁷ Por ejemplo, en el caso de personas que no pueden casarse por el momento por existir un impedimento dispensable de parentesco pero sí capitular, o en el supuesto del art. 1330 Cc.

un negocio jurídico específico. Para parte de la doctrina española la capacidad para capitular se rige por la ley aplicable a las capitulaciones determinada de conformidad con el art. 9.3º Cc⁵⁹. Por lo que aquí interesa, la calificación que le demos a efectos del Reglamento no prejuzga la calificación que se le dé a nivel interno por cada Estado.

Finalmente, lo que sí entra dentro del ámbito de aplicación son las exigencias legales referidas a la legitimación para disponer, *v.gr.*, las necesidades de autorización conyugal para la venta o gravamen de ciertos bienes, como por ejemplo, la vivienda conyugal⁶⁰. La doctrina había reclamado mayor claridad al respecto pues la Propuesta planteaba serias dudas sobre su inclusión o no⁶¹. El considerando 20 lo aclara al afirmar que la exclusión no debe abarcar las “facultades y los derechos específicos de uno o de ambos cónyuges con respecto a su patrimonio, bien entre sí, bien por lo que respecta a terceros, ya que dichas facultades y derechos deben entrar en el ámbito de aplicación del presente Reglamento”.

2. Ámbito de aplicación personal, territorial y temporal

Ambos Reglamentos tienen una aplicación universal, lo que implica que la ley elegida pueda ser la de un Estado no participante en la cooperación reforzada o incluso la un Estado no miembro de la Unión Europea⁶². Conlleva, además, un desplazamiento del régimen conflictual nacional e interno de los estados participantes en la cooperación reforzada a partir de su aplicación⁶³. Por lo que se refiere al ámbito de aplicación temporal, a pesar de que los Reglamentos están ya en vigor su aplicación no está prevista hasta el 29 enero 2019, lo que concede a los Estados participantes en la cooperación reforzada un tiempo razonable para adaptar sus legislaciones a lo previsto en los mismos. Desde la perspectiva del Derecho aplicable es importante tener en cuenta, además, lo previsto en el art. 69 que, como veremos, puede llevar a algún caso paradigmático. Según dicho precepto “*Las disposiciones del capítulo III solo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial después del 29 enero 2019*”.

Por tanto, a efectos de determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, las disposiciones del Reglamento solo serán aplicables cuando el matrimonio se haya celebrado después del 29 enero 2019 o cuando los cónyuges aun habiendo celebrado el matrimonio con anterioridad a esa fecha, hayan elegido con posterioridad al 29 enero 2019 y a través de capitulaciones la ley aplicable al régimen económico matrimonial. En este segundo caso habrá una duplicidad de sistemas de Derecho internacional

⁵⁹ En nuestra doctrina M.A. Amores Conradi, “Efectos del matrimonio...”, *loc. cit.*, pp. 329–354.

⁶⁰ El art. 1320.1º Cc establece “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.” En muchos casos estas exigencias van más allá del régimen primario en orden a la naturaleza del régimen supletorio legal. Por ejemplo, en un régimen de comunidad, el art. 1375 Cc establece que “En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.”

⁶¹ H. Mota, “El ámbito de aplicación material...”, *loc. cit.*, p. 432.

⁶² Art. 20 Reglamento 2016/1103 y Reglamento 2016/1104. Recuérdese que la cooperación reforzada conlleva que todos aquellos Estados que no participen en la misma continúan rigiéndose por su régimen conflictual interno.

⁶³ En el caso del ordenamiento español quedarían desplazados los arts. 9.2º y 9.3º Cc respecto de todo aquello cubierto por el ámbito de aplicación material y temporal del Reglamento 2016/1103. Del mismo modo los Estados que son parte en el Convenio de La Haya de “1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales (Francia, Holanda y Luxemburgo) lo aplicarán en lo que no entre dentro del ámbito de aplicación del reglamento. Sobre este particular, *Vid.* H. Peroz, “Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux”, *La Semaine Juridique–Notarial et Immobilière*, nº 29, 2016, pp. 33–39, p. 34.

En materia de ley aplicable a las relaciones patrimoniales de las uniones registradas no existe en Derecho internacional privado español interno una regulación conflictual al respecto. A falta de dicha regulación ha sido la doctrina la que ha propuesto diferentes soluciones. J.M. Fontanellas Morell, “Una primera lectura de las Propuestas de Reglamento Comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C Parra (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Barcelona, Bosch, 2012, pp. 257–290, p. 279.

privado. Por un lado, las normas nacionales de Derecho internacional privado determinarán la ley aplicable al régimen económico matrimonial desde la celebración al 29 enero 2019; por otro, el Reglamento a partir del 29 enero 2019.

Finalmente, cabe resaltar que ambos Reglamentos se consagran sobre el principio de universalidad de los bienes y el principio de unidad de ley aplicable. La ley aplicable (elegida o no) al régimen económico matrimonial o a las relaciones patrimoniales de las uniones registradas será aplicable al conjunto de bienes sin importar donde se encuentren (art. 21). Se quiere reforzar la unidad de patrimonio y evitar situaciones de *depaçage*⁶⁴.

Ahora bien, dicho principio cede, como veremos ante otros principios que, en determinadas situaciones, reclaman su aplicación preferente. Teniendo en cuenta el análisis realizado sobre el ámbito de aplicación material, cuando el pacto o la capitulación matrimonial o de la pareja registrada esté cubierto por el Reglamento éste se somete fundamentalmente a las mismas normas que regulan la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial legal o a los efectos patrimoniales de la unión registrada. Existen, sin embargo, algunas especificidades a cuyo análisis dedicamos las próximas páginas.

III. Determinación de la ley aplicable a los pactos y capitulaciones comprendidos en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 1104

Como ya hemos avanzado, cuando las capitulaciones o pactos puedan calificarse como correspondientes al régimen económico matrimonial o relaciones patrimoniales entre miembros de las parejas registradas, encontrarán su régimen conflictual en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104. Dichos instrumentos distinguen claramente entre la validez material y la validez formal de los pactos⁶⁵. Respecto de la ley aplicable a la validez sustantiva de las capitulaciones los Reglamentos no prevén una norma de conflicto específica⁶⁶, siendo eso sí una de las cuestiones que aparecen expresamente enmarcadas en el ámbito de aplicación de la *lex causae*, previsto en el art. 27 de ambos Reglamentos. De ahí que la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial en caso de existir capitulaciones se somete a las mismas normas de conflicto que si no existieran tales pactos. Esto es, los cónyuges o futuros cónyuges o miembros o futuros miembros de la pareja podrán elegir la ley aplicable al régimen matrimonial pactado de acuerdo con lo previsto en el art. 22 de ambos Reglamentos. En caso de no hacerlo la ley aplicable a dicho régimen pactado vendrá determinada por lo establecido en el art. 26 de ambos Reglamentos. Veamos en primer lugar ambas normas de conflicto para a partir de aquí determinar el significado de '*validez material*' de las capitulaciones matrimoniales y por ende el ámbito de la *lex causae*. Los Reglamentos no lo establecen expresamente a diferencia, como ya se ha dicho, del art. 26 Reglamento sucesiones respecto de la validez material de las disposiciones *mortis causa*⁶⁷. Para saber a qué se refiere exactamente la validez material de las capitulaciones, *v.gr.*, qué cuestiones de orden sustantivo engloba, deberemos distinguir entre la autonomía conflictual y la autonomía material y los límites impuestos en uno y otro caso. Sobre ello volvemos posteriormente.

Por su parte la ley aplicable a la validez formal de las capitulaciones matrimoniales y acuerdos patrimoniales así como los acuerdos de elección de ley sí tiene una norma de conflicto específica en los arts. 23 y 25 de ambos Reglamentos.

⁶⁴ J.C. Fernández Rozas, "Un hito más en la...", *loc. cit.*, p. 15.

⁶⁵ La Propuesta de Reglamento de 2011 solo regulaba la validez formal de las capitulaciones o acuerdos matrimoniales (contrato matrimonial en términos de la propuesta) lo que había sido ampliamente criticado por la doctrina. En este sentido ver: H. Mota, "El ámbito de aplicación material...", *loc. cit.*, p. 431; *Vid.* asimismo I. Viarengo, "The EU Proposal...", *loc. cit.*, p. 205; C. González Beilfuss, "The Proposal for a Council Regulation...", *loc. cit.*, p. 194.

⁶⁶ El Derecho internacional privado autónomo español sí contiene una norma (art. 9.3º Cc) que quedará desplazada cuando se aplique el Reglamento 2016/1103.

⁶⁷ P. Quinzá Redondo, "La unificación...", *loc. cit.*, p. 206.

1. Ley aplicable a la validez material de los pactos o capitulaciones

A) Le elegida por los cónyuges o miembros de la pareja registrada: autonomía conflictual v. autonomía material

El Reglamento (UE) 2016/1103 en su art. 22 prevé que los cónyuges o futuros cónyuges sólo podrán elegir como ley aplicable a su régimen económico matrimonial: a) la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o b) la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo.

En cuanto al Reglamento (UE) 2016/1104 en materia de uniones registradas, su art. 22 también prevé la posibilidad de que los miembros o futuros miembros de una unión registrada designen o cambien de común acuerdo la ley aplicable a los efectos patrimoniales de su unión registrada. Tal posibilidad no estaba prevista en la Propuesta de 2011 que determinaba objetivamente la aplicación de la ley del país de registro. Para algunos, el diferente tratamiento conflictual dispensado a los matrimonios y a las uniones registradas implicaba un trato discriminatorio no justificado pues el contenido de las relaciones patrimoniales en ambas instituciones es, en algunos países, el mismo⁶⁸. No obstante, en otros Estados ese contenido no siempre es equivalente al del régimen económico matrimonial pues se concibe la unión registrada como una alternativa al matrimonio. Como señala González Beilfuss, sólo la aplicación objetiva de la ley del lugar de registro puede impedir que sean las partes las que acaben determinando el contenido (mayor o menor que el del lugar de registro) de sus relaciones patrimoniales, modificando de esta forma la institución tal y como la concibe el país donde la registraron⁶⁹. A pesar de tales críticas, el legislador europeo ha optado por ofrecer a las uniones registradas la posibilidad de elección del Derecho aplicable sometiendo, eso sí, a una condición: la ley designada por las partes debe atribuir efectos patrimoniales a la unión registrada (aunque sean menores que los previstos en la ley de registro). Se amplía, además, el elenco de leyes elegibles y, por tanto, próximas, a las partes con la posibilidad de elegir la *ley del Estado conforme se haya creado la unión registrada*.

En ambos casos se trata de una autonomía de opción⁷⁰. Los cónyuges pueden elegir pero sólo entre las leyes previamente determinadas por el legislador comunitario en la norma de conflicto⁷¹. El abanico de posibilidades previsto en el Reglamento (UE) 2016/1103 incluye: la ley del Estado de la residencia habitual común o de cualquiera de ellos en el momento de celebración del acuerdo; la ley del Estado de la nacionalidad común o de cualquiera de ellos en el momento de la elección. El Reglamento (UE) 2016/1104 añade a las anteriores la ley del lugar donde se ha registrado la pareja y condiciona la aplicación de la ley elegida a que ésta atribuya efectos patrimoniales a la unión registrada (aunque sean menores que

⁶⁸ E. Rodríguez Pinau, "Los efectos patrimoniales...", *loc. cit.*, p. 950. González Beilfuss se refiere a la perspectiva alemana y en particular a la institución alemana *eingetragene Lebenspartnerschaft* con un contenido equivalente al matrimonio. C. González Beilfuss, "The Proposal for a Council Regulation...", *loc. cit.*, p. 194.

⁶⁹ C. González Beilfuss, "The Proposal for a Council Regulation...", *loc. cit.*, p. 194.

⁷⁰ Sobre la autonomía conflictual prevista en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 ver: B. Añoveros Terradas: "Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas", en prensa; M. Vinaixa Miquel, "La autonomía de la voluntad...", *loc. cit.*, pp. 274-313.

⁷¹ En los casos en que la ley elegida por las partes pertenezca a un Estado que comprenda varias unidades territoriales y cada unidad territorial tenga sus propias normas jurídicas en materia de régimen económico matrimonial o relaciones patrimoniales de las uniones registradas, será de aplicación lo previsto el art. 33 de ambos Reglamentos. Por cuestiones de espacio no podemos detenemos en el análisis y los interrogantes que la aplicación de dicho precepto plantea, especialmente en el ordenamiento español. Sobre este tema Vid. P. Quinzá Redondo, *Régimen económico matrimonial...*, *op. cit.*, pp. 379-389. Respecto de la norma en materia de remisión a Estados plurilegislativos contenida en el Reglamento de Sucesiones Vid.: A. Bonomi: "Arts. 36-38" en A. Bonomi y otros (eds.), *El Derecho Europeo de Sucesiones*, Thomson Reuters, 2015, pp. 474-486; A. Borrás: "States with more than one legal system (arts. 36-38)" en S. Bariatti y otros (eds.), *EU Cross-Border Succession Law*, Elgar Publishing, 2017.

los previstos en la ley de registro). No hay jerarquía entre las leyes elegibles, dependerá de la voluntad de los cónyuges o miembros de la unión que se aplique una u otra ley⁷².

Las conexiones se fijan temporalmente en el momento en que se realiza el acuerdo de elección. Ello evita el problema del conflicto móvil y permite a las partes aplicarlo a los pactos prematrimoniales o pre registro de la unión. En este sentido es fundamental que las conexiones previstas puedan determinarse en el momento de la celebración del pacto pues lo contrario llevaría a una posibilidad ficticia de elegir la ley aplicable y no coherente con el objetivo perseguido.

Las conexiones utilizadas no coinciden (fundamentalmente en cuanto el tiempo en el que son tomadas en consideración) necesariamente con las previstas por los Reglamentos anteriores y pertenecientes al mismo bloque normativo, lo cual es lógico si tenemos en cuenta las diferentes materias que regulan y las especificidades del sistema conflictual previsto por los distintos Reglamentos para cada una de las materias. Ahora bien, lo que ciertamente resulta interesante es la posibilidad ofrecida a las partes de alinear en una sola ley todas las cuestiones vinculadas a una crisis matrimonial o de pareja, respetándose de esta forma el principio de unidad de ley aplicable. Tal coordinación es posible en la medida en que las partes hagan uso de la autonomía conflictual prevista en los distintos Reglamentos. En caso de aplicar las conexiones objetivas dicha coordinación aunque posible, se complica⁷³. Esta coordinación entre instrumentos es fundamental en el ámbito de los pactos y capitulaciones matrimoniales pues permite someter todos los pactos a una única ley evitando de esta forma los inconvenientes de un potencial fraccionamiento o *de-peçage*. Ahora bien, desgraciadamente dicha coordinación sólo es factible en caso de que los pactos se convengan con posterioridad a la celebración del matrimonio⁷⁴ y entorno a la conexión residencia habitual común en el momento de celebrar el acuerdo y nacionalidad común o de cualquiera de las partes en el momento de celebrar el acuerdo⁷⁵.

En ambos casos la elección del Derecho aplicable puede realizarse en dos momentos diferentes: un primer momento que incluiría antes de la celebración del matrimonio o del registro de la unión, lo que se

⁷² En ambos Reglamentos la libertad que se ofrece a los esposos o miembros de la unión se limita a la “ley de un Estado”. Cabría preguntarse si la libertad ofrecida a las partes incluye la posibilidad de elegir un derecho no estatal como serían los Principios de Derecho Europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges elaborados por la Comisión sobre Derecho Europeo de Familia o el Acuerdo franco-alemán que establece un régimen facultativo de participación en ganancias. Teniendo en cuenta que los Reglamentos se refieren a la ley de un Estado, la posibilidad de optar por los principios o por el régimen económico matrimonial de participación previsto en el Acuerdo franco-alemán, dependerá del margen de autonomía material de las partes previsto en la ley aplicable al régimen económico matrimonial o relaciones patrimoniales, determinada por los Reglamentos. En el mismo sentido González Beilfuss respecto del art. 5 del Reglamento Roma III, C. González Beilfuss, “Article 5”, en S. Comeloup (dir.): *Le droit européen du divorce. European Divorce Law*, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 549.

⁷³ I. Viarengo, “Choice of law agreements...”, *loc. cit.*, p. 5-7.

⁷⁴ Téngase en cuenta que el art. 5 del Reglamento Roma III habla de cónyuges por lo que no permite la elección de la ley aplicable al divorcio con anterioridad a la celebración del matrimonio. Además, sólo admite la elección de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro. No admite, por tanto, la ley de la residencia habitual de una de las partes. Sobre el art. 5 del Reglamento Roma III ver: R. Espinosa Calabuig: “Elección de una ley por las partes al divorcio y a la separación judicial: la solución “LIMITADA” del reglamento Roma III”, en I. Queirolo y otros (eds.), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, Aracne, 2014, pp. 211-237; C. González Beilfuss, “Article 5”, *loc. cit.*, pp. 545-555.

⁷⁵ Por su parte el art. 8 del Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias prevé que las partes puedan pactar, en cualquier momento, la aplicación de una de las siguientes leyes: a) la ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación; b) la ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación; c) la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; d) la ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación. En este caso las conexiones utilizadas hace la coordinación más fácil.

deduce de la literalidad de los preceptos al referirse respectivamente a ‘futuros cónyuges’ o ‘futuros miembros de una unión’. Un segundo momento, en el que los cónyuges o pareja cambiarían la elección de ley realizada anteriormente o determinarían ésta en un momento posterior. En este segundo caso las leyes elegibles son las mismas que en la primera elección.⁷⁶ Continúa siendo una autonomía de opción. Los cónyuges pueden, por tanto, cambiar la ley aplicable a su régimen económico matrimonial durante el matrimonio. Cuando la elección llevada a cabo por los cónyuges se realiza en un momento posterior, el legislador europeo prevé además de una autonomía de opción importantes limitaciones en aras de la protección de los terceros de buena fe. En primer lugar, el art. 22 en su segundo apartado establece que “*salvo acuerdo en contrario de los cónyuges, todo cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuado durante el matrimonio solo surtirá efectos en el futuro*”. Dicho cambio, tiene por tanto un efecto irretroactivo, salvo pacto en contrario⁷⁷. La retroactividad podría generar muchos inconvenientes. Piénsese, por ejemplo, en situaciones en las que el cambio de ley aplicable, implica un cambio de régimen económico y éste un cambio en el régimen de bienes (lo que se adquirió bajo un régimen de separación luego pasa a estar regulado por un régimen de gananciales)⁷⁸. De ahí que el legislador europeo opte por la irretroactividad. Ahora bien, salvo que los cónyuges decidan lo contrario, la irretroactividad podría llevar ciertamente a un *depeçage* y romper uno de los principios angulares sobre los que pivota el Reglamento, i.e., el principio de unidad de ley aplicable. La quiebra de este principio puede generar también muchos problemas y de ahí que parte de la doctrina haya mostrado su preferencia por la aplicación con efectos *ex tunc* de una única ley para regir los bienes del matrimonio⁷⁹. No obstante, en nuestra opinión en este caso la protección del tercero de buena fe y, en definitiva, la protección del tráfico jurídico cede ante el principio de unidad de ley aplicable. Es precisamente esa preocupación por la salvaguarda del tercero de buena fe lo que lleva al legislador europeo a establecer que incluso en el caso de que los cónyuges pactaran el efecto retroactivo, “*Ningún cambio retroactivo de la ley aplicable efectuado en virtud del apartado 2 afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de dicha ley*”. Dicha protección es esencial para el buen funcionamiento del tráfico jurídico⁸⁰.

⁷⁶ En la Propuesta había dos art. el art. 16 y el art. 18, hoy refundidos en el art. 22. P. Quinzá Redondo, *Régimen económico matrimonial...*, op. cit, p. 359.

⁷⁷ Téngase en cuenta también el considerando 46: “Para garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y prevenir cualquier modificación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin notificación a los cónyuges, no debe cambiarse la ley aplicable al régimen económico matrimonial sin la manifestación expresa de la voluntad de las partes. El cambio decidido por los cónyuges no debe surtir efectos retroactivos, salvo disposición contraria expresa por su parte. En todo caso, no podrá perjudicar los derechos de terceros.”

⁷⁸ P. Quinzá Redondo, *Régimen económico matrimonial...*, op. cit, p.360.

⁷⁹ En contra de la solución del Reglamento y en defensa de la aplicación de una única ley con efectos *ex tunc* Vid. P. Quinzá Redondo, *Régimen económico matrimonial...*, op. cit, p.360.

⁸⁰ Respecto de la protección de terceros, téngase en cuenta también el art. 28 cuando dispone: “1. No obstante lo dispuesto en el art. 27, letra f), la ley aplicable al régimen económico matrimonial entre los cónyuges no podrá ser invocada por uno de los cónyuges frente a un tercero en un litigio entre el tercero y cualquiera de los cónyuges o ambos, salvo que el tercero conociera o, actuando con la debida diligencia, debiera haber tenido conocimiento de dicha ley.

2. Se considerará que el tercero conoce la ley aplicable al régimen económico matrimonial, si:

a) dicha ley es: i) la ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero, ii) la ley del Estado en el que el cónyuge contratante y el tercero tengan su residencia habitual, o iii) en el caso de los bienes inmuebles, la ley del Estado en el que se halle el bien, o

b) cualquiera de los cónyuges hubiera cumplido con los requisitos para la divulgación o el registro del régimen económico matrimonial especificados por: i) la ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero, ii) la ley del Estado en el que el cónyuge contratante y el tercero tengan su residencia habitual, o iii) en el caso de los bienes inmuebles, la ley del Estado en el que se halle el bien.

3. En el caso de que la ley aplicable al régimen económico matrimonial no pueda ser invocada por uno de los cónyuges ante un tercero de conformidad con el apartado 1, los efectos del régimen económico matrimonial frente a dicho tercero se regirán:

a) por la ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero, o

b) en el caso de los bienes inmuebles o de los bienes o derechos registrados, por la ley del Estado en el que se halle el bien inmueble o en el que estén registrados los bienes o derechos”.

Se trata de una autonomía conflictual, también denominada *professio iuris*⁸¹, en el sentido de que las partes determinan el ordenamiento (ley) que regirá su régimen económico. La ley elegida por las partes será la aplicable a las relaciones patrimoniales en lugar de la ley determinada por los Reglamentos de forma objetiva y aplicable en defecto de elección. Dicha ley engloba todas las disposiciones de Derecho civil material⁸² que rigen el régimen económico matrimonial y las relaciones patrimoniales de las uniones registradas⁸³, régimen primario y secundario. Los cónyuges o futuros cónyuges pueden, ya elegir la ley de un Estado como aplicable a su régimen económico matrimonial y en tal caso regirá (si no se especifica lo contrario) el régimen legal supletorio de ese Estado, ya realizar capitulaciones matrimoniales y someterlas o no a la ley de un determinado Estado.⁸⁴

En el segundo caso (régimen pactado), los cónyuges pueden bien someter sus capitulaciones a la ley de un Estado determinado (autonomía conflictual) siendo uno de los pactos la propia elección del ordenamiento jurídico. En tal caso veremos que existen unos requisitos formales para ese acuerdo. Ya otorgar directamente capitulaciones o pactos (autonomía material), sin someterlos a un ordenamiento determinado. En ese caso la ley determinada aplicable, en defecto de elección por las partes, regirá la validez de dichos pactos. En caso de elección del ordenamiento regulador de las capitulaciones, será el ordenamiento elegido el que determinará la validez material (autonomía material) de los pactos. Es decir, qué contenidos admiten las capitulaciones en tanto que referidas al régimen económico matrimonial, si pueden alterar o no el régimen legal, si pueden pactarse o no en previsión de una futura ruptura (por ejemplo, la admisión de un pacto de renuncia de pensión de trabajo para la casa). Como afirma Quinzá Redondo la ley aplicable al régimen económico matrimonial marcará los límites a la libertad de las partes, es decir, todo aquello que las partes no pueden derogar por pacto y que, como hemos visto, en muchos ordenamientos se denomina 'régimen primario'. Y ello, sin perjuicio, de que algunas de estas normas imperativas se eleven a la categoría de leyes de policía (por ejemplo, las relativas a la vivienda conyugal) y en consecuencia, en ciertos casos, reclamen su aplicación y no puedan ser descartadas través de la autonomía conflictual. Como veremos y analizaremos con posterioridad, los propios Reglamentos prevén como límite a la autonomía de la voluntad la aplicación de las normas de policía del foro. La cuestión clave será determinar qué normas pertenecientes al régimen primario merecen ser calificadas como leyes de policía, aplicables por tanto a toda situación, nacional e internacional.

B) Ley aplicable en defecto de elección

Si las partes no han sometido sus capitulaciones a un ordenamiento jurídico determinado, la validez material de las mismas se regirá por la ley que establece el art. 26 de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104. Es decir, en el caso en que las partes hayan hecho capitulaciones en aras de determinar, modificar o sustituir sus relaciones patrimoniales, pero no hayan hecho uso de la autonomía conflictual, la ley aplicable vendrá determinada por lo previsto en el art. 26. En el caso del Reglamento (UE) 2016/1103, dicho precepto establece una norma de conflicto con puntos de conexión subsidiarios en cascada, i.e., la ley aplicable será la ley del Estado: a) de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o, en su defecto, b) de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, c) con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

⁸¹ C. Kohler, "L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes", *Les Livres de Poche de l'Académie de droit international de La Haye*, 2013, p. 39.

⁸² Téngase en cuenta que los Reglamentos excluyen el reenvío (art. 32).

⁸³ Por ello, es lógico que el ordenamiento seleccionado incluya no solo las normas dispositivas sino también las normas imperativas, es decir, todo aquello que las partes no pueden derogar por pacto y que, como hemos visto, en muchos ordenamientos se denomina 'régimen primario'.

⁸⁴ En el primer caso (autonomía conflictual), si existieran en un mismo ordenamiento distintos regímenes económicos, es posible que los cónyuges quisieran elegir no el régimen supletorio sino otro de los previstos. Será la ley de ese Estado la que fijará el alcance material de la autonomía y determinará la posibilidad de dicha elección (autonomía material).

Parece claro que el Reglamento busca la aplicación de una ley previsible para las partes y que a su vez presente una vinculación con el matrimonio⁸⁵. Se considera que la ley objetivamente más próxima es la ley de la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio. Dicha ley prevalece sobre la ley de la nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio en consonancia con lo previsto en los reglamentos que conforman el bloque normativo de derecho familia y sucesiones⁸⁶. Quizás lo más destacable desde la perspectiva de las capitulaciones matrimoniales es el momento en que el legislador fija las conexiones previstas. Ya hemos visto que es posible realizar capitulaciones o pactos matrimoniales antes de la celebración del matrimonio (pactos prematrimoniales). La conexión principal, sin embargo, se valora una vez celebrado el matrimonio. Es muy posible que la residencia habitual en ambos momentos coincida en cuyo caso no habrá problema. Ahora bien, también es posible que no coincida pues aunque los pactos tendrán eficacia a partir de la celebración del matrimonio nada impide que exista un lapso de tiempo entre su otorgamiento y la celebración del matrimonio. En Derecho catalán, por ejemplo, ese lapso de tiempo puede llegar a ser incluso de un año⁸⁷. Es más hay ordenamientos que exigen un mínimo de tiempo entre esas dos fechas para evitar abusos y la toma de decisiones poco meditadas⁸⁸. La fijación de la conexión residencia habitual común en un momento posterior a la celebración del matrimonio pone en peligro la validez de las capitulaciones realizadas conforme a la ley de la residencia habitual común en el momento del otorgamiento.

Ahora bien, también es cierto, que la eficacia de los pactos se reclamará generalmente en un procedimiento de separación o divorcio o a la muerte de uno de los cónyuges. Ello implicará la existencia de un lapso de tiempo importante entre el momento de la celebración de las capitulaciones y el de aplicación de la norma de conflicto por el juez o autoridad (momento de la separación o divorcio o de la sucesión). Es decir, puede ocurrir que en el momento de la liquidación del régimen económico la conexión objetiva ya no sea próxima al matrimonio por haberse producido un cambio en las circunstancias personales de los esposos (cambio de la residencia habitual). Este cambio no produce un cambio de ley aplicable. En el caso de que los esposos hayan elegido la ley aplicable, esa ley permanece a pesar de que cambie el punto de conexión en el tiempo⁸⁹. En este sentido el legislador europeo ha primado claramente la voluntad de las partes en aras de la previsibilidad y seguridad jurídica. Cuando los cónyuges no han elegido la ley aplicable, en cambio, el art. 26.3º Reglamento (UE) 2016/1103 prevé una cláusula de excepción que permite corregir la falta de vinculación con la ley señalada objetivamente. En efecto, el legislador comunitario consciente de las disfunción señalada prevé la posibilidad de excepcionar la aplicación de la ley de la primera residencia habitual común en el momento de la celebración del matrimonio a instancia de cualquiera de los cónyuges, a favor de la ley del Estado de la última residencia habitual común si se dan dos requisitos: a) los cónyuges han de haber pasado un período de tiempo considerablemente más largo en el Estado de la última residencia habitual común y b) ambos cónyuges se basaron en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales. La ley de ese otro Estado se aplicará desde la celebración del matrimonio, a menos que uno de los cónyuges no esté de acuerdo. En tal caso, sólo surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado. Sin perjuicio de la difícil interpretación de esta excepción lo cierto es que cuando los cónyuges han hecho capitulaciones matrimoniales pierde su razón de ser pues la autonomía de las partes debe primar. De ahí que el propio 26.3 *in fine* descarte la aplicación de la excepción cuando los cónyuges hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, a no ser que estas se estipularan tras el establecimiento de su última residencia habitual común⁹⁰.

⁸⁵ J.C. Fernández Rozas, "Un hito más en la...", *loc. cit.*, p. 15.

⁸⁶ P. Quinzá Redondo, "La unificación...", *loc. cit.*, p. 208.

⁸⁷ Según el art. 231-19 (2) "Los capítulos matrimoniales pueden otorgarse antes o después de la celebración del matrimonio. Los otorgados antes solo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio y caducan si el matrimonio no llega a celebrarse en el plazo de un año."

⁸⁸ En el Derecho catalán se establece que en el caso de pactos prematrimoniales éstos deben celebrarse antes de los 30 días anteriores a la celebración del matrimonio.

⁸⁹ I. Viarengo, "The EU Proposal...", *loc. cit.*, p. 215.

⁹⁰ Vid. las dificultades interpretativas en P. Quinzá Redondo, "La unificación...", *loc. cit.*, p. 209.

En defecto de residencia habitual común tras la celebración del matrimonio, la ley que regirá la validez de las capitulaciones será la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. En este caso el Reglamento no prevé ninguna cláusula de excepción similar a la del art. 26.3°. Finalmente, y a falta de nacionalidad común, el Reglamento prevé una conexión de cierre flexible que lleva a la aplicación de la ley más vinculada a los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. Considerando la aplicación de esta conexión en el supuesto que estamos examinando, esto es, cuando los cónyuges han hecho capitulaciones, la fijación de la vinculación estrecha en el momento de la celebración del matrimonio puede acarrear las mismas dificultades que hemos señalado respecto de la conexión principal y que tampoco encuentran correctivo. Por su parte, el art. 26 del Reglamento (UE) 2016/1104 establece que en defecto de elección la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada será la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada. Será por tanto la ley de registro la que determine la validez material de las capitulaciones realizadas por la pareja.

El párrafo 3 del art. 26 Reglamento (UE) 2016/1104 añade una excepción prácticamente idéntica a la descrita anteriormente permitiendo al juez descartar la ley de registro en favor de la ley de la última residencia habitual común si se dan ciertas condiciones. Ahora bien, dicha excepción no entrará en juego cuando los miembros de la unión registrada hayan celebrado capitulaciones, a no ser que estas se estipularan tras el establecimiento de su última residencia habitual común.

2. Ley aplicable a la validez formal de las capitulaciones y del pacto de elección de ley aplicable

El papel del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito familiar es mucho más complejo que en el ámbito patrimonial⁹¹. La presencia de un interés público y la orientación del derecho de familia hacia la protección del más débil obligan a introducir, ya en la norma de Derecho internacional privado ya *a posteriori*, importantes limitaciones⁹². Dentro de los límites introducidos en la propia norma de conflicto hemos visto ya como el legislador europeo prevé lo que se conoce como una autonomía de opción. Ahora bien, al individualizar una de esas leyes como la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales, los cónyuges o futuros cónyuges o los miembros o futuros miembros de la unión, no realizarán su elección en función de la ley más estrechamente conectada a su relación sino que buscarán la ley que se ajuste y responda mejor a sus propios intereses y circunstancias⁹³. Para ello, habrá que examinar el contenido de esas leyes y de ahí la importancia, como señala González Beilfuss, de que la elección sea informada⁹⁴. En ese sentido habrá que conocer no solo la ley elegida sino también las ignoradas. De ahí que el propio art. 63 de ambos Reglamentos prevea el acceso a la información sobre el contenido de los derechos sustantivos de los Estados miembros en materia de regímenes económicos matrimoniales y relaciones patrimoniales entre miembros de las uniones registradas.

Por ello, junto a la limitación introducida por el legislador europeo a través de la autonomía de opción es necesario, en aras de proteger posibles desequilibrios o debilidades en la pareja, imponer un consentimiento informado que deviene principio fundamental del sistema comunitario⁹⁵.

Para garantizar ese consentimiento informado, los arts. 23 a 25 de ambos Reglamentos establecen una norma material especial de Derecho internacional privado europeo que unifica a nivel sustantivo los requisitos formales de ese consentimiento así como tres normas de conflicto, una relativa a la ley aplicable a los requisitos formales del acuerdo de elección cuando sean superiores a los previstos por el legislador

⁹¹ J. Carruthers, "Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place for Party Choice in Private International Law?", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 61, n° 4, 2012, pp. 881–913, 912. B. Añoberos Terradas, "Los pactos sucesorios vinculados a la transmisión de la empresa familiar desde la perspectiva del derecho interregional", *El nou Dret Successori del Codi de Catalunya*, Girona, Documenta Universitaria, 2009; *id.*, "Tratamiento conflictual de los pactos sucesorios en Derecho internacional privado español", *Perspectivas del Derecho Sucesorio en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 157–174.

⁹² Sobre dichas limitaciones en los Reglamentos ver: M. Vinaixa Miquel, "La autonomía de la voluntad...", *loc. cit.*, pp. 274–313; B. Añoberos Terradas, "Autonomía de la voluntad conflictual...", *loc. cit.*, en prensa.

⁹³ C. González Beilfuss, "Article 5", *loc. cit.*, pp. 549.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 549.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 550.

européo, otra que prevé la ley aplicable a la validez material de ese acuerdo de elección⁹⁶ y finalmente el art. 25 que establece una norma respecto la validez formal de las capitulaciones matrimoniales y de las capitulaciones de la unión registrada.

En cuanto a los requisitos de forma del acuerdo de elección, el art. 23 de ambos Reglamentos prevé una norma material especial exigiendo que el acuerdo se exprese por escrito (incluyendo la comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo), esté fechado y firmado por las partes. Dicha exigencia es relevante pues de lo contrario la efectividad del consentimiento informado dependería del Derecho aplicable a la validez formal del acuerdo de elección y, por tanto, de los requisitos impuestos por éste. A través de la norma material especial, el legislador europeo establece unos requisitos formales mínimos. Así lo indica el propio considerando 47 al establecer “[C]omo mínimo el acuerdo sobre la elección de la ley aplicable debe expresarse por escrito, fechado y formado por ambas partes”. Ahora bien, lo combina con una norma de conflicto materialmente orientada que permite aplicar los requisitos formales adicionales de ciertas leyes estrechamente vinculadas a la situación. Téngase en cuenta, que ese acuerdo de elección de ley probablemente formará parte de unos acuerdos o capitulaciones matrimoniales y que en este ámbito es muy frecuente que los ordenamientos jurídicos refuercen la exigencia de requisitos en la formación del acuerdo con el objetivo de asegurar la integridad del consentimiento, exigiendo por ejemplo forma *ad solemnitatem* (escritura pública, capitular o no capitular)⁹⁷. También es muy común exigir que el notario, antes de autorizar la escritura haya de informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que se pretenden introducir respecto del régimen legal supletorio y deba advertirles del deber recíproco de proporcionar información sobre su patrimonio, ingresos, etc⁹⁸.

De esta forma se prevé la aplicación de la ley de la residencia habitual de los cónyuges si ésta establece requisitos de forma adicionales y en caso de que los cónyuges tengan su *residencia habitual en distintos Estados miembros en el momento de la celebración del acuerdo y las leyes de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes para las capitulaciones matrimoniales, el acuerdo será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos leyes. Y si, en la fecha de celebración del acuerdo, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro y la ley de ese Estado establece requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos serán de aplicación*. A diferencia de lo previsto en el art. 7 del Reglamento Roma III respecto de la ley aplicable a la validez formal del acuerdo de elección por el que los esposos eligen la ley aplicable a la separación o al divorcio, los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 no limitan la aplicación de requisitos formales adicionales a los supuestos en que estos están previstos en leyes de Estados participantes en la cooperación reforzada, aunque sí exige que sean Estados miembros⁹⁹.

El art. 25, por su parte, establece una norma de conflicto específica respecto a la validez formal de las capitulaciones matrimoniales, con el fin de *facilitar que los derechos económicos matrimoniales adquiridos de resultas de las capitulaciones sean aceptados en los Estados miembros* (considerando 48). Se trata de una norma casi idéntica al art. 23 ya examinado salvo en su apartado 3 donde se añade una remisión a la ley aplicable al régimen económico matrimonial cuando ésta imponga requisitos formales adicionales. También en este caso los Reglamentos limitan la aplicación de requisitos formales adicionales cuando

⁹⁶ En cuanto a la validez material, esto es, por lo que respecta a la propia existencia de acuerdo y si el consentimiento prestado por ambos es válido o adolece de algún vicio, el art. 24 remite a la ley elegida por las partes a modo de ley hipotética. Además, se establece que uno de los cónyuges, para establecer que no ha dado su consentimiento, podrá invocar la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el apartado 1.

⁹⁷ En Derecho americano el § 7-04 de los Principios ALI es especialmente riguroso en los temas de formación del acuerdo. En Derecho catalán, el Cc Cat. en su art. 231.20 prevé que estos pactos se puedan otorgar bien en capítulos matrimoniales o en escritura no capitular.

⁹⁸ Art. 231.20.2 Cc Cat.

⁹⁹ Sobre el art. 7 del Reglamento Roma III ver: C. González Beilfuss, “Article 7”, en S. Comeloup (dir.), *Le droit européen du divorce. European Divorce Law*, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 561–565.

estos estén previstos en leyes pertenecientes a Estados miembros (apartado 2), i.e., cuando los cónyuges o miembros de la pareja o al menos uno de ellos tengan su residencia habitual en un Estado miembro. No obstante, dicha limitación no está prevista cuando esos requisitos formales adicionales los imponga la ley aplicable al régimen económico matrimonial.

Nada se dice de los supuestos en los que los cónyuges o miembros de la Unión tienen su residencia habitual en un Estado tercero y este exija requisitos formales adicionales. No parece lógico, dado el carácter universal de ambos Reglamentos, este trato diferenciado entre Estados miembros y Estado terceros, máxime habiéndose corregido la discriminación prevista en el Reglamento Roma III entre Estados participantes en la cooperación y no participantes. Si la finalidad de la norma es aplicar las formalidades adicionales impuestas en leyes vinculadas a la pareja para de esta forma dar un plus protector que garantice el consentimiento informado, no tiene sentido limitar los supuestos a leyes de Estados miembros¹⁰⁰.

3. Leyes de policía y orden público del foro

Finalmente, los arts. 30 y 31 de ambos Reglamentos prevén las clásicas limitaciones al Derecho aplicable al régimen económico matrimonial y relaciones patrimoniales de la unión registrada a través de la aplicación de leyes de policía o de la excepción de orden público del foro. En el primer caso, el juez del foro aplica sus normas de policía o internacionalmente imperativas, i.e. aquellas cuya observancia considera esencial un Estado para salvaguardar sus intereses públicos, como la protección de la organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de una unión registrada en virtud de las normas previstas en los reglamentos¹⁰¹. Son normas que permiten al juez o autoridad competente del foro excepcionar el normal juego de la norma de conflicto y aplicar excepcionalmente dicha ley¹⁰². En el segundo caso, consideraciones de orden público permiten que el juez o autoridad competente del foro inapliquen la ley elegida por las partes (o determinada de forma objetiva) al ser manifestamente contraria o incompatible con el orden público de dicho Estado. Ahora bien, tal y como se indica en los considerandos 53 de ambos Reglamentos, los tribunales del foro no deben ampararse en dicha excepción con el fin de descartar la ley de otro Estado cuando ello sea contrario a la CDFUE y, en particular, a su art. 21 sobre el principio de no discriminación.

El refuerzo del papel de la autonomía de la voluntad como técnica conflictual y material cumple, como hemos visto, la función de aumentar la seguridad jurídica y certeza en las relaciones privadas transfronterizas, lo que permitirá una mayor movilidad de los ciudadanos europeos. Tal función se vería claramente truncada si se permitiera descartar fácilmente ya la ley elegida por los cónyuges ya la ley aplicable objetivamente a la validez material de las capitulaciones. No obstante, esta ampliación del papel de la autonomía de la voluntad en Derecho de familia requiere ciertas cautelas en aras de proteger al miembro más vulnerable o débil. Por ello, deben imponerse límites a la autonomía de la voluntad, ya en la propia norma de conflicto ya *a posteriori* a través de los correctivos que ahora se examinan pero que en ningún caso deberían llegar a desvirtuar por completo el rol asignado a la voluntad de las partes¹⁰³. De ahí, que el propio articulado defina las normas de policía y que, tanto el preámbulo como el art. 31, insistan en el carácter realmente excepcional de la excepción de orden público. También la necesidad de observar lo previsto en la Carta de Derechos Fundamentales y especialmente el art. 21 donde se consagra el principio de no discriminación, impedirán la utilización indiscriminada por parte del juez de dichas excepciones.

La cuestión clave será determinar lo que los Estados consideran como normas internacionalmente imperativas y que, por tanto, encuentran cabida en la definición dada por el propio legislador europeo así

¹⁰⁰ En este mismo sentido M. Vinaixa Miquel, “La autonomía de la voluntad...”, *loc. cit.*, p. 293.

¹⁰¹ Definición que da el art. 30 Reglamento 2016/1103 y Reglamento 2016/1104.

¹⁰² Considerando 53.

¹⁰³ B. Añoveros Terradas: “Autonomía de la voluntad conflictual...”, *loc. cit.*, en prensa.

como el contenido del orden público de los Estados miembros. Corresponde a los Estados miembros determinar el carácter de norma de policía y definir el contenido del orden público. El legislador europeo, pone como ejemplo de normas de policía las normas para la protección de la vivienda familiar¹⁰⁴. Normas cuyo objeto es proteger la vivienda familiar y que forman parte, en la mayoría de ordenamientos, del régimen primario, i.e. del conjunto de normas de contenido esencialmente patrimonial aplicables a todo matrimonio, cuya naturaleza es imperativa y que, por tanto, no admiten pacto en contrario. Quizás no todas las normas pertenecientes al régimen primario pertenezcan a la categoría de normas internacionalmente imperativas, aunque lo cierto es que a través de muchas de ellas los Estados persiguen la salvaguarda de intereses y políticas públicas. De esta forma el régimen primario del foro se impondrá probablemente sobre el régimen primario de la ley elegida por las partes o de la aplicable a las capitulaciones en defecto de elección.

En cuanto a la inaplicación de la ley aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges o miembros de la unión registrada por ser manifiestamente contraria al orden público de foro, los mayores problemas se plantearán respecto de matrimonios o uniones entre personas del mismo sexo, así como de normas previstas en determinados ordenamientos (generalmente de terceros Estados) que atenten contra el principio de no discriminación (por ejemplo, la poligamia y el repudio y sus efectos al liquidar el régimen económico matrimonial)¹⁰⁵. En cuanto a los matrimonios y uniones de personas del mismo sexo, hemos visto que los Reglamentos no obligan a los Estados participantes a aplicarlos a relaciones que no reconozcan¹⁰⁶. En ese sentido el legislador europeo parte del carácter neutro de los nuevos Reglamentos respecto de la orientación sexual, dejando en manos de cada Estado la decisión de aplicar o no cada instrumento. Una vez tomada la decisión por parte de un Estado de aplicar uno de los Reglamentos a un matrimonio o unión del mismo sexo no cabrá posteriormente recurrir a la excepción de orden público por el sólo hecho de desconocer la ley foro ese matrimonio o unión.

Ahora bien, no necesariamente el orden público o las normas internacionalmente imperativas del foro cumplirán esa función de protección señalada con anterioridad. Por ejemplo, cuando el Estado de situación de la vivienda conyugal (que no tiene por qué coincidir con el foro) imponga normas internacionalmente imperativas. Hubiera sido más acertado no limitar la aplicación de normas internacionalmente imperativas a las del foro. Por otro lado, ya se ha visto que es posible que entre el momento en que las partes celebran el acuerdo (ya de elección de ley ya las capitulaciones) y el momento en que dichos pactos reclaman su eficacia haya pasado un largo periodo de tiempo en el que las circunstancias de la pareja hayan variado enormemente. Sin perjuicio de la excepción prevista en el art. 26.3º de los Reglamentos que permite al juez descartar la aplicación de la ley objetivamente aplicable a favor de otra ley en principio más vinculada si se dan varios condicionantes y de forma muy limitada caso de existir capitulaciones, hubiera sido deseable que el legislador europeo hubiera incluido un correctivo similar al previsto en el art. 8(5) de Protocolo de la Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Según dicha disposición “*A menos que en el momento de la designación las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada, ésta no se aplicará cuando conlleve consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes.*” Ello permitiría utilizar el correctivo en caso de elección de ley por las partes y de una forma más flexible. Una cláusula de escape de este tipo está fundamentada en consideraciones de justicia material que en el ámbito del Derecho de familia en ocasiones deben ceder a la justicia conflictual. A pesar de los riesgos que implica un correctivo de este tipo pues inevitablemente limita la voluntad de las partes, la posibilidad prevista en la norma de dejarla sin efecto si en el momento de la designación las partes son debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada, los minimiza¹⁰⁷.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ P. Quinzá Redondo, *Régimen económico matrimonial...*, op. cit., p. 375.

¹⁰⁶ Art. 9 de ambos Reglamentos.

¹⁰⁷ Vid. el Informe Explicativo del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias realizado por A. Bonomi (parr. 151). El Informe puede consultarse en http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=3&cid=133.

IV. Consideraciones finales: unidad v. fraccionamiento

El análisis realizado hasta el momento ha puesto de manifiesto la relevancia de la calificación funcional de cada pacto para de este modo subsumirlo en el supuesto de hecho de la norma de conflicto correspondiente. Cuando esa calificación corresponda al ‘régimen económico matrimonial’ o ‘relaciones patrimoniales de la unión registrada’ el régimen conflictual será el previsto en los Reglamentos comunitarios sobre regímenes económicos matrimoniales y relaciones patrimoniales de las uniones registradas. En su defecto, habrá que ver si es posible calificar el acuerdo de tal forma que pueda subsumirse en una de las categorías jurídicas comprendidas en alguno de los Reglamentos comunitarios que conforman el bloque normativo dedicado al Derecho de familia y sucesiones.

El resultado de la aplicación de diferentes normas de conflicto dependiendo de la función que desempeñen los diferentes pactos matrimoniales, nos lleva a un potencial fraccionamiento o *depeçage*, es decir, la posibilidad de aplicar distintas leyes a los diferentes pactos matrimoniales (probablemente previstos en una única escritura capitular) dependiendo de su función y contenido. Aunque es cierto que el principio de unidad presenta ventajas innegables también lo es que éste debe ceder en determinados casos. Sí es importante, sin embargo, que las normas previstas en los diferentes Reglamentos estén coordinadas entre sí, de tal forma que permitan a las partes mantener la unidad de ley aplicable.

Por otro lado, también se ha visto, que la ley aplicable a la validez material o formal de los pactos puede verse desvirtuada en ciertos casos excepcionales por la aplicación ya de normas internacionalmente imperativas o por la excepción de orden público del foro. En este caso hemos defendido que hubiera sido deseable ampliar un poco esa excepcionalidad a la aplicación de otras leyes también de naturaleza internacionalmente imperativa y estrechamente vinculadas a la situación. Finalmente, echamos de menos la potencial aplicación de un correctivo que tenga en cuenta el cambio sobrevenido de circunstancias.

Bibliografía

- Amores Conradi, M. A.: “Efectos del matrimonio”, en J. González Campos (ed.), *Derecho internacional privado. Parte espacial*, 6 ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 329–354.
- Añoveros Terradas, B.: “Los pactos sucesorios vinculados a la transmisión de la empresa familiar desde la perspectiva del derecho interregional”, *El nou Dret Successori del Codi de Catalunya*, Girona, Documenta Universitaria, 2009.
- : “Tratamiento conflictual de los pactos sucesorios en Derecho internacional privado español”, *Perspectivas del Derecho Sucesorio en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 157–174.
- : “Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, vol. XI, 2010, pp. 441–469.
- : “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia” en J.J. Forner Delaygua y otros (coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 119–131.
- Álvarez González, S.: *Crisis matrimoniales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996, p. 158.
- Boele-Woelki, K. y otros (eds): *European Family Law in Action. Volume IV. Property Relations between Spouses*, Antwerp–Oxford–Portland, Intersentia, 2009.
- : *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2011.
- : *European family Law in Action. Volume V: Informal relationships*, Antwerp–Oxford–Portland, Intersentia, 2015.
- Bonomi, A.: “Arts. 36–38” en A. Bonomi y otros (eds.), *El Derecho Europeo de Sucesiones*, Cidur Menor, Thomson Reuters, 2015, pp. 474–486.
- Borrás, A.: “La falta de unificación del ámbito de aplicación del Derecho internacional privado comunitario”, en Badía Martí, A. y otros (coord.) *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 853–870.

- : “La expansión comunitaria: penetración en el ámbito del Derecho de familia y de sucesiones”, en S. Álvarez González (ed.): *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 65–89.
- : “States with more than one legal system (arts. 36–38)” en S. Bariatti y otros (eds.), *EU Cross-Border Succession Law*, Elgar Publishing, 2017.
- Carruthers, J.: “Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place for Party Choice in Private International Law?”, *International and Comparative Law Quarterly*, 61, 4, 2012, pp. 881–913.
- Diago Diago, M^a P.: *Pactos o Capitulaciones Matrimoniales en Derecho internacional Privado*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999.
- Dutta, A.: “Marital Agreements and Private Autonomy in Germany”, en J. M. Scherpe, (ed.) *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012, p. 172.
- Espinosa Calabuig, R.: “Elección de una ley por las partes al divorcio y a la separación judicial: la solución “Limitada” del reglamento Roma III”, en I. Queirolo y otros (eds.), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, Aracne, 2014, pp. 211–237.
- Fernández Rozas, J. C.: “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, n^o 40, septiembre 2016, pp. 3–29.
- Fontanellas Morell, M.: “Una primera lectura de las Propuestas de Reglamento Comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C. Parra (dir.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Barcelona, Bosch, 2012, pp. 257–290.
- Ginés Castellet, N.: “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos pre-ruptura en el libro II del Código Civil de Cataluña”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n^o 727, sept.–oct. 2011, pp. 2577–2620.
- González Beilfuss, C.: “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un Espacio judicial común”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 117–186.
- : “The Proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, 2011, pp. 183–198.
- : “Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económico matrimoniales y sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Anuario de Derecho civil*, t. LXIV, fasc. III, 2011, pp. 1149–1154.
- : “The unification of private international law in Europe: a success story?”, en K. Boele-Woelki y otros (eds.), *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 329–340.
- : “Article 5”, en S. Comeloup (dir.): *Le droit européen du divorce. European Divorce Law*, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 545–555.
- : “Article 7”, en S. Comeloup (dir.): *Le droit européen du divorce. European Divorce Law*, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 561–565.
- Jayme, E.: “Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *Recueil des cours*, tome 251, 1995.
- : “Party Autonomy in International and Succession law: New Tendencies”, *Yearb. Private Int’l L.*, vol. 11, 2009, pp. 1–10.
- Kohler, C.: “L’autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme”, *Les Livres de Poche de l’Académie de droit international de La Haye*, 2013.
- Lacruz Berdejo, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil IV. Familia*, 4^a edición, Barcelona, Dykinson, 2010.
- Lowe, N.: “Pre-nuptial agreements: the English position, text of the address prepared for the International Society of Family Law’s Colloquium on Family Law delivered on 11 October 2007 in Toledo, Spain”, *In Dret*, 1/2008, pp. 1–12.
- Marzal, T.: “The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law”, *Journal of Private International Law*, vol. 6, 1, 2010, pp. 155–193.
- Mota, H.: “El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la Propuesta de Reglamento “Roma IV”: algunos problemas y omisiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, n^o 2, pp. 428–447.
- Nagy, C. I.: “What functions may party autonomy have in international family and succession law? A EU Perspective”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 4, 2012, pp. 576–586.
- Peroz, H.: “Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux”, *La Semaine Juridique–Notarial et Immobilière*, n^o 29, 2016, pp. 33–39.

- Quinzá Redondo, P.: *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- : “La unificación –fragmentada– del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento (UE) 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 41 (2017), pp. 180–222, 183.
- Roca Trias, E.: “Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis”, *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Valencia, Tirant lo Blanch, vol. 2, 2006, pp. 2107–2140.
- : *Libertad y familia (Discurso leído el día 10 diciembre 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número por la Excma. Sra. D^a Encarnación Roca Trias)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012.
- Rodríguez Benot, A.: “La armonización del régimen económico matrimonial en la unión Europea: la propuesta de Reglamento marzo 2011” en C. Esplugues Mota y otros (eds), *Nuevas fronteras del Derecho de la unión Europea. Liber amicorum J.I. Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 555–571.
- Rodríguez Pineau, E.: *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2001.
- : “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta de reglamento del consejo”, *Anuario Español Derecho internacional Privado*, t. XI, 2011, 937–955.
- Sanders, A.: “Private Autonomy and Marital Property Agreements”, *Int’l Comp. L.Q.*, vol 59, 2010, pp. 571–603.
- Scherpe J. M. (ed.): *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2012.
- Solé Feliu, J.: “Comentario al art. 231–19 y 231–20 del Código Civil de Cataluña sobre el contenido de las capitulaciones matrimoniales y los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, en J. Egea i Fernandez y otros (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 139–161.
- Vaquero López, C.: “Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia. Apuntes sobre la codificación comunitaria de las normas sobre competencia judicial, conflicto de leyes y reconocimiento y ejecuciones de resoluciones judiciales”, *Anuario Español Derecho internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 195–208, p. 201.
- Viarengo, I.: “The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes. Some General Remarks”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, 2011, pp. 199–215.
- : “Choice of law agreements in property regimes, divorce, and succession: stress-testing the new EU Regulations”, *ERA Forum*, 2017, pp. 1–12.
- Vinaixa Miquel, M.: “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)”, *InDret*, 2017, 2, p. 274–313, p. 283–284.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMPARADO

EL CONTROL JURÍDICO–SOCIAL DE LA VOLUNTAD PRIVADA EN LAS INICIATIVAS INTERNACIONALES Y REGIONALES DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL *

Rosa M^a GARCÍA PÉREZ **

SUMARIO: I. Introducción. II. Pluralidad de técnicas de fiscalización contractual en los ordenamientos nacionales. 1. Vinculación de la ilicitud a las condiciones de validez contractual. 2. La ilicitud formulada mediante disposiciones generales de invalidez o de inadmisibilidad del cumplimiento contractual. 3. El casuismo característico de los sistemas *common law*. III. Derecho internacional uniforme. 1. Principios UNIDROIT. 2. Principios TransLex. IV. Derecho contractual europeo armonizado. 1. Código Europeo de Contratos. 2. Principios de Derecho Contractual Europeo y Marco Común de Referencia: A) Contratos contrarios a los principios fundamentales del Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea (arts. 15:101 PERL y II–7:301 DCFR); B) Contratos contrarios a normas imperativas (arts. 15:102 PECL y II–7:302 DCFR). 3. Revisados Principios de Derecho Contractual Europeo. V. Derecho comercial africano: Actas Uniformes OHADA. VI. Derecho comercial caribeño: Los Principios OHADAC. VII. Armonización del Derecho contractual en Latinoamérica y en el Sudeste Asiático. VIII. Conclusión.

RESUMEN: La fiscalización de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación internacional ha hecho su entrada en las propuestas más recientes de armonización del Derecho contractual. La diversidad de categorías, supuestos y efectos otorgados por los ordenamientos nacionales al contrato que vulnera exigencias imperativas, morales o intereses públicos ha sido tradicionalmente esgrimida para relegar el régimen de la ilicitud contractual a la *lex contractus*. Esta perspectiva ha cambiado en los últimos tiempos y a ello se dedica el presente trabajo, que analiza los expedientes técnicos articulados para un efectivo control de la licitud contractual en las diferentes iniciativas, internacionales y regionales, de armonización de la contratación internacional.

PALABRAS CLAVE: LÍMITES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN – ILICITUD CONTRACTUAL EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL – PERSPECTIVAS EUROPEA, AFRICANA Y CARIBEÑA DE LA ILEGALIDAD E INMORALIDAD CONTRACTUAL.

ABSTRACT: The legal and Social Control of Freedom of Contract in the International and Regional Initiatives of Harmonization of Contract Law

*The control of the principle of party autonomy in the field of international contracts has made its entry into the most recent proposals for harmonization of contract Law. The diversity of categories, cases and effects granted by national laws to the contract that violates mandatory rules, morality or public order has traditionally been used to relegate the regime of illegality to the *lex contractus*. This perspective has changed in recent times and this is the subject of this paper, which analyzes the technical proceedings employed to effectively control contractual legality in the various international and regional initiatives to harmonization contract law.*

KEY WORDS: LIMITATIONS OF FREEDOM OF CONTRACT – ILLEGAL CONTRACTS IN THE INTERNATIONAL INSTRUMENTS OF UNIFICATION ON CONTRACT LAW – ILLEGALITY AND IMMORALITY FROM THE EUROPEAN – AFRICAN AND CARIBBEAN PERSPECTIVES.

* Esta contribución se enmarca en el Proyecto de investigación DER2013–41156–P: “Derecho contractual comparado”, dirigido por el profesor S. Sánchez Lorenzo.

** Profesora titular de Derecho civil. Universidad de Granada (España).

I. Introducción

Tradicionalmente el control de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación internacional ha sido una materia relegada al régimen previsto por la ley nacional aplicable al contrato (*lex contractus*), una de cuyas funciones principales es “establecer el marco imperativo, dentro del cual los contratantes son libres para configurar el contrato”¹. Aun cuando la libertad de contratación y los límites a su operatividad por razones de prevalencia de intereses superiores previstos legalmente o derivados de estándares extralegales constituyen un lugar común, explícita o implícitamente reconocido en los instrumentos internacionales de armonización del Derecho contractual², la diversidad de categorías, supuestos y efectos, otorgados por los ordenamientos nacionales al contrato que vulnera exigencias imperativas, morales o intereses públicos, confieren a la materia cierta complejidad a efectos de su análisis comparativo, así como en orden a los ensayos de armonización internacional del Derecho contractual. Muestra de ello es que uno de los primeros y más relevantes hitos en el proceso armonizador de la contratación internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 abril 1980 (en adelante, CISG, de su denominación en inglés, *Convention on Contracts for the International Sale of Goods*)³, relega a la *lex contractus* lo relativo a la ilicitud por contravención de una norma, de la moral o del orden público, al excluir expresamente de su ámbito de aplicación las condiciones de validez del contrato [art. 4 a)]. Aun cuando la indefinición del alcance de esta exclusión pueda provocar algunas dudas interpretativas⁴, dadas las diferentes concepciones nacionales⁵, es unánime la consideración sobre

¹ Así P.A. de Miguel Asensio, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Dir. comm. int.*, vol. 12, n° 4, 1998, pp. 859–893, en especial, 867–868, quien sobre la *lex contractus* advierte “Las normas que establecen las exigencias a las que se subordina la validez y la existencia de los contratos constituyen el núcleo de las normas de Derecho de obligaciones que revisten carácter imperativo. Tales normas están destinadas a garantizar el respeto a los estándares mínimos de justicia en la formación y el contenido del contrato, previendo la invalidez de los negocios en los que el consentimiento de alguna de las partes (y su declaración) presenta importantes deficiencias (incapacidad, error, dolo, intimidación) o cuyo contenido es contrario a la ley, la moral o el orden público. Si bien la cuestión de qué contenidos infringen esos elementos es resuelta de manera dispar según los países, como consecuencia de las diversas tradiciones y políticas legislativas”.

² Vid. S. Vogenauer, “General Principles of Contract Law in Transnational Instruments” en *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Bale*. L. Gullifer and S. Vogenauer (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregón, 2014, pp. 292–310.

³ Sobre la influencia de la CISG en las propuestas internacionales de armonización contractual y en las legislaciones nacionales, así como sus lagunas en orden a articular un instrumento de unificación contractual global, vid. I. Schwenzer, “Global unification of contract law”, *Uniform L. Rev.*, vol. 21, 2016, pp. 60–74.

⁴ Señala M.P. Perales Viscasillas [“El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)”, 2001, accesible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>]: “El término validez del art. 4.a) CNUCCIM debe interpretarse acordemente con la sistemática del texto uniforme, más que en función del significado y alcance que se le otorgue en el Derecho nacional no uniforme, debiendo desvincularse su caracterización de la que se sigue en los diversos Derechos nacionales. En este sentido es claro que las normas de validez del Derecho interno no uniforme se ocupan de aspectos tales como cuestiones de capacidad de las partes, vicios del consentimiento, competencia y poder de un representante, asuntos de orden público, que no están expresamente reguladas por las reglas de la Convención. En cambio todo aquello que expresamente se reglamenta por la Convención –como los elementos que se especifican que deben formar parte de la oferta, fundamentalmente la cantidad y el precio–, se convierten en requisitos para la válida perfección del contrato”. Vid. M. Djordjević, “Article 4”, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas eds.), Munich, CH Beck, 2011, pp. 62–87; I. Schwenzer, “Divergent Interpretations: Reasons and Solutions”, *International Sales Law. A global Challenge*, ed. L. A. Dimatteo, Cambridge University Press, 2014, pp. 102–119, en especial, 113; U.G. Schroeter, “The Validity of International Sales Contracts. Irrelevance of the ‘Validity Exception’ in Article 4 Sales Convention and a Novel Approach to Determining the Convention’s Scope”, en *Boundaries and Intersections: The 5th Annual MAA Schlechtriem CISG Conference*, Eleven International Publishing, 2015, pp. 95–117.

⁵ Como advierte L. Rojo Ajuria (“Validez del contrato de ámbito de aplicación sustantivo de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n° 21, diciembre

la sustracción de la ilicitud de su campo de aplicación⁶.

Del mismo modo, la primera versión (1994) de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, publicados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado–UNIDROIT– (en adelante, Principios UNIDROIT), y la segunda (2004) excluían expresamente la ilicitud, como causa de invalidez del contrato en su art. 3.1º, cuyo comentario aclaraba las razones de la mencionada opción: “no toda la materia de la invalidez del contrato contemplada en los sistemas jurídicos nacionales se incluye en el ámbito de los Principios, como es el caso de la falta de capacidad de las partes, inmoralidad o ilegalidad. La complejidad inherente a cuestiones relativas al estado de las personas y orden público, como así también el diverso tratamiento que reciben estas cuestiones en los ordenamientos nacionales aconsejan su exclusión del ámbito de aplicación de los Principios. En consecuencia, materias como la validez de actos *ultra vires* y el contenido ilegal o inmoral de los contratos continuarán siendo materias reguladas por la ley aplicable”.

Inicialmente también los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante, PECL, de su denominación en inglés: *Principles of European Contract Law*)⁷ de la Comisión Lando, en la primera (1995) y segunda (1998) de su ediciones, comprensivas de las partes I y II, excluían de su ámbito lo relativo a la ilicitud contractual. El art. 4:101, relativo a la validez del contrato, advertía que “el presente capítulo no trata de la nulidad derivada de la ilicitud, de la inmoralidad o de incapacidad”. La razón de tal exclusión residía en la propia complejidad de la materia. Fue la Tercera Comisión sobre Derecho Contractual Europeo, la que tras analizar el tema propuso su inclusión y finalmente quedó incorporado en la Parte III de los PECL.

Han sido las nuevas propuestas internacionales o sus versiones más recientes las han incorporado una reglamentación de lo que, con carácter comprensivo de una extensa y rica casuística, se puede aglutinar bajo la denominación genérica de ilicitud contractual.

II. Pluralidad de técnicas de fiscalización contractual en los ordenamientos nacionales

Con el fin de valorar adecuadamente la reglamentación de la ilicitud contractual en los instrumentos internacionales o regionales de armonización del Derecho contractual, conviene detenerse brevemente en las técnicas empleadas por los ordenamientos jurídicos nacionales. En un afán de sistematización, tres son

1996, pp. 11–28, en especial, p. 24), “la validez de un contrato queda, de esta forma, subordinada a una serie de disposiciones que no son homogéneas ni equivalentes de un país a otro”.

⁶ No obstante, se reconoce que el cierre del proceso de una verdadera ley uniforme impone afrontar el tema de la ilicitud contractual, *vid.* N. Bar y N. Har-Sinay, “Contract Validity and the CISG: Closing the Loophole” (25 January 2008), disponible <http://www.articlesbase.com/law-articles/contract-validity-and-the-cisg-international-treaty-closing-the-loophole-315561.html>.

⁷ Los PECL, cuyas dos primeras partes fueron publicadas en 1999 [*vid.* O. Lando y H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000 –edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo, F. Martínez Sanz, *Principios de Derecho contractual europeo*, Partes I y II, Madrid, 2003, las citas se realizarán a esta edición–] y la tercera en 2003 [*vid.* O. Lando y H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer Law International, 2003 –edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo, F. Martínez Sanz, Madrid, 2007], han originado una copiosa bibliografía, entre otras obras: Díez-Picazo/Roca Trías/Morales Moreno, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002; S. Cámara Lapuente (coord.) *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003; S. Espiau Espiau y A. Vaquer Aloy (eds.), *Bases de un Derecho contractual europeo/Bases of a European contract law*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003; S. Sánchez Lorenzo y M. Moya Escudero (eds.), *La cooperación judicial en materia civil por y la unificación del Derecho Privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003; A. Vaquer Aloy (ed.), *La Tercera Parte de los Principios del Derecho Contractual Europeo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005. Sobre la influencia de los PECL en el Derecho español: I. González Pacanowska, “Los Principios Lando”, *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, dir. E. Bosch Capdevila, coord., Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, 2009, pp. 151–182. *Vid.*, también, O. Lando, “The European Principles in an Integrated World”, *European Rev. of Contract Law*, 1/2005, pp. 3–18.

los modelos apreciables⁸.

1. Vinculación de la ilicitud a las condiciones de validez contractual

Ha sido la técnica de control de los pactos entre particulares empleada por los sistemas romanistas. La repulsa de los contratos cuyo propósito sea contrario a normas imperativas, a las buenas costumbres o moral social imperante o al orden público se ha resuelto a través de los conceptos de licitud de la causa⁹ y del objeto¹⁰, concebidos ambos como elementos esenciales para la validez contractual.

Este expediente, iniciado con el *Code napoléonico* de 1808 (arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133) ha sido el empleado por los códigos civiles tributarios del Derecho francés o influenciados por él, en los que la causa por sí sola, o junto con el objeto contractual, han cumplido una función determinante en la delimitación contractual de los límites de la autonomía de la voluntad¹¹.

⁸ Para un análisis mucho más exhaustivo del tema, vid. R.M. García Pérez, “La ilicitud contractual”, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional* (S. Sánchez Lorenzo, ed.), t. I, Cizur Menor, Civitas–Thomson Reuters. Navarra, 2016, pp. 1079–1115.

⁹ Sobre las funciones y utilidad de elemento causal, así como sobre la posibilidad de su sustitución por otros expedientes, la bibliografía en los sistemas francés, español e italiano es extraordinariamente amplia, además de los tratadistas en materia de derecho de obligaciones y contratos, entre otros, Vid., G. Alpa y M. Bessone (coords.), *Causa e consideration*, Padova, 1984; E. Betti, *Teoría general del negocio jurídico* (traducción de A. Martín Pérez), 2ª ed., Madrid, 1959, pp. 132 ss.; H. Capitant, *De la cause des obligations (Contracts, Engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, París, 1923; L. H. Clavería Gosálbez, *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, pp. 149 ss.; J. Dabin, *La teoría de la causa* (traducción de F. Pelsmacker), Madrid, 1955; F. de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pp. 164 ss.; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoría del negozio giuridico*, Guiffirè, Milano, 1968; J. A. Martín Pérez, “La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición evidente y quizás aparente)”, *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, La Ley, Madrid 2006, pp. 281–303, en especial, pp. 292 ss.; y la obra colectiva dirigida por L. Vacca, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1997.

¹⁰ Noción de objeto, cuya delimitación conceptual, cuando falta una definición legal, ha generado controversia doctrinal, siendo referido tanto a las cosas y servicios de las prestaciones asumidas por los contratantes, a las propias prestaciones, en cuanto comportamientos de las partes, a las obligaciones derivadas del contrato, a la materia social sobre al que recae el vínculo e, incluso, al interés práctico de las partes. Vid. L. Díez Picazo y Ponce de León, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I (*Introducción a la teoría del contrato*), 6ª ed., Cizur Menor, Thomson–Civitas, 2007, pp. 229–234; M. J. Marín López, “El objeto del contrato”, en AA.VV. *Tratado de contratos*, I (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 589–590.

¹¹ Es el vigente de una forma u otra, con alcance y contenido diverso, en un amplio elenco de ordenamientos nacionales: *ad ex.*, arts. 591 y 592 Cc afgano; art. 633 Cc albanés; arts. 93–97 Cc argelino; arts. 1.004 y 1.014 Cc argentino de 2014; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc belga; arts. 452, 485, 489 y 490 Cc boliviano; art. 26.2 Código de Obligaciones búlgaro; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc burkinés; arts. 8, 27, 30 y 32 del Título I del Libro III del Cc burundés; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc camerunés; arts. 151 y 156 Cc catari; arts. 1.445, 1.462, 1.464, 1.466 y 1.467 Cc chileno; arts. 1.502, 1.519, 1.521 y 1.524 Cc colombiano; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc comorense; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc congoleño; arts. 627 y 631 Cc costarricense; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc dominicano; arts. 1.261, 1.271 y 1.275 ecuatoguineano; arts. 1.461, 1.478, 1.480, 1.482 y 1.483 Cc ecuatoriano; arts. 135 y 136 Cc egipcio; arts. 129 y 207 Cc emiratí; § 39 Código de Obligaciones esloveno; arts. 1.261, 1.271 y 1.275 Cc español; arts. 1.318 y 1.352 Cc filipino; arts. 649, 666 y 667 Cc guineano; arts. 903, 919, 922 y 923 Cc haitiano; arts. 1.552, 1.565, 1.567 y 1.570 Cc hondureño; arts. 1.320, 1.322, 1.335 y 1.137 Cc indonesio; arts. 1.343, 1.345, 1.346 y 1.418 Cc italiano; arts. 1.966, 1.968 y 1.971 Cc luisiano; art. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc luxemburgués; arts. 64, 90 y 92 de la Ley malgache 66–003 de 1966 sobre teoría general de las obligaciones; arts. 28, 53, 54 y 56 de la Ley maliense 87–31 de 1987 sobre régimen general de las obligaciones; arts. 966, 985 y 990 Cc maltés; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc marfileño; arts. 2, 57 y 62 del Código de las Obligaciones y Contratos marroquí; arts. 23, 77 y 82 del Código de las Obligaciones mauritano; arts. 47, 49, 51 y 52 de la Ley sobre contratos montenegrina; arts. 1.874, 2.473, 2.478 y 2.079 Cc nicaragüense; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc nigeriano; arts. 1.112, 1.122 y 1.126 Cc panameño; arts. 1.213, 1.223 y 1.227 Cc portorriqueño; arts. 1.385, 1.411 y 1.413 Cc quebequés; arts. 1.179 y 1.225, 1.236 Cc rumano; arts. 1.316, 1.333, 1.335, 1.337 y 1.338 Cc salvadoreño; arts. 47, 74 y 76 del Código de las Obligaciones Civiles y Mercantiles senegalés; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc togolés; arts. 2, 62 y 67 del Código de Obligaciones y Contratos tunecino;

Algunos ordenamientos, prescindiendo nominalmente de la causa como requisito para la validez del contrato, dejan el control de la licitud al objeto y al fin o motivo determinante de la voluntad de quienes contratan. Tal es el caso señaladamente de los siguientes ordenamientos: art. 166 Código civil brasileño; art. 1.251 Código civil guatemalteco; arts. 1.794, 1827 y 1830 Código civil mexicano; arts. 669 y 673 en relación con los arts. 299 y 357 Código civil paraguayo; arts. 1354 y 1403 Código civil peruano; arts. 280 y 281 Código civil portugués; arts. 271 y 272 Código civil timorense. Sigue una línea similar el Código civil etíope al decretar la nulidad del contrato si su objeto es ilegal o inmoral (art. 1808) o lo son las obligaciones asumidas por las partes (art. 1716) sin que, como regla general (arts. 1717 y 1718), sean relevantes los motivos que llevaron a las partes a celebrar el contrato.

Conviene advertir que la causa y el objeto han desaparecido como requisitos de validez del contrato en el Código civil francés, tras su reforma por *Ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, siguiendo la estela de los instrumentos de armonización internacional del Derecho de Contratos. El nuevo art. 1128 exige, como condición para la validez del contrato, además del consentimiento otorgado por las partes con la suficiente capacidad, un contenido lícito y cierto. No obstante esta exclusión, la función de control tradicionalmente asignada a la causa queda reflejada en el nuevo art. 1162 Cc francés, cuando advierte que el contrato celebrado no podrá sustraerse, ni en su contenido ni en su finalidad, a las reglas y principios de orden público, ya las conocieren o no las partes.

En España, recientes propuestas de modificación del Derecho contractual, o bien omiten directamente la causa como elemento contractual, sancionando la nulidad de pleno derecho del contrato “*contrario a una norma imperativa o prohibitiva o por razón de la ilicitud del fin perseguido por las partes*”, es el caso de la *Propuesta de Código Civil. Libros V y VI*, de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (arts. 521-1 y 527-1)¹², o bien matizan su tradicional entendimiento, como sucede con la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, obra de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, publicada en enero de 2009¹³, que alude al “conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes” (art. 1238.3)¹⁴, manteniendo la nulidad de los contratos con causa ilícita o inmoral (art. 1296).

La regla general, en orden a las consecuencias de la ilicitud en estos sistemas, es la nulidad de pleno derecho del contrato que vulnera normas imperativas, salvo que la propia norma establezca expresamente otro efecto o este pueda deducirse de la naturaleza y finalidad de la norma infringida, del sentido y significado de la *ratio iuris* que inspira tal norma¹⁵. En cambio, cuando el contrato adolece de este déficit estructural en su objeto o en la causa pero por contravención del orden público o de las buenas costumbres, la nulidad absoluta y la falta de producción de efectos no presenta excepciones¹⁶.

arts. 1.261, 1.282, 1.286 y 1.288 Cc uruguayo; arts. 1.141, 1.155 y 1.157 Cc venezolano; arts. 47, 49 y 51 de la Ley sobre Obligaciones yugoslava, vigente en Serbia).

¹² Vid., Asociación de Profesores de Derecho Civil (ed.), *Propuesta de Código Civil. Libros V y VI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 51.

¹³ *Bol. Inf. M° Just.*, año LXIII, enero de 2009, Suplemento. Una completa aproximación a los contenidos de la Propuesta se realiza en la obra colectiva dirigida por K.J. Albiez Dohrmann y coordinada por M.ª L. Palazón Garrido y M.ª M. Méndez Serrano, *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, 2011.

¹⁴ Así, A. Luna Serrano, “Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitoria del contrato”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre, 2010, vol. 2, n° 2, pp.140-148, esp. p. 148, quien pone de manifiesto que con tal reconducción a la idea del propósito práctico, la noción de causa queda remitida al concepto de contenido del contrato.

¹⁵ L. Díez Picazo y Ponce de León, *op. cit.*, p. 560; aspectos interpretativos de la norma infringida a los que algunos autores añaden a la hora de valorar el efecto de la contravención de la norma otros como los resultados desde el punto de vista de la justicia contractual o el principio de efectividad (así, A. Carrasco Perrera, “Comentario al art. 6.3 del Código civil” en *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, I-1, dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Edersa, 1992, p. 821 ss).

¹⁶ Advierte F. Galgano (*El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, 1992, p. 265): “El concepto de ilicitud manifiesta una contravención del contrato con el ordenamiento jurídico de mayor gravedad que la resultante de su contravención con las normas imperativas: la fórmula supone reprobación por el resultado que las partes, mediante el contrato, se proponen

La principal consecuencia de la nulidad pasará por denegar tutela jurídica a las partes, con la consiguiente desestimación por los tribunales de las pretensiones basadas en el contrato aún no consumado y, para el supuesto de que las prestaciones se hubiesen ejecutado total o parcialmente, no obtendrán amparo legal los efectos desplegados, debiendo restablecerse la situación anterior a la celebración del contrato, con la consiguiente obligación de las partes de restituirse mutuamente aquello que hubieren recibido en virtud del contrato ilícito (*quod nullum est, nullum effectum producit*).

No obstante, la *restitutio in integrum* admite en algunos sistemas excepciones en el ámbito de los contratos ilícitos por inmoralidad, bien con base en una disposición legal basada en la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹⁷, con fundamento en “la antigua consideración de indignidad de quien basa su acción en un acto propio ilícito”¹⁸, bien por vía de interpretación jurisprudencial¹⁹, bien permitiendo al juez valorar, según los casos, la procedencia de excluir la repetición de las prestaciones²⁰.

2. La ilicitud formulada mediante disposiciones generales de invalidez o de inadmisibilidad del cumplimiento contractual

En los sistemas abstractos, en los que la causa no opera como condición de validez del contrato, el control de la autonomía de la voluntad deriva de normas, formuladas como cláusulas o disposiciones generales (*generalklauseln*), que sancionan la ineficacia del acto negocial o del contrato contrario a la ley (*gesetzeswidrige* o *verbotswidrige*) o del inmoral (*sittenwidrige*). El paradigma viene constituido por los §§ 134 y 138 BGB alemán, ubicados entre las disposiciones generales aplicables reguladoras de los negocios jurídicos, al que siguen otros ordenamientos como el § 879 ABG austriaco, los arts. 19, 20 y 66 Código suizo de las obligaciones o el § 879 Código civil Liechtenstein, el Código civil holandés (art. 3:40 Cc) y el surinamés²¹.

realizar, bajo el triple aspecto del objeto del contrato, de la causa del contrato y de los motivos del contrato. Esta contradicción se manifiesta de modo más evidente en la circunstancia ya puesta de manifiesto de que el contrato ilícito es siempre y en todo caso nulo y no produce efectos, en tanto que la contravención común con las normas imperativas permite, según la reserva del apartado primero del art. 1418, una consecuencia distinta de la nulidad”.

¹⁷ Es el caso de las previsiones contenidas en los arts. 1305 y 1306 del Cc español, sobre cuyos orígenes, alcance y dificultades en orden al establecimiento de criterios unívocos en la aplicación por la jurisprudencia española puede verse el análisis realizado por E. Vázquez de Castro, *Ilícitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 362 ss; P. Saborido Sánchez, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 331 ss.; J. Delgado Echeverría y M.^a A. Parra Lucán, *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Dykinson, 2005, pp. 288–316; C. López Beltrán de Heredia, “La nulidad de los contratos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 277 ss; A. Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pp. 754 ss. Contienen igualmente previsiones en este sentido los siguientes ordenamientos: art. 1.014 Cc argentino de 2014; art. 1.468 Cc chileno; art. 1.525 Cc colombiano; arts. 805 y 844 Cc costarricense; art. 1.310 Cc dominicano; arts. 1.305 y 1306 Cc ecuatoriano; art. 1.484 Cc ecuatoriano; arts. 1.411 y 1.412 Cc filipino; art. 1.596 Cc hondureño; art. 991 Cc maltés; art. 2.211 Cc nicaragüense; arts. 1.156 y 1.157 Cc panameño; arts. 1.257 y 1.258 Cc portorriqueño; art. 1.339 Cc salvadoreño; art. 93 del Código de las Obligaciones Civiles y Mercantiles senegalés; art. 1.565 Cc uruguayo; art. 1.157 Cc venezolano.

¹⁸ En términos de F. de Castro y Bravo, *op. cit.*, p. 252.

¹⁹ Es el caso de la controvertida *exception d’indignité* francesa (*vid.*, V. Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, II-1^o, 7^a ed., París, 1985, pp. 312 ss; F. Terre, P. Simler e Y. Lequette, *op. cit.*, pp. 269–270 y, especialmente, 308–309). El Código civil italiano no recoge expresamente esta excepción en sede contractual, aunque prevé una regla similar para el pago de lo indebido (art. 2.035), cuya aplicación jurisprudencial en el ámbito de la ilicitud contractual no ha estado exenta de polémica (*vid.*, P. Rescigno, “In pari causa turpitudinis”, *Riv. dir. civ.*, 1966, I, pp. 1–57, en especial, pp. 18 ss; A. Albanese, “Immoralità, illiceità e soluti retentio”, *Il Corriere Giuridico*, 2005, pp. 865–875).

²⁰ Así, art. 547 Cc boliviano; art. 2033 Cc luisiano; art. 114 Ley malgache 66–003 de 1966 sobre teoría general de las obligaciones; art. 69 Ley maliense 87–31 de 1987 sobre régimen general de las obligaciones; art. 104 de la Ley sobre contratos montenegrina; y art. 104 Ley del Contratos y Daños yugoslava, vigente en Serbia.

²¹ Algunos sistemas centroeuropeos, antaño en la órbita socialista, siguen el modelo abstracto del Derecho alemán, reconduciendo la ilicitud a fórmulas generales de invalidez o de inadmisibilidad del cumplimiento contractual que vulnera la ley o la moral (art. 26 Ley de Obligaciones y Contratos búlgara de 1950, art. 580 Cc checo, arts. 271 y 322 Ley de obligaciones civiles croata de 2005, § 39 Cc eslovaco, arts. 6:95 y 6:96 Cc húngaro, art. 512 Cc moldavo, art. 353 Cc

El § 134 BGB establece la nulidad de los actos contrarios a una ley imperativa o prohibitiva (*gesetzliches Verbot*) salvo que esta disponga otra consecuencia diferente para su contravención o, según la doctrina, así resulte de una interpretación de la norma ajustada a su sentido y finalidad²². Tal interpretación puede conducir a la nulidad total o parcial e, incluso, a conferir al negocio un cierto grado de eficacia del que derive su ejecución total o parcial, o tan sólo una “eficacia débil” como, por ejemplo, la obligación de indemnizar los daños²³. Asimismo, en la determinación de los efectos sobre el contrato de la vulneración de la norma, los tribunales han tenido en cuenta la persona o personas afectadas por la norma: si la previsión legal se dirige a ambas partes, el contrato será nulo, en cambio, si solo afecta a una de ellas, el contrato no se verá afectado (BGH *Wertpapier-Mitteilungen*, 1966, 1101, 1002)²⁴. Por su parte, el § 138.1 BGB prevé la nulidad de los actos contrarios a las buenas costumbres (*guten Sitten*), concretando su párrafo segundo (comúnmente referido a los contratos usurarios o leoninos) la nulidad del contrato en el que uno de los contratantes obtiene para sí o para un tercero una ventaja desproporcionada, explotando la situación de necesidad, la inexperiencia, la falta de buen juicio o la débil voluntad de la otra parte²⁵. Al concepto de “buenas costumbres”, a pesar de su indeterminación, suele reconocérsele un alcance mayor que el otorgado por los códigos que siguen la estela del napoleónico francés, abarcando también la noción de orden público²⁶. En la jurisprudencia se ha acuñado una fórmula para compendiar el significado de “buenas costumbres”: “*Die guten Sitten sind das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*”, esto es, “las buenas costumbres consisten en la decencia de toda persona que se comporta justa y equitativamente” [Bundesgerichtshof 29.9.1977 (BGHZ 69, 297)].

Si en virtud del negocio ilegal o contrario a las buenas costumbres se hubieran ejecutado las prestaciones, el *accipiens* queda obligado a su restitución, en virtud de lo dispuesto en el § 817.1 BGB, ubicado en sede de enriquecimiento sin causa. No obstante, el apartado segundo de este precepto prevé una excepción basada en los aforismos latinos *in pari turpitudine melior est causa possidentis* o *in pari delicto potior es conditio defendentis*, al negar el derecho a obtener la restitución a la parte a quien sea imputable la ilicitud, siempre que fuese consciente de la misma o la conociese [requisito subjetivo exigido por la jurisprudencia, *Reichsgericht* 30.6.1939 (RGZ 161,57)]. Finalmente, la jurisprudencia, sobre la base de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo* (§ 311.2 BGB), ha reconocido la procedencia de reclamar una indemnización de los daños causados como consecuencia de la invalidez del contrato ilícito a favor de la parte que ignorase la causa de la ilicitud frente a quien la conoció o debió haberla conocido [Bundesgerichtshof 12.11.1986 (BGHZ, 99, 101)]²⁷.

El carácter puramente consensual del contrato que se advierte en muchos sistemas provoca asimismo que la ilicitud del contrato no se vincule a ningún elemento estructural. Así ocurre en el Derecho griego que, con carácter general, prohíbe los actos contrarios a la Ley (art. 174 Cc) o a la moral (art. 178 Cc)²⁸.

polaco). También el Código civil ruso (art. 169) contiene una cláusula general de invalidez de los acuerdos o transacciones que son contrarios a los principios fundamentales del orden legal o la moral, criterio seguido por el Cc bielorruso, (art. 170), el Cc georgiano (art. 54), el Cc kirguiso (arts. 185 y 187), el Cc lituano (arts. 1.80 y 1.81), el Cc ucraniano (arts. 203 y 228), Cc uzbeko (art. 116), y por ordenamientos del Cáucaso como los Códigos civiles armenio (arts. 337 y 438), azerbaiyano (art. 338) y kazajo (art. 158).

²² Vid., C. Armbrüster, § 134, en AA.VV. *Münchener Kommentar zum Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil*, 6ª ed. Munich, Verlag C.H. Beck, 2012, n.º 41.

²³ Vid., W. Flume, *El negocio jurídico*, T. II (traducción de J. M. Miquel González y E. Gómez Calle). Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 415 ss.; B. Markesinis, H. Unberath y A. Johnston, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2006, pp. 242 ss.

²⁴ En este sentido, M. Lehmann, “Chapter 15: Illegality”, en *European Contract Law and German Law*, eds. S. Leible y M. Lehmann, Kluwer Law International, 2014, p. 774.

²⁵ No obstante, la nulidad del negocio contrario a las buenas costumbres, conforme a lo dispuesto en § 139 BGB, podrá ser total o parcial en función de que pueda aislarse o no la parte inmoral del negocio jurídico sin afectar a su esencia; en caso de duda, deberá decretarse por el juez la nulidad total.

²⁶ Así, W. Flume, *op. cit.*, pp. 435–439.

²⁷ *Ibid.*, p. 651. En este sentido, en el ámbito de la jurisprudencia suiza, también A. Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, traducción de W. Roces, Comares, Granada, 2007, p. 147.

²⁸ Vid., M. Stathopoulos, *Contract Law in Greece*, 2ª ed. rev., Kluwer Law International, 2009, pp. 107–109.

El mismo régimen se observa en muchos sistemas jurídicos asiáticos (arts. 7 y 52 Ley de Contratos china de 1999; art. 103 Ley Civil surcoreana de 1958; art. 128 Cc vietnamita) y en los sistemas escandinavos (v.gr., el art. 5.1.2 del *Danske Lov*²⁹; por su parte, la sección 36 Ley de Contratos finlandesa de 1929 faculta a los jueces para negar efectos al contrato o ajustar sus cláusulas)³⁰.

3. El casuismo característico de los sistemas common law.

Desde la perspectiva del *common law*, a pesar de que la *consideration*, ligada a la idea de la necesaria existencia de una contraprestación, de un *quid pro quo* o reciprocidad de intereses³¹, juega un papel fundamental para otorgar fuerza obligatoria al vínculo contractual, este requerimiento no entra en juego cuando se trata de valorar la ilicitud contractual. Tampoco, de forma coherente con su escasa inclinación por las cláusulas generales, se formulan estas para sancionar la ilicitud contractual. En estos sistemas predomina una perspectiva causuística y descriptiva basada en la aplicación práctica, y con base en ella la doctrina suele otorgar a la materia un tratamiento autónomo a través de la categoría de los *illegal contracts*, con múltiples clasificaciones³². Una de las principales es la proporcionada por la distinción entre *illegality* y doctrina del *public policy*³³, y con base en ella entre contratos que infringen una norma legal (*contracts prohibited by statute*)³⁴, como los que tienen como finalidad cometer un ilícito penal o civil, y contratos que vulneran el *common law* por ser contrarios al orden público (*contracts illegal at common law on ground of public policy*). La diferencia de régimen jurídico entre ambas categorías se encuentra en los efectos de la ilegalidad: mientras la “*statutory illegality*” ocasiona que al contrato se le apliquen los efectos previstos en la norma infringida (nulidad, anulabilidad, nulidad parcial e, incluso, validez por irrelevancia de la infracción) o el que se deduzca del propósito o finalidad perseguida por la norma³⁵, la *common law illegality* provoca la aplicación de las reglas o principios generales del *common law*, entre los que destaca por lo general, aunque con múltiples excepciones a la luz del caso concreto, la aplicación de la regla *ex*

²⁹ Esta declaración de validez del contrato no contrario a la ley o a la moral se realiza, no en la Ley danesa de contratos de 1986, sino en el Código danés de 1683 (*Danske Lov*), *vid.*, R. Nielsen, *Contract Law in Denmark*, Kluwer Law International, 2011, pp. 145 y 146. Tampoco la Ley de Contratos finlandesa de 1929 formula un principio de carácter general en este sentido, siendo una cuestión reconocida jurisprudencialmente.

³⁰ Por su parte, el Derecho israelí, con influencia tanto del *civil law* como del *common law* (*vid.*, E. Zamir, “The civil codes—Israeli Report”, *Thematic Congress of the International Academy of Comparative Law*, Taiwan, mayo 24–26, 2012, accesible en https://www.researchgate.net/publication/228142349_The_Civil_Codes_-_Israeli_Report, fecha de consulta 1 diciembre 2016), cuya Ley General sobre Contratos de 1973 contiene un criterio de perfección y validez del contrato puramente consensual (sin exigir la concurrencia de causa ni *consideration*), prescribe en su art. 30 la nulidad del contrato cuando, por su conclusión, contenido u objeto, sea ilegal, inmoral o contrario al orden público. No obstante, a diferencia de los sistemas germánicos, no deniega protección jurídica a las partes a las que sea imputable la ilegalidad (“*nemo auditur suam turpitudinem allegans*”), sino que deja a discreción de los tribunales, en función de las circunstancias del caso, la valoración de la procedencia o no de restituir las prestaciones ejecutadas con base en un contrato ilegal (art. 31).

³¹ *Vid.*, J. Cartwright, *Contract Law (An Introduction of the English Civil Law of Contract for the Civil Lawyer)*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 127; E. Dell’Aquila, *El contrato en Derecho inglés (aspectos de Derecho comparado)*, Barcelona, PPU, 2001, p. 72; S. Sánchez Lorenzo, *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 49–56.

³² En la doctrina española, en un amplio y minucioso estudio de la ilegalidad contractual en los sistemas inglés y estadounidense, E. Vázquez de Castro (“Los contratos ilegales en el *Common Law*”, *Anuario de Derecho Civil*, Enero, 2002, pp. 115–162, en especial, pp. 122 ss.) analiza estas clasificaciones distinguiendo entre: a. Contratos contrarios al derecho positivo, a la moral y a las buenas costumbres y al orden público; b. Contratos contrarios al *Common Law* y contrarios a un *Statute*; c. Contratos ilegales en su formación y contratos ilegales en su realización; d. Contratos con ilegalidad objetiva y contratos con ilegalidad subjetiva; y e. Contratos ilegales, *void*, *voidable* y *unenforceable*.

³³ Uno de los tratamientos más exhaustivos del tema, que parte de esta distinción, puede encontrarse en la obra de R.A. Buckley, *Illegality and public policy*, Sweet and Maxwell, London, 2002.

³⁴ M. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contracts*, 16ª ed., Oxford University Press, 2012, pp. 451 ss.

³⁵ E. Peel, *Treitel: The Law of Contract*, 13ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, pp. 539–540.

turpi causa non oritur actio, esto es, la inexigibilidad del contrato y la falta de acción entre las partes para obtener la restitución de las prestaciones ejecutadas en virtud del contrato ilegal. En cualquier caso, son numerosas las excepciones a la inexigibilidad del contrato ilegal³⁶, por lo que las consecuencias de la ilegalidad distan de ser uniformes³⁷.

Bajo estas mismas premisas, en el sistema estadounidense, la sección 512 del primer *Restatement of the Law Contracts* del *American Law Institute* (1932), define el contrato ilegal como aquel que, en su formación o ejecución, viola una norma legal, causa daños a terceros o va en contra del orden público: “*A bargain is illegal within the meaning of the Restatement of this Subject if either its formation or its performance is criminal, tortious, or otherwise opposed to public policy*”³⁸. El segundo *Restatement of the Law Contracts* (1981) no emplea el término ilegalidad sino *unenforceability* (inejecutabilidad o inexigibilidad) por razones de *public policy*³⁹. En cualquier caso, cuando no es la legislación la que expresamente

³⁶ Así por ejemplo, J. M. Perillo (*Calamari and Perillo on contracts*, Hornbook Series, 6ª Ed, Thomson Reuters, 2009, pp. 733 ss.) destaca las siguientes: a. *Ignorance of fact and law*: La acreditación por una de las partes de su ignorancia sobre los hechos constitutivos de la ilegalidad, conocidos por la otra parte; b. *Bargain illegal by virtue of wrongful purpose*: Contrato ilegal en virtud de propósito ilícito cuando solo una de las partes es culpable, la parte inocente que ha sido inducida fraudulentamente o por indebida influencia a concluir el contrato puede obtener la restitución de las prestaciones; c. *Where the parties are not in pari delicto*: cuando los contratantes no están en igualdad de culpa respecto de la ilegalidad cometida; d. *Severance*: supuestos en los que la ilegalidad no se extiende a todo el contrato por no afectar a la parte esencial o principal del mismo; e. *Purposeful interpretation and reformation*: si el contrato puede ser interpretado tanto en sentido legal como ilegal, será preferida la primera de las interpretaciones, así como cuando puede ser reformado o integrado judicialmente; f. *Remoteness of the illegality* o ilegalidad por causa remota, cuando esta proviene de actos o conductas anteriores y demasiado remotas a la celebración del contrato (v.gr., compras de bienes a través de agentes, siendo el contrato de agencia ilegal); g. *Locus poenitentiae*: se otorga remedios contractuales a la parte que se arrepiente o denuncie la ilegalidad previniendo la consumación del propósito ilegal para el que se realizó el contrato. Por su parte, E. PEEL (*op. cit.*, pp. 543 ss.) recoge entre los supuestos en que se admite la recuperabilidad de los bienes transferidos en virtud de un contrato ilegal otros como las *class-protecting statutes* (cuando la ilegalidad viene establecida por un *statute* promulgado para proteger a determinadas clases de personas, cualquier miembro de dicha clase podrá ejercer la acción restitutoria); *oppression* (casos en una de las partes del contrato acredita que fue forzada por la otra parte a realizar el contrato); *misrepresentation* (cuando un contratante concluye un contrato ilegal tras haber sido inducido conscientemente a error por la otra parte respecto al carácter legal del convenio, podrá recuperar la prestación realizada); *mistake* (que permite instar la restitución a la parte que ha incurrido en error respecto a la legalidad del contrato); *no reliance on illegal transaction* (que permite recuperar los bienes transferidos en virtud de un contrato ilegal a quien pueda defender su derecho o título sobre ellos sin necesidad de invocar o recurrir al contrato o a su ilegalidad).

³⁷ Otra clasificación extendida es la distingue entre ilegalidad en la formación contractual (*illegality as to formation*) e ilegalidad en la ejecución de las prestaciones derivadas del contrato (*illegality as to performance*). La ejecución ilícita de las prestaciones por alguna de las partes no conlleva necesariamente la ineficacia contractual del contrato lícito en su formación [*St John Shipping Corp v Joseph Rank Ltd* (1957) 1 QB 267, 281]. No obstante, en estos supuestos, entra en juego la distinción entre la parte que ejecutó el contrato de forma ilícita o torticera o participó de la ilicitud y la parte “inocente”, que desconocía y no consintió la ilegalidad; mientras la primera resultará privada de asistencia judicial, la parte que no participó en la ejecución ilegal y la desconocía podrá instar los remedios contractuales pertinentes [*Archbalds (Freightage) Ltd v S Spanglett Ltd* (1961) 2 QB 374]. Vid. E. Mckendrick, *Contract Law*, 11ª ed., Ed. Palgrave, London, England, 2015, pp. 270 a 272. No obstante, advierte E. Peel (*op. cit.*, pp. 532–541) sobre la complejidad que reviste la determinación de la culpabilidad o inocencia de las partes en los contratos ilegales, así como del criterio en base al cual los tribunales permiten a la parte inocente utilizar remedios contractuales [*Bloxsome v. Williams* (1824) 2 B & C, 232] o no [*Re Mhamoud and Ispahani*, (1921), 2 KB, 716], si bien parece ocupar un papel relevante la atención al propósito o finalidad de la prohibición legal (*statutory provision*) o, de la regla infringida del *common law*.

³⁸ En Inglaterra, la *Law Commission* (www.lawcommission.gsi.gov.uk), en su *Consultation Paper*, n.º 54 sobre “*Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trust*” de 1999, proponía la siguiente definición: “*transaction which involves (in its formation, purpose or performance) the commission of a legal wrong (other than the mere breach of the transaction in question) or conduct which is otherwise contrary to public policy*”.

³⁹ Lo que pueda entenderse, en Estados Unidos, por “*Public Policy*” puede ser articulado por la Constitución, la legislación o los tribunales en cualquier momento e independientemente de que haya habido o no una expresión *a priori*, los tribunales pueden rehusar hacer cumplir o ejecutar cualquier contrato que juzguen contrario a los mejores intereses de los ciudadanos como una materia referente al *Public Policy*”, *cfr.*, J. M. Perillo, *op. cit.*, pp. 729–730.

declara la ilicitud, la contrariedad con el *public policy*, según la jurisprudencia, adquiere perfiles más indeterminados y volubles (*Rodriguez v Speyers Brother* y *Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd*)⁴⁰, debiendo aplicarse con cautela (*Goldman v. Olmstead*)⁴¹. No obstante, el sistema estadounidense más abierto al reconocimiento de supuestos diferentes a los tradicionalmente asentados en la autoridad del precedente (*stare decisis*) otorga a los tribunales una gran flexibilidad para valorar si la exigibilidad o inexigibilidad del acuerdo guarda proporción con los requerimientos derivados del orden público. A tal efecto, la sección 178 del segundo *Restatement* establece los parámetros más comunes conforme a los cuales los jueces deberán ponderar los intereses en juego sobre la prevalencia del orden público⁴². Además, en relación con la ilicitud, deben mencionarse otras secciones del segundo *Restatement*: § 184 (nulidad parcial del contrato ilícito), §§ 189, 190 y 191 relativos a la inexigibilidad de determinadas promesas que afectan a la institución matrimonial o a la patria potestad.

La doctrina del *public policy* está presente en otros países tributarios del *common law*, tan alejados como Australia⁴³, Canadá (excepto Quebec)⁴⁴, India⁴⁵, Irán⁴⁶, Irlanda, Nueva Zelanda⁴⁷, Ruanda⁴⁸ y Singapur.

⁴⁰ En *Rodriguez v Speyers Brother* (1919) A.C. 59–79, Lord Haldane advierte: “What the law recognises as contrary to public policy turns out to vary greatly from time to time”. Esta es igualmente la visión de Lord Watson en *Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd* (1894) AC 535, at 553–554, refiriéndose a la función de los tribunales, “when a case like the present is brought before them, is, in my opinion, not necessarily to accept what was held to have been the rule of policy a hundred or a hundred and fifty years ago, but to ascertain, with as near an approach to accuracy as circumstances permit, what is the rule of policy for the then present time”.

⁴¹ *Goldman v. Olmstead*, 414 S.W.3d 346 (2013) at 357. Las incertidumbres que ocasiona la amplitud e indeterminación del *public policy* han dado lugar a que sea calificado como el caballo rebelde o desbocado del Derecho [“the unruly horse” of the law”] (*Richardson v. Mellish*, 2 Bing. 229, 252, 130 Eng. Rep. 294, 303 (1824)).

⁴² Sección 178 *Second Restatement of Contracts*: “When a Term Is Unenforceable on Grounds of Public Policy.

(1) A promise or other term of an agreement is unenforceable on grounds of public policy if legislation provides that it is unenforceable or the interest in its enforcement is clearly outweighed in the circumstances by a public policy against the enforcement of such terms.

(2) In weighing the interest in the enforcement of a term, account is taken of

(a) the parties’ justified expectations,

(b) any forfeiture that would result if enforcement were denied, and

(c) any special public interest in the enforcement of the particular term.

(3) In weighing a public policy against enforcement of a term, account is taken of

(a) the strength of that policy as manifested by legislation or judicial decisions,

(b) the likelihood that a refusal to enforce the term will further that policy,

(c) the seriousness of any misconduct involved and the extent to which it was deliberate, and

(d) the directness of the connection between that misconduct and the term”.

⁴³ Vid., J.G. Starke, N.C. Seddon, M. P. Ellinghaus (eds.), *Cheshire & Fifoot’s Law of Contracts*, 6ª Australian ed., Butterworths, Sydney, 1992, pp. 444 ss.

⁴⁴ Ampliamente, sobre el tema, B. Kain y D.T. Yoshida, “The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law”, *Annual Review of Civil Litigation*, Thomson Carswell, Toronto, 2007, pp. 1–47.

⁴⁵ Con base en la sección 23 de la *Indian Contract Law* de 1872, vid. A. Khurana, “Public Policy In Contracts: Recent Trends”, January 30, 2015, *Lawctopus’ Law Journal + Knowledge Center*, disponible en <http://www.lawctopus.com/academike/public-policy-contracts-recent-trends/>.

⁴⁶ Arts. 975 C.c. iraní y 6 Código de Procedimiento civil iraní que prevé la inexigibilidad de los contratos contrarios al orden público e inmorales.

⁴⁷ La sección 3 de la *Illegal Contracts Act* 1970 de Nueva Zelanda que define el contrato ilegal como “any contract governed by New Zealand law that is illegal at law or in equity, whether the illegality arises from the creation or performance of the contract; and includes a contract which contains an illegal provision, whether that provision is severable or not”. Con carácter general, las consecuencias de la ilegalidad son la falta de producción de efectos del contrato y la inexigibilidad de sus prestaciones, no obstante la propia norma (sección 7) reconoce amplias potestades a los tribunales para mitigar estas consecuencias en atención a ciertos factores, entre los que asume particular relieve, la conducta de las partes. Vid. S. Tod, J. F. Burrows y J. Fin, *Contract Law in New Zealand*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011, pp. 138 ss, en especial, 145–147.

⁴⁸ Arts. 58 a 62 de la Ley 45/2011 sobre Contratos de Ruanda.

III. Derecho internacional uniforme

En el ámbito del Derecho internacional uniforme, entre los instrumentos *soft law*, a los que las partes pueden acogerse voluntariamente, destacan los Principios UNIDROIT y los Principios TransLex.

1. Principios UNIDROIT

Los Principios UNIDROIT dedican, por primera vez, en su tercera versión (2010), una sección a la ilicitud⁴⁹ en el capítulo tercero, con dos preceptos: arts. 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) y 3.3.2 (Restitución)⁵⁰.

Con carácter general, la ilicitud o inmoralidad del contrato en los Principios UNIDROIT se resuelve a través de la acción de las normas materiales imperativas de los Estados y de los efectos que estas establezcan para el supuesto de su infracción en el contrato, en los derechos o respecto de los remedios de naturaleza contractual que puedan utilizar las partes.

Determinación de la ilicitud. En el ámbito de los Principios, la contravención de las normas imperativas que fueren aplicables al contrato provoca su ilicitud. No obstante, la expresión “normas de carácter imperativo” del art. 3.3.1 tiene un amplio alcance, dado que según los Comentarios, abarca tanto las disposiciones legales específicas como los principios generales de orden público no escritos, que sean aplicables al contrato de conformidad con las normas pertinentes del derecho internacional privado, ya tengan, conforme a lo dispuesto en el art. 1.4 Principios UNIDROIT, carácter nacional, internacional o supranacional.

En los Comentarios, además, se recogen e ilustran las diferentes formas en que un contrato puede vulnerar una norma imperativa:

i) Por su contenido, por sus propias cláusulas, como, por ejemplo, si una empresa extranjera le pide a un intermediario local que, a cambio de unos honorarios, soborne a un asesor gubernamental de alto rango para que, al final, la empresa extranjera sea la designada como la encargada de la construcción de una nueva planta eléctrica, las cláusulas de dicho contrato de comisión serán contrarias a las leyes de ambos países que prohíben el soborno de funcionarios.

ii) Por la ejecución del contrato por una o por ambas partes; es el caso de un comerciante minorista que celebra un contrato para la fabricación de juguetes con un fabricante extranjero. El comerciante sabía o debía saber que los juguetes ordenados serían fabricados por niños. Como en ambos países el trabajo infantil es contrario al orden público, la ejecución del contrato vulneraría estos principios de orden público.

iii) Por la finalidad del contrato; tal sería el supuesto de un contrato de suministro celebrado entre un fabricante de explosivos de un país y una empresa de otro país. En virtud del mismo, el fabricante se comprometió a suministrar grandes cantidades de semtex, un producto utilizado tanto para fines pacíficos como para la fabricación de bombas. El fabricante sabía o debía saber que la empresa pretendía hacer llegar la mercancía a una organización terrorista. Por tanto, el contrato de suministro viola el principio fundamental de orden público que prohíbe el apoyo a actividades terroristas.

⁴⁹ En una encuesta realizada por que el Instituto de UNIDROIT con el fin de identificar nuevas materias a incluir en la tercera versión de los Principios, una de las cuestiones más demandadas fue, precisamente, la ilicitud. Además, otro de los motivos relevantes para su inclusión fue que esta institución ya había sido incluida en instrumentos jurídicos de la misma naturaleza como los Principios de Derecho Contractual Europeo o en el borrador del Marco Común de Referencia, *vid.*, M. J. Bonell, “The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010”, *Uniform Law Review*, 2011, pp. 517–522.

⁵⁰ *Vid.*, M. Unceta Laborda, “Principios de UNIDROIT e ilicitud del contrato internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 620–628.

Efectos de la ilicitud. Las consecuencias anudadas a la contravención de una norma imperativa serán las previstas por la propia norma infringida. No obstante, para el supuesto en que un determinado ordenamiento no prevea los efectos sobre el contrato y los remedios a disposición de las partes en caso de vulneración de una norma imperativa, los Principios UNIDROIT, de manera indeterminada, indican que las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean “razonables” atendiendo a las circunstancias; imprecisión que se trata de paliar estableciendo los criterios que deberán tenerse en cuenta para determinar cuáles sean las consecuencias razonables.

Tales criterios son explicados en los Comentarios de la siguiente manera:

(a) *La finalidad de la norma violada*; en concreto, si dicha finalidad resultaría o no afectada en el caso de conceder, al menos a una de las partes, un remedio por incumplimiento del contrato.

(b) *La categoría de personas que la norma busca proteger*, esto es, si la norma imperativa que es violada está enderezada a proteger los intereses del público en general, o los de una categoría particular de personas. Así se advierte que, por ejemplo, los requisitos en materia de licencias a menudo son del último tipo, es decir que son impuestas por la ley a quienes realizan cierto tipo de actividades, con el fin de proteger sus usuarios o clientes. Si un contrato es celebrado por una parte que carece de la licencia, sería razonable concederle al usuario o al cliente al menos algunos de los remedios de naturaleza contractual, tal como el resarcimiento del daño.

(c) *Cualquier sanción que imponga la norma violada*. A veces las disposiciones legales que prohíben ciertas actividades o les imponen limitaciones, suelen ser acompañadas de sanciones penales o administrativas, debiendo aplicarse dichas disposiciones cuando establezcan expresamente cuál es el efecto de la violación en los derechos o en los remedios de origen contractual. Por el contrario, cuando dicha norma guarde silencio respecto del efecto que la violación produce en el contrato, la existencia y la naturaleza de las sanciones penales o administrativas pueden ofrecer indicaciones relevantes en cuanto a la finalidad de la disposición que ha sido violada, la categoría de personas que la norma busca proteger y la gravedad de la violación. Por consiguiente, la existencia y la naturaleza de estas sanciones deberán ser tenidas en cuenta para determinar el efecto de una violación en los derechos y los remedios de origen contractual.

(d) *La gravedad de la violación*; así, los remedios de naturaleza contractual pueden ser ejercidos si la naturaleza de la norma imperativa es meramente técnica y si su violación no afecta a la otra parte.

(e) *Si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes*; el ejercicio de los remedios de naturaleza contractual también puede depender de si una o incluso ambas partes conocían o debían conocer la norma imperativa o su violación.

(f) *Si el cumplimiento del contrato conlleva la violación*; así, si las cláusulas mismas del contrato prevén la violación de una disposición legal, o incluso la suponen de forma implícita, podría ser razonable no conceder a las partes ningún remedio por incumplimiento del contrato; y

(g) *Las expectativas razonables de las partes*. Si debido a las diferencias en la cultura jurídica o comercial, una de las partes no podía haber tenido conocimiento de la violación de forma razonable o, como ocurre más a menudo, una de las partes crea en la otra una expectativa legítima en relación con la validez del contrato o de sus cláusulas y posteriormente invoca una prohibición legal prevista en su propio ordenamiento jurídico para oponerse a dicha expectativa, podría ser razonable conceder a la otra parte los remedios para incumplimiento del contrato o de sus cláusulas.

Se trata de una enumeración de criterios de carácter no exhaustivo. En los Comentarios se advierte que otras circunstancias pueden ser tomadas en consideración, tales como la medida en la que el contrato viola la norma imperativa (si la violación de la norma imperativa es sólo parcial, puede ser razonable adaptar el contrato y permitir que las partes ejerciten los remedios derivados del mismo) o el arrepentimiento de su

acción por parte de uno de los contratantes antes de que se cumpla la finalidad ilícita del contrato (en cuyo caso, dicha parte puede conservar el derecho a recuperar lo que haya cumplido).

Esta misma imprecisión (razonabilidad atendidas las circunstancias) se traslada, para el supuesto de que el contrato ilícito se hubiese consumado total o parcialmente, a la determinación de la procedencia o no de la restitución de las prestaciones ejecutadas (art. 3.2.2 Principios UNIDROT) cuando la norma imperativa infringida no prevea esta cuestión. Se indica en el Comentario que, “a diferencia de la concepción tradicional según la cual las partes – al menos cuando ambas eran conscientes o debían haber sido conscientes de la violación de la norma imperativa – deben quedar en la situación en la que se encontraban, es decir, que no deberían tener el derecho a recuperar las prestaciones ejecutadas, en virtud de los Principios la restitución puede ser concedida bajo los Principios, dependiendo de lo que resulte más apropiado en el caso concreto: o bien permitir conservar la prestación recibida a quien recibió, o bien permitir reclamarla a quien la ha ejecutado”.

En la determinación la razonabilidad o no de la restitución, los Principios UNIDROIT, art. 3.2.2 (2), ordenan tener en cuenta, con las debidas adaptaciones, los mismos criterios reseñados en el art. 3.2.1 en orden a la determinación de la procedencia de otorgar a las partes remedios de naturaleza contractual.

Como advierte Vogenauer⁵¹, los redactores de la sección de la ilegalidad en los Principios UNIDROIT, con el propósito de evitar el establecimiento de una doctrina autónoma sobre las sanciones procedentes en estos casos, consideraron procedente centrarse sólo en los remedios de naturaleza contractual, dejando a la jurisdicción que resulte aplicable función de la norma imperativa infringida, la competencia en orden a las acciones de invalidez contractual por ilicitud, así como las acciones por daños y perjuicios derivadas de la invalidez o ilicitud contractual.

El expediente utilizado en los Principios UNIDROIT para la determinación y efectos de la ilicitud contractual está claramente inspirado en la anteriormente mencionada sección 178 (*When a Term Is Unenforceable on Grounds of Public Policy*) del estadounidense *Second Restatement of Contracts* (1981), que como se ha indicado anteriormente alude a la “unenforceability” (inejecutabilidad o inexigibilidad) por razones de “public policy” y otorga a los tribunales una gran flexibilidad para valorar si la exigibilidad o inexigibilidad del acuerdo guarda proporción con los requerimientos derivados del orden público⁵².

2. Principios TransLex

Diferente es el enfoque de los *TransLex Principles*. Basados en lo que se ha dado en llamar un concepto de “codificación progresiva” del Derecho transnacional⁵³, los Principios TransLex son un proyecto en línea, realizado en el marco del Centro de Derecho Transnacional (CENTRAL) de la Universidad de Colonia en Alemania, bajo la dirección del profesor Berger. Se trata un conjunto de no exhaustivo, abierto y en constante actualización, de reglas, cuyo propósito es ofrecer a la práctica legal internacional una plataforma web libremente accesible que recoja una lista de los principios de la Nueva *Lex Mercatoria*⁵⁴. Su

⁵¹ S. Vogenauer (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2ª ed., Oxford University Press, 2015, p. 565.

⁵² La extrapolación del sistema jurídico norteamericano a un sistema de principios armonizados no estatal o caracterizado como *soft law* ha merecido la crítica doctrinal, *vid.*, G. Cuniberti, “Le nouvel article 3.3.1 des Principes UNIDROIT sur le Contrat violant une règle impérative : un regard critique du point de vue du droit international privé”, *Uniform Law Review*, 18, 2013, pp. 490–508.

⁵³ Se trata de un concepto que descansa en tres premisas: 1. Una técnica de codificación que refleje la apertura, flexibilidad e informalidad de la *lex mercatoria*. 2. Un método de codificación que permita, en razón de la globalización del derecho mercantil transnacional, un acceso instantáneo y fácil en cualquier momento y en cualquier parte del mundo a sus contenidos. 3. Un método de codificación que incluya el recurso a la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales y a la práctica internacional. Así, K. P. Berger, “Lex Mercatoria Online: The CENTRAL Transnational Law Database at www.tldb.de”, *Arbitration International*, vol. 18, n.º 1, 2002, pp. 83–94.

⁵⁴ Los Principios de TransLex se encuentran disponibles en <https://www.trans-lex.org/>. Su primera versión fue publicada en 1992 con 39 principios, superando en la actualidad los 130. La plataforma Trans-Lex se divide en cuatro grandes áreas: 1. *TransLex Principles*, con el articulado concreto de las reglas de la “Nueva Lex Mercatoria”. Para cada principio o regla, un Comentario explica cómo se pueden aplicar en la práctica y cómo están conectados con otros

ámbito va más allá del Derecho internacional de contratos comerciales, incorporando principios relacionados con ámbitos jurídicos en los que la jurisprudencia arbitral internacional desempeña un papel predominante (Derecho internacional de sociedades, conflictos de leyes, prueba ...).

El capítulo IV de los Principios, después de reconocer, en su sección 1ª, la libertad de contratación (Principio N.º IV.1.1) como pilar básico de la contratación internacional, se ocupa en la sección 4ª de uno de sus límites, estableciendo la nulidad del contrato que vulnera las buenas costumbres (Principio N.º IV.7.1.). Según se advierte en los Comentarios otro límite al reconocimiento de la libertad de la partes para determinar el contenido contractual puede venir representado por la “normas imperativas de Derecho interno que deben aplicarse con independencia de la ley que regula el contrato (“*lois d’application immédiate*”, “*lois de police*”, “*Eingriffsnormen*”)).

El concepto de *boni mores*, según los Comentarios, implica un estándar amplio y objetivo, de carácter no propiamente jurídico, que se relaciona con los valores fundamentales de la sociedad, e incluye valores legales, económicos, éticos, morales y sociales básicos que los individuos de la comunidad pertinente generalmente consideran vinculantes y cruciales para su coexistencia pacífica en esa comunidad. Estos valores fundamentales de la moralidad y la justicia surgen de un amplio consenso social. En los negocios internacionales, estos valores transnacionales fundamentales forman parte de la política pública transnacional. Incluyen la prohibición de los crímenes contra la humanidad, la discriminación racial, el trabajo infantil, la esclavitud, la tortura, el terrorismo, el lavado de dinero y el tráfico de drogas. Se trata de un concepto amplio que con múltiples ramificaciones que van desde la protección de la independencia económica de la parte contratante más débil, a la prohibición de la explotación maliciosa de una posición de poder.

La contravención de las buenas costumbres puede producirse con ocasión de la la conclusión del contrato, de su ejecución por una o ambas partes o por el propósito perseguido, aunque a menudo resulta de una combinación del contenido del contrato y de las circunstancias circundantes.

La sanción prevista en tales supuestos es, en todo caso, la nulidad de contrato, independientemente de la intención y el conocimiento de las partes. Al tratarse de la protección de valores fundamentales, el juez o árbitro carece de facultades discrecionales. Las partes podrán exigirse la restitución de cuanto hayan entregado. No obstante, conviene advertir que los Principios incluyen además, entre sus Disposiciones generales, una regla (Principio n.º I.1.5) derivada de la buena fe que impide a las partes obtener ventaja de sus propios actos ilícitos (“*nullus commodum capere potest de iniuria sua propria*”, “*ex iniuria non oritur ius*”, “*clean hands theory*”), por lo que no se concederá la repetición a quien conoció o debió haber conocido el motivo de la ilicitud.

IV. Derecho contractual europeo armonizado

En el marco del proceso de unificación del Derecho europeo⁵⁵, buena parte de los textos de armonización contractual a través de fórmulas *soft law* abordan específicamente la reglamentación de la ilicitud contractual. Además de los anteriormente mencionados PECL, los Revisados Principios de Derecho Contractual Europeo por la Association Henri Capitant/Société de législation comparée (en adelante, RPECL, de su denominación inglesa, *Revised Principles of European Contract Law*)⁵⁶, el Código Europeo de

Principios de TransLex; 2. *TransLex Bibliography*, con reproducción a texto completo de referencias bibliográficas de Derecho transnacional; 3. *TransLex Materials*, que recoge una colección de textos y materiales normativos internacionales; y 4. *TransLex Links*, con enlaces relevantes para el estudio del derecho internacional. Vid., K. P. Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2010, pp. 270 ss.

⁵⁵ Para un análisis general del proceso de armonización del Derecho contractual europeo y su incidencia en Derecho español, puede consultarse la obra de J.P. Pérez Velázquez, *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, Madrid, Dykinson, 2013.

⁵⁶ Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de Législation Comparée, *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, Munich, 2008.

Contratos, también denominado *Proyecto de Pavía* o *Proyecto Gandolfi*⁵⁷ y el Marco Común de Referencia⁵⁸ (en adelante, DCFR), dedican expresamente una sección a la ilegalidad o ilicitud contractual. De esta orientación se separan, quedando lo relativo a la licitud contractual remitido a la Ley nacional aplicable al contrato, los Principios del Derecho contractual comunitario (*Acquis Principles* o ACQP)⁵⁹, el instrumento opcional de Derecho contractual europeo publicado bajo el nombre de *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*⁶⁰ y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL), de 11 octubre 2011⁶¹.

Con la pretensión de crear un sistema de Derecho contractual general, el diálogo entre los sistemas europeos continentales y *common law* en el ámbito de la ilicitud contractual no se resuelve en los instrumentos de armonización contractual expresamente a favor de ninguno de ellos. No obstante sí que puede advertirse que, en correspondencia con la tendencia ya manifestada en los textos internacionales del Derecho de contratos de prescindir de cualquier requisito de validez del contrato más allá del acuerdo de las partes (*ad. ex.*, art. 3.1.2 Principios UNIDROIT, N.º IV.2.1 Principios TransLex y art. 3.1.1 Principios OHADAC), del modelo que más se distancian probablemente sea del asumido por los sistemas de tradición romanista en los que la ilicitud contractual se asocia a las condiciones de validez del contrato. En los textos europeos, a la concurrencia de consentimiento, como requisito de validez contractual, se incorpora la necesidad de que haya una intención de las partes de obligarse jurídicamente (art. 2:101 PECL; art.

⁵⁷ Las referencias a concretos artículos del Código Europeo de Contratos se realiza siguiendo la traducción contenida en el trabajo “Traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, n.º 4, pp. 299–396, que se enmarca en el Proyecto BJU2000–1021, del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigido por el G. García Cantero, bajo el título *Ante la unificación europea del Derecho Contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*.

⁵⁸ Son obra del Grupo de Estudio sobre un Código civil Europeo, el Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), creado por la Comisión europea en 2005, en el ámbito de una Red de Excelencia sobre Derecho privado europeo (*Joint Network on European Private Law*). A finales de 2007, el Grupo de Estudio publicó una versión provisional de los DCFR, publicándose la versión definitiva a principios de 2009 que, respecto de primera, introduce importantes modificaciones. *Vid.* C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swan, P. Varul, A. Veneziano y F. Zoll (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Sellier, Munich, 2008, y *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Sellier, Munich, 2009.

⁵⁹ *Vid.*, Research Group On The Existing Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract 1, Munich, Sellier, 2007. Han sido traducidos por E. Arroyo i Amayuelas, “Los Principios del Derecho contractual comunitario”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, 2008, fasc. I, pp. 211–239, en especial, 219–239, y en Mª P. Ferrer Vandrell y A. Martínez Canellas (dirs.) *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales internacionales. Actas del Congreso Internacional Celebrado en Palma de Mallorca 26 y 27 abril 2007*, Dykinson, 2009, pp. 62 ss.

⁶⁰ Elaborado por el Grupo de Expertos creado por Decisión 2010/233/EU de la Comisión Europea, de 26 abril 2010, y publicado el 3 mayo 2011 bajo el título: *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders’ and legal practitioners’ feedback*, accesible en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf.

⁶¹ COM (2011) 635 final. 2011/0284 (COD), accesible en [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0635/_com_com\(2011\)0635_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0635/_com_com(2011)0635_es.pdf). Finalmente, la Propuesta de Reglamento fue retirada en 2014 cuando la Comisión Europea anunció su programa de Trabajo para 2015, y su intención de sustituirla por un nuevo instrumento para liberar completamente el potencial del comercio electrónico en el mercado único digital, *vid.*, “Anexo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones. Programa de trabajo de la Comisión 2015. Un nuevo comienzo”, COM (2014) 910 final, accesible en http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_es.pdf. A raíz de ello, el 9 diciembre de 2015, la Comisión publicó dos nuevas Propuestas de Directiva: la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales [Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 634 final] y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes [Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 635 final].

2:201 RPECL; art. II-4:101 DCFR; art. 30 CESL)⁶², o de un contenido “*útil, posible, lícito y determinado o determinable*” (arts. 5 y 25 Código Europeo de Contratos), pero se prescinde de los que, por inspiración del art. 1.108 del Código civil francés napoleónico, los sistemas romanistas añaden al consentimiento de las partes como elementos adicionales para la validez del contrato: un objeto posible y lícito y la concurrencia de una causa lícita.

1. Código Europeo de Contratos

En el Código Europeo de Contratos la licitud contractual se vincula a la contravención de alguno de los límites de la autonomía de la voluntad reconocida en su art. 2 en los siguientes términos:

“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se establece en este Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con tal que las partes no persigan con ello únicamente perjudicar a tercero”.

Determinación de la ilicitud. Constituyendo el acuerdo y el contenido del contrato⁶³ sus elementos esenciales, y solo excepcionalmente la forma (art. 5), la licitud contractual viene de la mano del debido respeto del contenido contractual a tales límites (art. 30.1º y 2º), sancionando con la nulidad total o parcial el contrato que los infrinja. En particular, el art. 140 declara la nulidad del contrato por ilicitud en los siguientes supuestos:

a. Cuando sea “*contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una norma imperativa que tenga por objeto la protección del interés general o la salvaguardia de situaciones de importancia social primaria*” (art. 140.1 a);

b. Cuando infrinja “*cualquier otra norma imperativa aplicable*” (art. 140.1.b)⁶⁴;

c. Cuando contravenga una prohibición de carácter penal referida “*al contrato como tal, es decir, si sanciona a las dos partes del contrato por su celebración*” (art. 140.4);

d. En los supuestos de ilicitud penal, “*si el cumplimiento de un contrato válido se inserta en una actividad ilícita, el contrato no es nulo para la parte que no ha participado en aquella. En consecuencia, esta*

⁶² Vid. R. Sánchez Lería, “Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo”, *Indret*, julio, 2014, pp.1–32; con referencia especialmente a los Principios UNIDROIT y a los PECL. M.A. Malo Valenzuela, “Requisitos de validez del contrato en el Derecho uniforme”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 708, 2008, pp. 1741–1779; centrándose en la CESL, I. de Cuevillas Matozzi y R. Favale, *La perfección del contrato – Últimas tendencias*, Madrid, Reus, 2016, pp. 25 ss.

⁶³ El contenido del contrato estaría integrado tanto por las prestaciones pactadas como por la reglamentación contractual, sean o no reglas de conducta de los contratantes, así C. Martínez de Aguirre y Aldaz, “Notas sobre las condiciones relativas al contenido del contrato. (Utilidad, posibilidad, licitud y determinación)”, en *Código Europeo de Contratos, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), t. I, C. Vattier, J. M.ª de la Cuesta y J. M.ª Caballero (dirs.), Madrid, Dykinson, 2003, pp. 179–180.

⁶⁴ Advierte el párrafo tercero del art. 140 que “*en caso de conflicto entre las normas de la Unión Europea y las de sus Estados miembros, prevalecerán éstas últimas cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los principios constitucionales fundamentales relativos a los principios de igualdad, solidaridad social y tutela del ser humano en vigor en cada uno de los Estados*”. Críticamente M.ª A. Parra Lucán señala: “aparte de que la labor de aproximación de legislaciones de los Estados miembros debiera impedir la producción de conflictos entre las normas de la Unión y las de cada Estado, no es seguro que esta regla sea coherente con el principio de primacía del Derecho comunitario tanta veces reiterado por el Tribunal de Luxemburgo ni, sobre todo, parece posible que pueda prevalecer una norma estatal por entender que el conflicto proceda de ser la norma comunitaria contraria a la utilidad social nacional”, *vid.* “Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho Español. (Aproximación a la Sección 1 del Título XI de la Parte General del Código Europeo de Contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, 2004–2, pp. 549–638, en especial, p. 566.

última puede exigir el cumplimiento de la prestación que le es debida y poner en marcha los remedios previstos en caso de incumplimiento, cumplimiento inexacto o mora” (art. 140.5)⁶⁵.

Efectos de la ilicitud. La sanción prevista para la ilicitud es la nulidad, si bien el art. 140.1º deja expedita la vía para que el legislador prevea mecanismos de reacción diferentes en los supuestos por él contemplados, ya se trate de contratos ilegales o inmorales. La nulidad, que en los supuestos del art. 140.1.a) no es susceptible de confirmación, de nulidad parcial, de conversión ni de ninguna otra corrección, comporta la ineficacia contractual (art. 141) con la consiguiente restitución de prestaciones (art. 160) e indemnización de daños (art. 161). No obstante, queda exceptuada la restitución para “*quienes hayan realizado prestaciones en cumplimiento de contratos que constituyen delitos que originen diligencias penales o contrarios a las buenas costumbres o al orden público – pero no en el caso de ser contrarios al orden público económico – ni, tampoco, la parte que ha efectuado una prestación que, tanto en sí misma considerada, como en atención al fin que persigue, presenta los mismos caracteres. Esta norma no se aplica a las prestaciones efectuadas por el incapaz, que desconoce sin culpa alguna haber cometido un acto inmoral o que presenta los mencionados caracteres, o a las que haya realizado bajo coacción. Quedan a salvo las disposiciones comunitarias, o de los Estados miembros de la Unión Europea, que dispongan en casos similares la confiscación de las mencionadas prestaciones*” (art. 160.9º)⁶⁶.

2. Principios de Derecho Contractual Europeo y Marco Común de Referencia

Los PECL, bajo la rúbrica “*Illegality*”, en el capítulo 15 de la III Parte, dedican los arts. 15:101 a 15:105 a la reglamentación de la ilicitud contractual; y, con un contenido similar, el DCFR, bajo el título “*Infringement of fundamental principles or mandatory rules*”, en la sección 3ª del capítulo 2ª del II Libro, los artículos II–7:301 a II–7:304.

Determinación de la ilicitud. PECL y DCFR distinguen dos grandes grupos de contratos ilegales: aquellos que contravengan principios fundamentales y los que infrinjan normas imperativas.

A) Contratos contrarios a los principios fundamentales del Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea (arts. 15:101 PERL y II–7:301 DCFR)

Se adopta una nueva terminología⁶⁷ con el propósito de sustituir la empleada en la mayor parte de los ordenamientos nacionales, que vinculan la ilicitud contractual a la contravención de la moral, las buenas costumbres o el orden público⁶⁸. La cuestión es determinar cuáles son esos principios fundamentales. Por

⁶⁵ En opinión de M.A. Parra Lucán (*loc. cit.*, pp. 566–567) se alude a supuestos como el alquiler de un piso para cometer un atentado terrorista o para alojar a inmigrantes ilegales o para fabricar explosivos, si bien la expresión de que el contrato no es nulo para una de las partes no parece muy afortunada y “seguramente el Código presupone que quien no ha participado en la actividad ilícita ha cumplido su prestación, y por ello se cuida de reconocer el derecho a exigir el cumplimiento de lo que se le debe. Pero, proclamada la nulidad del contrato, ¿ninguna de las partes puede exigir su cumplimiento? ¿Cumplida la prestación por quien participa en la actividad ilícita (por ejemplo, paga por adelantado el precio del alquiler), ¿puede la otra parte negarse a cumplir? La calificación de la nulidad lleva a esta conclusión”.

⁶⁶ Para una valoración crítica de la regulación de la nulidad en el Código Europeo, *vid.*, C. Vattier Fuenzalida, “Inexistencia y nulidad”, en *Código Europeo de Contratos, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II, C. Vattier, J. M.ª de la Cuesta y J. M.ª Caballerro (dirs.), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 553–572, en especial, pp. 566 ss.

⁶⁷ *Vid.*, M. E. Storme, “Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law”, *Jurídica internacional*, n.º 11, enero 2006, pp. 34–44, en especial, pp. 38 ss, quien considera la expresión superflua cuando el principio infringido se materializa en una norma imperativa y la critica por su generalidad y vaguedad.

⁶⁸ Así, uno de los miembros de la Comisión que redactó la sección de la ilicitud en los PECL, *vid.*, H. L. Macqueen, “Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles”, en *Towards a European Civil Code. Third Fully Revised and Expanded Edition*, eds. A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Jouta, E. du Perron y M. Veldman, Kluwer Law International, 2004, pp. 417 ss.; *Id.*, en AA.VV., *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo – The Principles of European Contract Law Part III*, ed. A. Vaquer Aloy, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 549–566, en especial, pp. 551 ss. En el mismo sentido, H. Beale y O. Lando, *Principios de Derecho Contractual Europeo (Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo)*, ed. española a cargo de P. Barres benlloch,

una parte, el concepto es comprensivo de los que derivan de la moral, buenas costumbres u orden público en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y son comunes a todos ellos, pero a ellos deben añadirse, según el comentario oficial, los emanados de los textos básicos del Derecho europeo: el Tratado de la Unión Europea (principio de igualdad, de no discriminación, principio de libertad de circulación de personas, servicios y cosas o principio de protección de la competencia); la Convención Europea de Derechos Humanos [prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4), derecho a la libertad (art. 5), derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8), etc.]; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [libertad de elección de trabajo (art. 15) libertad de empresa (art. 16), derecho de propiedad (art. 17), igualdad entre hombres y mujeres (art. 23), derechos del menor (art. 24)]⁶⁹.

Entre los casos de la práctica judicial europea más significativos incluidos en este grupo menciona H. Beale los siguientes⁷⁰:

i) Contratos contrarios a la moral sexual o a los principios de la vida familiar. Destacan entre otros los contratos de maternidad subrogada que se consideran ilícitos por ser contrarios al orden público, por ejemplo en Francia (*Cour Cassation, Assemblée plénière*, 31 mayo 1991, Bull. n° 4; D. 1991) o en Alemania [OLG (*Oberlandesgericht*) Hamm, 2 diciembre 1985 (NJW 1986, 781)].

ii) Contratos que limitan la libertad de mercado, restringiendo el libre ejercicio de una actividad profesional o económica. Es el caso de la cesión de derechos de propiedad intelectual de carácter abusivo en Inglaterra (*House of Lords*, 16 octubre 1974, *Schroeder Music Publishing Co v Macaulay*), el carácter excesivamente dilatado en el tiempo de una vinculación contractual re competencia (*House of Lords*, 23 febrero 1967, *Esso Petroleum Co Ltd v Harper's Garage (Stourport) Ltd*) o los pactos de no concurrencia que impiden ejercer una determinada actividad profesional durante un plazo excesivo de tiempo [Francia: *Cour Cassation, chambre sociale*, 21 octubre 1960, (JCP 1960.II.11886); Inglaterra: *House of Lords*, 28 julio 1913, *Mason v Provident Clothing & Supply Co Ltd.*].

B) Contratos contrarios a normas imperativas (arts. 15:102 PECL y II-7:302 DCFR)

La expresión “*contracts infringing mandatory rules*” engloba tanto la vulneración de normas imperativas como las prohibitivas⁷¹, siendo extraordinaria la variedad de casos que las legislaciones nacionales de los Estados europeos pueden establecer. La infracción de la norma imperativa puede afectar a las partes

J.M. Embridi Irujo y F. Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pp. 309–310.

⁶⁹ Vid. G. Luchetti y A. Petrucci, eds., *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo*, Patron editore, Bologna, 2006, pp. 256–257.

⁷⁰ Vid. H. Beale, B. Fauvarque-cosson, J. Rutgers, D. Tallon y S. Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2ª ed. Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 612 ss.

⁷¹ Advierten F.J. Infante Ruiz y F. Oliva Blázquez (“Los contratos ilegales en el Derecho privado europeo”, *Indret*, julio 2009, pp. 1–58, en especial, p. 39) un matiz diferencial entre PECL y DCFR en este aspecto: “El art. 15:102 PECL se refiere a las normas de derecho necesario del art. 1:103. Este último artículo distingue dos tipos de *mandatory rules*: a) las normas domésticas de derecho necesario que pueden dejarse sin aplicación por la elección de las partes de los Principios que rijan el contrato cuando esto esté permitido por una ley que de otro modo sería aplicable; y b) las normas aplicables sin consideración al derecho elegido para gobernar el contrato de acuerdo con las reglas relevantes del derecho internacional privado. Esta distinción sigue el art. 7 del Convenio de Roma de 1980 sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales, el cual prevé que cuando se aplique la ley de un país determinado podrá darse efecto a las normas imperativas de otro país con el que la situación tenga una estrecha conexión en la medida que tales normas, según el derecho del último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. La distinción de los PECL ha desaparecido en el DCFR, por lo que en art. II-7:302 ya no se encuentra el reenvío a las normas imperativas o prohibitivas aplicables. He aquí la diferencia más fundamental entre una y otra regulación, ya que, por lo demás, el art. II-7:302, salvo algunos retoques de estilo, no modifica el art. 15:102 PECL. La razón estriba en que el DCFR amplía el margen de la autonomía de los contratantes para elegir cualesquiera normas derecho necesario como derecho aplicable”.

que pueden celebrar el contrato, a su contenido, finalidad o a su ejecución⁷². En cuanto a la contrariedad a la ley por su finalidad o propósito, advierten H. Beale y O. Lando, que, “en general, para que un objeto o propósito ilícito afecte a la eficacia del contrato, dicho objetivo debería ser común a ambas partes, al menos en el sentido de que el que no persiga directamente esos propósito u objetivo ilícito, sí lo conozca o hubiera debido darse cuenta de ello”⁷³.

Entre los ámbitos más comunes con normas prohibitivas de determinados comportamientos o condicionadas a la observancia de determinados requisitos, se han destacado “*leyes de defensa de la competencia*”, donde las legislaciones de todos los Estados europeos (y prácticamente de todo el mundo) prevén la invalidez de los contratos o acuerdos entre empresarios que provoquen una restricción de la competencia, que puedan alterar la producción o las condiciones del mercado o falsear la competencia; *leyes de ordenación de la actividad de seguros*, que establecen la obligación en todos los Estados de que la actividad de seguro sea realizada obligatoriamente por un determinado tipo de sociedades y que sólo pueda desarrollarse con la pertinente autorización administrativa; *leyes de lucha contra el “trabajo negro”*, en las que se encuentra la prohibición de contratar el trabajo sin el pertinente registro en el sistema de la Seguridad Social o la obligación de registrar todo contrato de trabajo; *leyes sobre juegos y apuestas*, materia común de la legislación administrativa de los diferentes Estados con las que se regulan los contratos de juegos y apuestas y las circunstancias bajo las cuales los contratos de juegos y apuestas son ilícitos; o, por concluir con un supuesto muy controvertido y extendido, como acaba de verse, el *pactum de litis quota*, que en algunos países ha llegado a prohibirse legal (como es el caso actualmente de Alemania) o reglamentariamente (como era hasta hace poco el caso de España)”⁷⁴.

Efectos de la ilicitud. Las consecuencias anudadas a la contravención difieren en función de cual sea la causa de la ilicitud:

1.- Si el contrato es contrario a los principios fundamentales, no surte efecto (art. 15:102 PECL) o es nulo (II-7:301) en tanto (“*to the extent that*”) esa ineficacia total sea requerida para hacer eficaz el principio vulnerado, dado que se recoge expresamente en ambos textos la posibilidad de nulidad parcial (arts. 15:103 PECL y II-1:108 DCFR) cuando la contravención afecte sólo a algunas de las cláusulas contractuales y el contrato pueda razonablemente subsistir sin la parte inválida.

2.- Si el contrato es contrario a una regla imperativa, su ilicitud se resuelve a través de los efectos que para el contrato establezca la norma infringida; para el supuesto de no existir previsión al respecto, los arts. 15:102 PECL y II-7:302 DCFR abogan por la flexibilidad y discrecionalidad en la línea de lo que se ha dado en llamar una “discrecionalidad estructurada” abierta por la *Law Commission británica*⁷⁵: según las circunstancias, el contrato puede ser válido, nulo total o parcialmente o ser modificado⁷⁶. Para determinar la concreta eficacia del contrato ilegal, que deberá ser apropiada y proporcional a la infracción, se

⁷² C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swan, P. Varul, A. Veneziano y F. Zoll (eds.), *op. cit.*, p. 565.

⁷³ H. Beale y O. Lando, *op. cit.*, p. 315.

⁷⁴ Vid., F. J. Infante Ruiz y F. Oliva Blázquez, *loc. cit.*, pp. 39-40.

⁷⁵ Cf., *Law Commission, Consultation Paper 154*, 21 January 1999: “*Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trusts*”, pp. 102 ss, cuya propuesta, en orden a que los tribunales decidan si conceden o no la restitución de las prestaciones ejecutadas en casos de ilegalidad pasa por la valoración de los siguientes criterios: a) la gravedad de la ilegalidad; b) el conocimiento e intención del demandante; c) si la denegación actúa como elemento de disuasión; d) si la desestimación de la reclamación favorece el cumplimiento de la finalidad de la norma vulnerada al propósito; e) si la denegación es proporcional a la ilegalidad de que se trate.

⁷⁶ Advierte E. Bosch Capdevilla: “El poder de modificar el contrato incluye el poder de dispensar el cumplimiento de determinadas obligaciones impuestas en el control, dejando otras inalteradas. Señalan los Comentarios Oficiales que será asimismo posible declarar que el contrato sea exigible por solamente una de las partes, o que solamente sea exigible en parte, o únicamente en un determinado momento. Asimismo, el juez también podrá decidir que determinados remedios, como por ejemplo, el cumplimiento del contrato en forma específica, no puedan ser utilizados mientras que sí puedan emplearse otros como la indemnización de daños y perjuicios” (en *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y*

reseñan una serie de circunstancias, a título enunciativo, que podrán ser valoradas por el juzgador o árbitro⁷⁷:

(a) *La finalidad de la norma violada*, esto es, determinada la intención legislativa de acuerdo con las reglas usuales sobre interpretación, debe valorarse si la eficacia de la norma exige la anulación del contrato.

(b) *La categoría de personas que la norma busca proteger*, de modo que si, por ejemplo, la norma se limita a prohibir a una de las partes que celebre contratos del tipo de que se trate, de ello no podrá deducirse que la otra parte pueda alegar la ilegalidad para impedir la entrada en vigor del contrato.

(c) *Cualquier sanción que imponga la norma violada*: Si la norma en cuestión prevé una sanción penal o administrativa contra el infractor, su imposición puede ser una respuesta más adecuada para disuadir de la conducta que evitar la producción de efectos al contrato total o parcialmente.

(d) *La gravedad de la infracción*, que puede ser valorada por el juez o árbitro a efectos de que si es leve el contrato produzca efectos.

(e) *La intencionalidad de la contravención*, que permitirá al juez o árbitro tener en cuenta el conocimiento o la inocencia de las partes con respecto a la infracción de la norma.

(f) *La proximidad de la relación entre infracción y contrato*, esto es, si el contrato ha sido concertado para el cumplimiento ilegal por una o ambas partes.

Por lo demás, la procedencia o no de la restitución de las prestaciones ejecutadas en virtud de un contrato ilícito se articula de manera diferente, aunque con similitud de resultados, en cada uno de los textos:

1.- El art. 15:104 PECL, partiendo como regla general de la restitución *in natura* o en especie de las prestaciones ejecutadas en virtud de un contrato ilícito, confiere al juzgador la posibilidad de valorar la procedencia o no de la restitución en atención a las circunstancias indicadas en el art. 15:102 PECL, al tiempo que establece la regla de no restitución para quien conoció o debió conocer la causa de la ineficacia.

2.- El art. II-7:303 DCFR remite a las normas sobre el enriquecimiento injusto recogidas en el Libro VII, de las que resulta la procedencia de solicitar la restitución de lo ejecutado en virtud de un contrato declarado nulo a fin de impedir el enriquecimiento injustificado de la otra parte (arts. VII-1:101, VII-5:101 y VII-6:102). No obstante, el art. VII-6:103 excepciona el supuesto en el que la nulidad provenga de la infracción de los principios fundamentales o de las normas imperativas, en cuyo caso, la parte que se ha enriquecido indebidamente queda exonerada del deber de restituir si ello comporta contravenir la finalidad que subyace en el principio o norma infringida. En consecuencia, la calificación de un contrato como ilegal, si ha producido un enriquecimiento a favor de alguna de las partes, puede desembocar bien en la restitución, bien en el enriquecimiento injustificado para una de las partes, dependiendo de cuál sea la medida que mejor coadyuva al cumplimiento de la finalidad perseguida por la norma infringida o por el principio fundamental vulnerado⁷⁸.

IV del Marco Común de Referencia. Tomo I, coords. A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila y M.^a P. Sánchez González, Atelier, 2012, p. 535).

⁷⁷ *Vid.*, C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swan, P. Varul, A. Veneziano y F. Zoll (eds.), *op. cit.*, pp. 567–573.

⁷⁸ En los comentarios, se recogen como criterios orientadores de la labor del juzgador en orden a la apreciación de la procedencia o no de la restitución del enriquecimiento los siguientes: (a) la culpabilidad de cada parte; (b) la finalidad del principio o de la norma infringida; (c) la categoría de personas a las que la norma trata de proteger; (d) cualquier sanción que se pueda imponer conforme a la norma infringida; (e) la gravedad de la infracción; y (f) la proximidad de la relación entre la infracción y el contrato. La aplicación de art. VII-6:103 se ilustra con varios ejemplos, entre ellos el de una persona que emplea a otra, conociendo que carece de permiso de trabajo, para realizar servicios de limpieza;

En cuanto a la transmisión de la propiedad y la titularidad en los contratos ilegales, a diferencia de los PECL que no incorporan previsión al respecto, el apartado segundo de este art. II-7:303 DCFR se ocupa de la incidencia del contrato ilegal sobre el derecho de propiedad, remitiendo la cuestión a lo establecido en las normas sobre la transmisión de la propiedad contenidas en el Libro VIII, que establecen la no transmisión de la propiedad en los supuestos de nulidad contractual por vulneración de los principios fundamentales (nulidad *ab initio*) y la retroactividad de los efectos de la declaración judicial de nulidad en el caso de que el contrato infrinja normas imperativas, debiendo considerarse en consecuencia que la propiedad nunca ha sido transmitida (art. VIII.-2:202: *Effect of initial invalidity, subsequent avoidance, withdrawal, termination and revocation*).

Finalmente, con el propósito de colocar a las partes en la misma situación que tenían si el contrato no se hubiese celebrado, los arts. 15:105 PECL y II-7:304 DCFR proporcionan una serie de reglas sobre la indemnización de los daños ocasionados a una de las partes como consecuencia de la invalidez del contrato ilícito, siempre que quien reclama la indemnización no conociera ni estuviera en condiciones de conocer el motivo de la nulidad. La indemnización solo abarcará el interés negativo (*reliance interest*) de la parte agraviada, debiendo colocarla en la situación que tendría si el contrato no se hubiese realizado, de ahí que únicamente serán indemnizables los gastos realizados en atención al contrato ilícito celebrado, no las ganancias dejadas de obtener ni los daños morales⁷⁹.

3. Revisados Principios de Derecho Contractual Europeo

Los Revisados Principios de Derecho Contractual Europeo por la Association Henri Capitant/Société de législation comparée (en adelante, RPECL, de su denominación inglesa, *Revised Principles of European Contract Law*)⁸⁰ introducen modificaciones sustanciales en la reglamentación de la ilicitud contratual contenida en los PECL.

1. En primer lugar, los RPECL trasladan el tratamiento de la ilicitud al capítulo cuarto de la Parte I dedicado a la invalidez contractual, en el que se aúnan los capítulos 4 (*Validity*) y 15 (*Illegality*) de los PECL.

2. En segundo lugar, bajo la rúbrica “*Invalidity for Illegality*”, se engloban los supuestos de ilegalidad recogidos en los PECL por violación de principios fundamentales y de normas imperativas, pero se incorpora un nuevo grupo, la ilegalidad derivada de la violación de los derechos de terceros. En cualquier caso, las diferencias de tratamiento entre PECL y RPECL son de calado:

A) Por lo que se refiere a la invalidez por contravención de los principios reconocidos como fundamentales por los Estados miembros de la Unión Europea (art. 4:301), se distingue entre aquellos supuestos en los que la ilegalidad del contrato se produce desde la fecha de conclusión del contrato, en cuyo caso el

realizado el trabajo y ante la negativa a pagarlo se plantea, siendo nulo el contrato, si procede el enriquecimiento injustificado del empleador, lo cual debe ser sopesado con el objetivo de las reglas que anulan los contratos de trabajo ilegales, lo que lleva a concluir que debe permitirse la reclamación del empleado por el trabajo efectuado, aunque sólo en la medida del valor de su trabajo real inferior, por tanto, al precio de ese servicio en el mercado laboral ordinario [C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swan, P. Varul, A. Veneziano y F. Zoll (eds.), *op. cit.*, p. 3944].

⁷⁹ Advierten F. J. Infante Ruiz y F. Oliva Blázquez (*loc. cit.*, p. 47) que “los comentarios no aclaran cuál es el origen de la concesión de la indemnización en este caso. Muy probablemente la inspiración se ha encontrado en la tradicional doctrina alemana de la *culpa in contrahendo* incluida desde la reforma del derecho alemán de obligaciones operada por la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* de 2001 en los §§ 241 (2) y 311 (2) y (3) del propio BGB. Se parece, además, al art. 1338 del Código Civil italiano en el que se prescribe que la parte que conoció o debió haber conocido la existencia de un motivo para la invalidez del contrato y no da noticia de la misma a la otra parte está obligada a compensar por el daño sufrido por esta última en atención a la realidad del contrato”.

⁸⁰ Se recogen en la tercera parte de la obra *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, B. Fauvarque-Cosson y D. Mazeaud eds., Sellier, European law publishers, Munich, 2008, pp. 575–614.

contrato es ineficaz desde el principio, y aquellos en los que la ilegalidad aparece en un momento posterior a su conclusión, en los que la falta de efectos opera desde el momento en que aparece la ilegalidad, no siendo retroactiva (art. 4:302). No obstante, la ineficacia total del contrato que infrinja principios fundamentales puede ser removida si las partes llevan a cabo una modificación del contrato con el fin de eliminar la causa de su ilegalidad (art. 4:412).

B) Cuando la celebración o ejecución de un contrato fuere contraria a una norma imperativa (art. 4:303), su ilegalidad se resuelve a través de la sanción que para el contrato establezca la norma infringida; caso de no existir previsión al respecto, el contrato puede volverse ineficaz, total o parcialmente, en proporción a lo que se requiera para reparar los intereses dañados, o incluso ser modificado (art. 4:304).

A diferencia de la línea de flexibilidad y discrecionalidad prevista en los PECL (e igualmente acogida por el DCFR y los Principios UNIDROIT), los RPECL no ofrecen al juzgador o árbitro un listado de circunstancias cuya valoración le permita decidir la concreta eficacia del contrato ilegal, sino que expresamente delimitan los casos que desencadenan cada una de las consecuencias de la ilegalidad por contravención de una norma imperativa, dando al juzgador elementos más precisos en relación con la sanción apropiada en cada caso:

i) Conforme al art. 4:305, la ineficacia total supone que el contrato quedará sin efecto desde la fecha de su ilegalidad, lo cual tendrá lugar cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- (a) la finalidad del contrato esté prohibida por normas de obligado cumplimiento;
- (b) el contrato constituya una infracción fraudulenta de la ley;
- (c) la ilegalidad afecte a un elemento esencial del contrato;
- (d) la cláusula ilegal fue determinante para el consentimiento de las partes;
- (e) si la eficacia parcial priva al contrato de toda utilidad para una de las partes o modifica sustancialmente el equilibrio contractual.

ii) La ineficacia parcial comportará la ineficacia de una parte o una cláusula contractual (art. 4:306). No obstante, en determinados supuestos de ineficacia parcial, se puede hacer valer la ineficacia total del contrato: a. Si la norma imperativa vulnerada está dirigida a la protección de una persona, esta puede instar la ineficacia total; b. Del mismo modo, en los supuestos en que la ilegalidad afecte a una cláusula accesorio, la parte que actuó de buena fe puede solicitar la ineficacia total del contrato cuando la cláusula ilegal fue determinante de la prestación de su consentimiento o cuando la mala fe de la otra parte comprometa la ejecución del contrato.

iii) Finalmente, el art. 4:307 se ocupa de la modificación del contrato con el fin de eliminar la causa de su ilegalidad. Tal modificación puede ser consecuencia de una regularización contractual llevada a cabo por la partes o puede ser decretada por los tribunales a solicitud de una de las partes, siempre que no se haya establecido la ineficacia del contrato. En tal caso, la modificación debe proteger la voluntad inicial de las partes y la utilidad del contrato en interés de ambas partes.

C) Por lo que se refiere a la ilegalidad por violación de los derechos de terceros, los arts. 4:308 y 4:309 se ocupan fundamentalmente del contrato concluido en fraude de los derechos de terceras personas, declarándose su ineficacia solo frente a estas, salvo que la restauración de los derechos de los terceros exija la ineficacia total del contrato. En cualquier caso el tercero perjudicado podrá exigir la correspondiente reparación de las partes o de quien, teniendo pleno conocimiento del fraude, sin embargo hubiere adquirido los derechos sobre los bienes que eran el objeto del contrato fraudulento.

3. Por último, los RPECL alteran notablemente los efectos de la ilicitud en lo relativo a la restitución de las prestaciones ejecutadas en virtud de un contrato ilegal declarado ineficaz. Como regla, la ineficacia total o parcial del contrato obliga a las partes a la restitución recíproca *in natura* de las prestaciones ejecutadas en virtud del contrato o cláusula ilegal (art. 4:501). No obstante, se excepciona la restitución para la

parte que haya contraído el contrato con conocimiento o debiendo conocer la causa de la ilegalidad (art. 4:504). Asimismo, si la causa de invalidez se produce durante la ejecución del contrato solo tendrá lugar la restitución si, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito del contrato, resulta injusto que la partes mantengan lo recibido (art. 4:503.2)

Al igual que en los PECL, los RPECL, con el propósito de colocar a las partes en la misma situación que tenían si el contrato no se hubiese celebrado, se reconoce el derecho a obtener una indemnización, que solo abarcará el interés negativo (*reliance interest*), a favor de la parte que no conociera ni estuviera en condiciones de conocer el motivo de la nulidad (arts. 4:501 y 4:506).

V. Derecho comercial africano: Actas uniformes OHADA

En el seno de la Organización para la Armonización del Derecho Comercial en África (en adelante, OHADA)⁸¹, la uniformización de los sistemas legislativos se efectúa a través de la promulgación de Actos Uniformes que, a semejanza de los Reglamentos de la Unión Europea, se superponen a las normas internas nacionales, siendo directamente aplicables en cada uno de los Estados miembros.

En el ámbito contractual, la reglamentación uniforme se circunscribe a lo dispuesto, esencialmente para el contrato de compraventa, en el Acta Uniforme relativa al Derecho Mercantil General⁸², aprobada el 17 abril 1997 y revisada el 15 diciembre 2010, entrando en vigor el 15 febrero 2011. En el ámbito contractual, se ocupa del arrendamiento comercial, la intermediación y la compraventa mercantil, sin abordar cuestiones relativas a su ilicitud.

La ilicitud contractual sí es objeto de previsión específica en el Anteproyecto de Ley Uniforme OHADA sobre Derecho de los Contratos (2006)⁸³. El Anteproyecto, a pesar de la clara influencia del Derecho francés, prescinde de cualquier requisito de validez del contrato más allá del acuerdo de las partes (art. 2.1) y, en consecuencia, de vincular la ilicitud a algún elemento estructural. Partiendo de reconocimiento de la libertad de las partes para determinar el contenido contractual (art. 1.1), bajo la rúbrica “Ilicitud” sanciona, con una cláusula de carácter general, la nulidad de cualquier contrato o cláusula contractual contrarios al orden público o a las buenas costumbres, así como aquellos que infrinjan disposiciones legales imperativas, salvo que la ley disponga otro efecto para la contravención (art. 3.1)⁸⁴. La nulidad por ilicitud es calificada como absoluta, pudiendo ser invocada por cualquier persona interesada, apreciada de oficio por el juez y no siendo susceptible de confirmación (art. 3.13). Provoca la restitución recíproca de las prestaciones ejecutadas en virtud de un contrato nulo (art. 3.19), así como la obligación de reparar el perjuicio por la parte que conociera o debiera haber conocido el motivo de la nulidad (art. 3.20). La indemnización a la parte agraviada debe colocarla en la situación que tendría si el contrato no se hubiese realizado (interés negativo).

⁸¹ OHADA es una organización intergubernamental creada por el Tratado sobre la Armonización del Derecho Mercantil en África de 1993, que agrupa a 17 Estados: Benin, Burkina Faso, Camerún, República Centroafricana, Chad, Comores, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Malí, Níger, República Democrática del Congo, Senegal, Chad y Togo. Sobre el origen y trayectoria del proceso de integración jurídica emprendido por la OHADA, vid., J. M. Cueto Álvarez de Sotomayor, “Historia, Órganos y Desafío de la OHADA tras la revisión de su Tratado Constitutivo en 2008”, en J. M. Cueto Álvarez de Sotomayor, S. Esono Abeso Tomo y J.C. Martínez García, *La Armonización del Derecho Mercantil en África impulsada por la OHADA*, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, pp. 15–44.

⁸² *Journal Officiel OHADA*, N.º. 23, 2011, disponible en <http://www.ohada.com/>.

⁸³ Disponible en <http://www.unidroit.org/french/legalcooperation/OHADA%20act-f.pdf>.

⁸⁴ M. Fontaine, artífice del Anteproyecto, así lo justifica: “*Ainsi, en droit français, la notion de cause sert notamment à sanctionner l’illicéité, par la condamnation des contrats ayant une cause illicite. Mais le même résultat est plus simplement atteint par une disposition sanctionnant de nullité tout contrat contraire aux lois impératives, à l’ordre public ou aux bonnes mœurs (ou une formule analogue), sans qu’il soit besoin de se référer à une quelconque “cause” de ce contrat*” (“L’avant-projet d’Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats et les Principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international”, *Unif. L. Rev.*, 2004–2, pp. 253–267, en especial, p. 265).

Otro es el criterio del Proyecto de Texto Uniforme relativo al Derecho de obligaciones en el espacio OHADA (2015)⁸⁵, obra de los profesores J. Issa sayegh, P.G. Pougoue y F.M. Sawadogo. Estas reglas uniformes optan por mantener la causa y el objeto como requisitos contractuales, vinculando la licitud del contrato a la de estos elementos estructurales, así como a la finalidad perseguida por una de las partes. La ilicitud del objeto (art. 111) o de la causa (art. 115), por contrariedad a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, provocan la nulidad absoluta del contrato (a diferencia de la ausencia de estos elementos que ocasiona la nulidad relativa); a estos supuestos se suman, como causa de invalidez, aquellos en los que una de la partes persigue una finalidad ilícita desconocida por la otra, si bien se establece a cargo de la parte culpable una obligación de indemnizar a la otra los perjuicios ocasionados por la nulidad contractual. Si ambas partes son conocedoras de la ilicitud, la indemnización queda excluida (art. 123). La nulidad absoluta, a diferencia de la relativa, va dirigida a la salvaguarda del interés general, pudiendo ser invocada por cualquier persona interesada, apreciada de oficio por el juez y no siendo susceptible de confirmación (arts. 142 y 143). Si las prestaciones hubieran sido ejecutadas, la eficacia retroactiva de la nulidad origina la obligación de restitución integral recíproca, de las prestaciones y de los beneficios obtenidos como consecuencia del contrato (arts. 153 y 209).

VI. Derecho comercial caribeño: Principios OHADAC

En el ámbito de la Organización para la Armonización del Derecho Comercial en el Caribe (OHA-DAC)⁸⁶, entre los diferentes textos publicados para la armonización del Derecho privado en el heterogéneo entorno de la región caribeña, destacan en el ámbito que nos ocupa los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales que, con la finalidad de armonizar el marco de las transacciones exclusivamente comerciales (B2B) a través de un modelo *soft law*, vieron la luz en enero de 2015⁸⁷.

Los Principios OHADAC dedican la sección 4 del capítulo tercero a la ilicitud, pero, a diferencia de los Principios UNIDROIT y de los textos europeos, no incorporan una regulación específica sino que remiten a las normas imperativas de origen estatal, internacional o supranacional, que resulten legítimamente aplicables al contrato, para la determinación de la ilicitud. En concreto, el art. 3.4.1 señala:

“Los presentes Principios no limitan ni impiden la aplicación de normas imperativas, de policía o de orden público internacional, tanto de origen estatal, como internacional y supranacional, que determinen la ilicitud o ilegalidad del objeto, del contenido o del cumplimiento del contrato o de alguna de sus obligaciones”.

La adopción de esta opción está claramente expuesta en los comentarios al citado precepto, que la justifican en las siguientes razones:

⁸⁵ Accesible en <http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/07/Avant-projet-droit-des-obligations-OHADA-texte-final-150603.pdf>.

⁸⁶ OHADAC, acrónimo de *Organization pour l'Harmonization du Droit des Affaires dans le Caraïbe*, está dirigida por la Asociación ACP Légal, con sede en Guadalupe. Inspirada en el mecanismo de integración jurídica regional de la OHADA, fue creada en 2007 con la idea de implementar un sistema de Derecho mercantil armonizado en el espacio del Caribe, cuyo ámbito territorial, de gran variedad lingüística, cultural, jurídica y política, abarca una treintena de Estados independientes y más de cuarenta territorios diferentes, continentales (Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Venezuela, Surinam, Guyana, Belice y la Guayana francesa bajo soberanía francesa.) e insulares (Cuba, República Dominicana, Haití, Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Bahamas, Barbados, Jamaica y Trinidad-Tobago, así como los departamentos de ultramar de Guadalupe y Martinica, y colectividades de San Martín y San Bartolomé, sujeta a la soberanía de Francia; los territorios de Anguila, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Montserrat y Bermudas, sujetos a la soberanía de Reino Unido; Bonaire, Sint Eustatius y Saba, pertenecientes a las antiguas Antillas Holandesas, bajo soberanía de los Países Bajos. Finalmente cabe señalar el particular estatus de Puerto Rico, Estado libre asociado, territorio no incorporado a los EE.UU., al igual que las Islas Vírgenes Estadounidenses; y el de Curaçao, Aruba o Sint Maarten, como territorios autónomos de los Países Bajos.

⁸⁷ Accesibles en <http://www.ohadac.com/>.

– En primer lugar, al ser únicamente aplicables cuando las partes refieren expresamente a dichos Principios la regulación de sus obligaciones contractuales, como “ley aplicable al contrato” únicamente podrían ser considerados en el marco de procedimientos arbitrales de solución de controversias. En aquellos casos en que las controversias se resuelvan ante jurisdicciones y tribunales estatales, la referencia a los Principios OHADAC en el contrato no producirá, generalmente, el auténtico efecto de una “ley aplicable al contrato” o, dicho de otro modo, no desplazará la aplicación del Derecho estatal que resulte designado por las normas de Derecho internacional privado, salvo en la medida en que dicha ley admita que los Principios reflejan la autonomía material de las partes y con los límites que impongan sus normas imperativas que resulten aplicables a los contratos internacionales. Únicamente en el ámbito arbitral, la mayor flexibilidad a la hora de establecer las normas de Derecho aplicable al fondo del litigio arbitral permitiría considerar la elección de reglas de Derecho no estatales como una auténtica elección de la ley aplicable al contrato. Solo ante los tribunales de México y Venezuela, únicos firmantes de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), hecha en México el 17 marzo 1994, podría mantenerse, sin sin reservas, la posibilidad de considerar los Principios OHADAC como ley aplicable al contrato.

– En segundo lugar, por ser un lugar común en el Derecho de los contratos internacionales que las partes no pueden evitar la aplicación de las leyes de policía y de las normas imperativas, tanto de origen estatal, como internacional o supranacional, que se hallen vigentes en el país del tribunal que conoce (*lex fori*), o incluso en un tercer Estado que presente una vinculación estrecha con el contrato, singularmente el país de ejecución de las obligaciones pactadas (art. 9 Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, vigente en el Reino Unido, Francia y los Países Bajos, y art. 11 Convención de México, vigente en México y Venezuela. Dependerá, pues, de las normas imperativas internacionales o de los Derechos nacionales los efectos sobre la eficacia del contrato de un acuerdo que por su formación, finalidad o ejecución sea ilegal o contrario a la moral o al orden público

– Por último, se afirma la falta de convicción sobre la idoneidad de la reglamentación propuesta en los Principios UNIDROIT, los PECL o el DCFR. Al respecto se indica que la reglamentación en estos textos internacionales conduce al mismo resultado que la propuesta en los Principios OHADAC:

“En efecto, cuando el intérprete de un contrato sometido a los Principios OHADAC se enfrente a una norma imperativa estatal, internacional o supranacional que establezca la ilicitud del objeto, contenido o ejecución del contrato, y considere la procedencia de la aplicación de dicha norma imperativa, por su contenido o naturaleza, así como por su conexión territorial con el contrato (ley del foro, ley estatal que resultaría aplicable al contrato, ley del país de ejecución, ley del mercado afectado, ley de origen de un bien cultural, etc.), aplicará dicha norma y decretará los efectos sobre el contrato contemplados en dicha norma. Si dichos efectos no estuvieran claros en el sistema jurídico que decreta la ilicitud, nada impide al intérprete considerar las reglas generales de los Principios OHADAC elegidos por las partes, para establecer las consecuencias de dicha ilicitud sobre la validez y la ejecución del contrato, así como el juego de los remedios establecidos en los mismos Principios, en la medida en que se adapten de forma razonable a la finalidad y contenido de la norma imperativa conculcada”.

VII. Armonización del Derecho contractual en Latinoamérica y Sudesteasiático

En el ámbito latinoamericano existen en la actualidad diferentes iniciativas de armonización del Derecho privado patrimonial. Al mismo tiempo que un equipo de juristas ha instituido el denominado Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL)⁸⁸, inmerso en la elaboración de un Código Marco de las Obligaciones, otro grupo de trabajo está centrado en la armonización del Derecho contractual en América Latina⁸⁹.

⁸⁸ Pueden consultarse sus actividades en <http://gadal.uexternado.edu.co/>.

⁸⁹ Sobre las diversas iniciativas de integración del Derecho contractual en América Latina, *vid.*, R. Momberg, “Harmonization of contract Law in Latin America: past and present initiatives”, *Uniform Law Review*, v. 19, n.º 3, 2014, pp.

En este campo destaca la reciente publicación de los denominados Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos⁹⁰, un proyecto académico que agrupa a Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Guatemala, Paraguay, Uruguay y Venezuela⁹¹, coordinado por la Fundación Fueyo Laneri de Chile con el apoyo de la *Fondation pour le Droit Continental* francesa. Partiendo del reconocimiento del principio de libertad contractual y sus límites (orden público y buenas costumbres), no hay en el texto de los Principios Latinoamericanos mención alguna a la ilicitud contractual.

En otro ámbito regional, el sudesteasiático, desde 2009 otra iniciativa privada apunta a la armonización del Derecho contractual, a través de la elaboración de unos Principios de Derecho Asiático de Contratos (en adelante, PACL). Entre otros, los académicos y juristas participantes proceden de Birmania, Camboya, China, Hong Kong, Japón, Indonesia, Nepal, Corea del Sur, Filipinas, Singapur, Tailandia, Taiwán y Vietnam. Los equipos de trabajo están liderados por tres presidentes, los profesores Shiyuan HAN (China), Naoki Kanayama (Japón) y Young Jun LEE (Corea del Sur).

Siguiendo la técnica *soft law*, los PACL están orientados a la armonización de la parte general del Derecho contractual. Entre los años 2010 y 2012 se han celebrado diferentes encuentros en los que se ha abordado temas como principios generales, formación e Interpretación, cumplimiento e incumplimiento. Según informa el profesor HAN⁹², se han elaborado borradores, pendientes de revisión, de los capítulos sobre formación, validez, interpretación, ejecución y no cumplimiento del contrato, siendo su objetivo más inmediato publicar la primera parte de los PACL, con articulado, comentarios y notas, dedicada al cumplimiento e incumplimiento contractual⁹³.

VIII. Conclusión

Como ha podido comprobarse, sea cual sea el expediente que se utilice, el control de la licitud contractual promovido por los instrumentos internacionales y regionales de armonización del Derecho contractual solo concibe la efectividad de su regulación introduciendo altas dosis de elasticidad.

Las diferentes técnicas de apreciación de la ilicitud contractual empleadas, de un modo u otro, constituyen expedientes dotados de un alto grado de indeterminación con el fin de reaccionar, no sólo frente a contratos rechazados por normas positivas de carácter imperativo de los Derechos nacionales que resulten aplicables al contrato, sino frente a aquellos que vulneren valores éticos o de justicia material considerados fundamentales.

La flexibilidad cobra especial protagonismo en la determinación de los efectos o consecuencias civiles de los contratos ilícitos. En buena parte de los textos de armonización del Derecho contractual internacional, el efecto sancionador no gira en torno a la ineficacia o nulidad, sino que se otorgan facultades de discrecionalidad a jueces y tribunales para aplicar los efectos más adecuados y justos posibles en atención

411–428 y A. Ferrante, “¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 30, enero–junio 2016, pp. 107–127.

⁹⁰ Vid., E. Hondius, “Latin America Goes PECL”, *Eur. Rev. Priv. L.*, vol. 21, n.º 2, 2013, pp. 419–422 y A. Morales Moreno, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, pp. 227–254. El texto de los Principios se incorpora como anexo a este trabajo en las pp. 241 ss.

⁹¹ El análisis comparado de las soluciones ofrecidas por los ordenamientos jurídicos de los mencionados países, realizado a través informes sobre el sistema contractual vigente en cada uno de ellos, ha constituido la base para la elaboración de los Principios Latinoamericanos, pueden consultarse los mencionados informes en <http://fundacion-fueyo.udp.cl/proyecto-sobre-principios-latinoamericanos-de-derecho-de-los-contratos/> y en C. Pizarro Wilson (coord.), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los Contratos*. Ed. Fundación Fernando Fueyo–Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 15–17.

⁹² S. Han, “Principles of Asian Contract Law: An Endeavor of Regional Harmonization of Contract Law in East Asia”, *Villanova L. Rev.*, vol. 58, n.º 4, 2013, pp. 589–599.

⁹³ Y.J. Lee, “Characteristics of Non-Performance for Principles of Asian Contract Law (Drafts)”, accesible en http://uncitralcap.org/wp-content/uploads/2015/06/0604_session3_1_English_Young-June-Lee.pdf.

especialmente a la finalidad de la norma infringida y a los intereses y conductas de las partes en el caso concreto.

Bibliografía

- Albanese, A.: “Immoralità, illiceità e soluti retentio”, *Il Corriere Guiridico*, 2005, pp. 865–875.
- Albiez Dohrmann, K.J. (dir.): *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, 2011.
- Alpa, G. y Bessone, M. (coords.): *Causa e consideration*, Padova, 1984.
- Armbrüster, C.: § 134, en AA.VV. *Münchener Kommentar zum Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil*, 6ª ed. Munich, Verlag C.H. Beck, 2012.
- Arroyo i Amayuelas, E.: “Los Principios del Derecho contractual comunitario”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, 2008, fasc. I, págs. 211–239.
- : en *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales internacionales. Actas del Congreso Internacional Celebrado en Palma de Mallorca 26 y 27 abril 2007*, dirs. Mª P. Ferrer Vandrell y A. Martínez Canellas, Dykinson, 2009, pp. 62–87.
- Asociación de Profesores de Derecho Civil (ed.), *Propuesta de Código Civil. Libros V y VI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de Législation Comparée: *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, München, Sellier, 2008.
- Bar. N. y Har–Sinay, N.: “Contract Validity and the CISG: Closing the Loophole” (25 January 2008), disponible <http://www.articlesbase.com/law-articles/contract-validity-and-the-cisg-international-treaty-closing-the-loophole-315561.html>.
- Beale, H. y Fauvarque-Cosson, B., Rutgers, J. Tallon, D. y Vogenauer, S.: *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2010.
- Beale, H. y Lando, O.: *Principios de Derecho Contractual Europeo (Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo*, ed. española a cargo de P. Barres Benlloch, J.M. Embrid Irujo y F. Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.
- Berger, K.P.: “Lex Mercatoria Online: The CENTRAL Transnational Law Database at www.tldb.de, *Arbitration International*, vol. 18, n.º 1, 2002, pp. 83–94.
- : *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2010.
- Betti, E.: *Teoría general del negocio jurídico* (traducción de A. Martín Pérez), 2ª ed., Madrid, 1959.
- Bonell, M.J.: “The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010”, *Uniform Law Review*, 2011, pp. 517–536.
- Buckley, R.A.: *Illegality and Public Policy*, Londres, Sweet and Maxwell, 2002.
- Cámara Lapuente, S. (coord.): *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003.
- Capitant, H.: *De la cause des obligations (Contracts, Engagements unilatéraux, legs)*, Paris, Dalloz, 1923.
- Cartwright, J.: *Contract Law (An Introduction of the English Civil Law of Contract for the Civil Lawyer)*, Oxford, Hart Publishing, 2003.
- Carrasco Perrera, A.: “Comentario al art. 6.3 del Código civil” en *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, I–I (dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), Edersa, 1992.
- : *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, 2010.
- Clavería Gosálbez, L.H.: *La causa del contrato*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1998.
- Cuniberti, G.: “Le nouvel article 3.3.1 des Principes UNIDROIT sur le Contrat violant une règle impérative : un regard critique du point de vue du droit international privé”, *Uniform L. Rev.*, 18, 2013, pp. 490–508.
- Cueto Álvarez de Sotomayor, J.M.: “Historia, Órganos y Desafío de la OHADA tras la revisión de su Tratado Constitutivo en 2008”, en J. M. Cueto Álvarez de Sotomayor, S. Esono Abeso Tomo y J.C. Martínez García, *La Armonización del Derecho Mercantil en África impulsada por la OHADA*, 2ª ed., Madrid, Ministerio de Justicia, 2011, pp. 15–44.
- Dabin, J.: *La teoría de la causa* (traducción de F. Pelsmacker), Madrid, 1955.

- De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.
- De Cuevillas Matozzi, I. y Favale, R.: *La perfección del contrato –Últimas tendencias–*, Reus, Madrid, 2016.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12, n° 4, 1998, pp. 859–893.
- Delgado Echeverría, J. y Parra Lucán, M.A.: *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Madrid, Dykinson, 2005.
- Dell’Aquila, E.: *El contrato en Derecho inglés (aspectos de Derecho comparado)*, Barcelona, PPU, 2001.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I (*Introducción a la teoría del contrato*), 6ª ed., Cizur Menor, Thomson–Civitas, 2007.
- Díez-Picazo/ Roca Trías/Morales Moreno: *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002.
- Djordjević, M.: “Article 4”, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas eds.), Múnich, CH Beck, 2011, pp. 62–87.
- Espiau Espiau, S. y Vaquer Aloy, A. (eds.): *Bases de un Derecho contractual europeo/Bases of a European contract law*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.
- Fauvarque-Cosson, B. y Mazeaud, D. eds.: *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Múnich, Selier. European Law Publishers, 2008.
- Ferrante, A.: “¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 30, enero–junio 2016, pp. 107–127.
- Ferri, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Guiffirè, Milano, 1968. W. Flume, *El negocio jurídico*, T. II (traducción de J. M. Miquel González y E. Gómez Calle), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- Fontaine, M.: “L’avant–projet d’Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats et les Principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international”, *Uniform L. Rev.*, 2004–2, pp. 253–267.
- Furmston, M.: *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contracts*, 16ª ed., Oxford University Press, 2012.
- Galgano, F.: *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- García Cantero, G. (dir.): “Traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, n° 4, pp. 299–396.
- García Pérez, R.M.: “La ilicitud contractual”, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Tomo I, S. Sánchez Lorenzo (ed.), Civitas–Thomson Reuters. Navarra, 2016, pp. 1079–1115.
- González Pacanowska, I.: “Los Principios Lando”, *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, dir. E. Bosch Capdevila, coord., Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, 2009, pp. 151–182.
- Han, S.: “Principles of Asian Contract Law: An Endeavor of Regional Harmonization of Contract Law in East Asia”, *Villanova L. Rev.*, vol. 58, n° 4, 2013, pp. 589–599.
- Hondius, E.: “Latin America Goes PECL”, *European Review of Private Law*, vol. 21, n° 2, 2013, pp. 419–422.
- Infante Ruiz, F.J. y Oliva Blázquez, F.: “Los contratos ilegales en el Derecho privado europeo”, *Indret*, julio 2009, pp. 1–58.
- Kain, B. y Yoshida, D.T.: “The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law”, *Annual Review of Civil Litigation*, Toronto, Thomson Carswell, 2007, pp. 1–47.
- Khurana, A.: “Public Policy In Contracts: Recent Trends”, January 30, 2015, *Lawctopus’ Law Journal + Knowledge Center*, disponible en <http://www.lawctopus.com/academike/public-policy-contracts-recent-trends/>.
- Lando, O.: “The European Principles in an Integrated World”, *European Review of Contract Law*, 1/2005, pp. 3–18.
- Lando, O. y Beale, H. (eds.): *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000 – edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo, F. Martínez Sanz, *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II*, Madrid, 2003.
- : *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer Law International, 2003 – edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo, F. Martínez Sanz. Madrid, 2007.
- Lee, Y.J.: “Characteristics of Non–Performance for Principles of Asian Contract Law (Drafts)”, accesible en http://uncitralcap.org/wp-content/uploads/2015/06/0604_session3_1_English_Young–June–Lee.pdf.
- Lehmann, M.: “Chapter 15: Illegality”, en *European Contract Law and German Law*, eds. S. Leible y M. Lehmann, Kluwer Law International, 2014.
- López Beltrán de Heredia, C.: *La nulidad de los contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Luchetti, G. y Petrucci, A. (eds.): *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo*, Patron editore, Bologna, 2006.

- Luna Serrano, A.: “Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitiva del contrato”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre, 2010, vol. 2, n.º 2, pp. 140–148.
- Macqueen, H.L.: “Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles”, en *Towards a European Civil Code. Third Fully Revised and Expanded Edition*, eds. A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joutstra, E. du Perron y M. Veldman, Kluwer Law International, 2004, pp. 417 y ss.
- : Id., en AA.VV., *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo – The Principles of European Contract Law Part III*, ed. A. Vaquer Aloy, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 549–566.
- Malo Valenzuela, M.A.: “Requisitos de validez del contrato en el Derecho uniforme”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 708, 2008, pp. 1741–1779.
- Marín López, M.J.: “El objeto del contrato”, en AA.VV. *Tratado de contratos*, I (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Markesinis, B.S., Unberath, H. y Johnston, A.: *The German Law of Contract (A Comparative Treatise)*, 2ª ed., Oxford, Hart Publishing, 2006.
- Martín Pérez, J.A.: “La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición evidente y quizás aparente)”, *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, La Ley, Madrid 2006, pp. 281–303.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: “Notas sobre las condiciones relativas al contenido del contrato. (Utilidad, posibilidad, licitud y determinación)”, en *Código Europeo de Contratos, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo I, C. Vattier, J. M.ª de la Cuesta y J. M.ª Caballero (dirs.), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 175–206.
- Mazeaud, V.: *Leçons de Droit Civil*, II-1º, 7ª ed., París, 1985.
- Mckendrick, E.: *Contract Law*, 11ª ed., Ed. Palgrave, London, England, 2015.
- Momberg, R.: “Harmonization of contract Law in Latin America: past and present initiatives”, *Uniform L. Rev.*, vol. 19, n.º 3, 2014, pp. 411–428.
- Morales Moreno, A.: “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, pp. 227–254.
- Parra Lucán, M.A.: “Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho Español. (Aproximación a la Sección 1 del Título XI de la Parte General del Código Europeo de Contratos)”, *Anuario de Derecho Civil*, 2004–2, pp. 549–638.
- Peel, E.: *Treitel: The Law of Contract*, 13ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2011.
- Perales Viscasillas, M.P.: “El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)”, 2001, accesible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>.
- Pérez Velázquez, J.P.: *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, Madrid, Dykinson, Madrid, 2013.
- Perillo, J.M.: *Calamari and Perillo on contracts*, Hornbook Series, 6ª ed, Thomson Reuters, 2009.
- Pizarro Wilson (coord.), C.: *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los Contratos*. Ed. Fundación Fernando Fúyco–Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Rescigno, P.: “In pari causa turpitudinis”, *Riv. dir. int.*, 1966, I, pp. 1–57.
- Research Group On The Existing Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract 1, Munich, Sellier, 2007.
- Rojó Ajuría, L.: “Validez del contrato de ámbito de aplicación sustantivo de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 21, diciembre 1996, pp. 11–28.
- Saborido Sánchez, P.: *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- Sánchez Lería, S.: “Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo”, *Indret*, julio, 2014, pp. 1–32.
- Sánchez Lorenzo, S. y Moya Escudero, M. (eds.): *La cooperación judicial en materia civil por y la unificación del Derecho Privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003.
- : *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Schroeter, U.G.: “The Validity of International Sales Contracts: Irrelevance of the “Validity Exception” in Article 4 Sales Convention and a Novel Approach to Determining the Convention’s Scope (I. Schwenzer & L. Spagnolo,

- eds.), en *Boundaries and Intersections: The 5th Annual MAA Schlechtriem CISG Conference*, The Hague, Eleven International Publishing, 2014, pp. 95–117.
- Schwenzer, I.: “Global unification of contract law”, *Uniform Law Review*, vol. 21, 2016, pp. 60–74.
- : “Divergent Interpretations: Reasons and Solutions”, en *International Sales Law. A global Challenge*, ed. L. A. Dimatteo, Cambridge University Press, 2014, pp. 102–119.
- Starke, J.G., Seddon, N.C. y Ellinghaus, P.M. (eds.): *Cheshire & Fifoot’s Law of Contracts*, 6ª Australian ed., Sydney, Butterworths, 1992.
- Stathopoulos, M.: *Contract Law in Greece*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2009.
- Storme, M.E.: “Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law”, *Jurídica internacional*, nº 11, enero 2006, pp. 34–44.
- Terre, F., Simler, P. Lequette, Y.: *Droit Civil. Les obligations*, 5ª ed., Dalloz, París, 1993.
- Tod, S., Burrows, J.F. y Fin, J.: *Contract Law in New Zealand*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011.
- Unceta Laborda, M.: “Principios de UNIDROIT e ilicitud del contrato internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 620–628.
- Vacca, L. (dir.): *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1997. A. Vaquer Aloy (ed.), *La Tercera Parte de los Principios del Derecho Contractual Europeo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.
- Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E. y Sánchez González, M.P. (coords.): *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo I, Atelier, 2012.
- Vattier Fuenzalida, C.: “Inexistencia y nulidad”, en *Código Europeo de Contratos, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II, C. Vattier, J. M.ª de la Cuesta y J. M.ª Caballerro (dirs.), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 553–572.
- Vazquez de Castro, E.: “Los contratos ilegales en el Common Law”, *Anuario de Derecho Civil*, Enero, 2002, pp. 115–162.
- : *Illicitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Vogenauer, S. (ed.): *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2ª ed., Oxford University Press, 2015.
- : “General Principles of Contract Law in Transnational Instruments” en *English and European Perspectives on Contract and commercial Law. Essays in Honour of Hugh Bale*. L. Gullifer and S. Vogenauer (eds.). Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2014, pp. 291–310.
- Von Bar, C., Clive, E. Schulte-Nölke, H., Beale, H., Herre, J., Huet, J., Storme, M., Swan, S., Varul, P., Veneziano, A. y Zoll, F. (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Sellier, Munich, 2008.
- : *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Sellier, Munich, 2009.
- Von Tuhr, A.: *Tratado de las obligaciones*, traducción de W. Roces, Granada, Comares, 2007.
- Zamir, E.: “The civil codes—Israeli Report”, Thematic Congress of the Internacional Academy of Comparative Law. Taiwan, mayo 24–26, 2012, accesible en https://www.researchgate.net/publication/228142349_The_Civil_Codes_-_Israeli_Report.

CONTRATOS CON EL ESTADO: EL FRACASO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS CONTRATOS. CASO VENEZOLANO

Claudia MADRID MARTÍNEZ *

SUMARIO: I. Contratos con el Estado: una noción esquivada. II. Determinación de la jurisdicción: la inmunidad de jurisdicción del Estado. 1. Criterios generales de jurisdicción en materia contractual. 2. Exclusividad de la jurisdicción. 3. El caso del art. 151 de la Constitución. III. Determinación del Derecho aplicable. 1. El régimen general del Derecho aplicable al contrato en el sistema venezolano. 2. Los contratos con el Estado: entre las prerrogativas del Estado y las normas internacionalmente imperativas. IV. Una reflexión final.

RESUMEN: En Venezuela, el Derecho internacional privado de los contratos está fundamentado en las más modernas tendencias sobre la materia. En efecto, nuestro sistema reconoce la autonomía conflictual de manera muy amplia, admite la aplicación del Derecho más vinculado al contrato, en defecto de elección por las partes y reconoce un amplio poder de acción a los componentes de la *lex mercatoria*. Desde el punto de vista procesal, nuestro sistema admite las cláusulas de elección de foro sin exigir vinculación alguna con el tribunal elegido. Estas bondades, no obstante, poco o nada tienen que hacer cuando una de las partes contratantes es el Estado. En efecto, la inmunidad de jurisdicción reconocida al Estado en materia contractual y la actuación de las prerrogativas del Estado como normas internacionalmente imperativas constituyen un serio obstáculo al funcionamiento del Derecho internacional privado de los contratos.

PALABRAS CLAVE: CONTRATOS CON EL ESTADO – DERECHO APLICABLE – JURISDICCIÓN – PREROGATIVAS DEL ESTADO – INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.

ABSTRACT: *Contracts with the State: the failure of the private international law of contracts. Venezuelan case*

*In Venezuela, the private international law of contracts is based on the most modern. In fact, our system recognizes the conflict autonomy in a very broad way, it admits the application of the law more linked to the contract, in default of choice by the parties and recognizes a broad power of action to the components of *lex mercatoria*. From the procedural point of view, our system admits the forum choice clauses without requiring any link with the chosen court. These benefits, however, have little or nothing to do when one of the contracting parties is the State. The jurisdiction immunity conferred on the State in contractual matters and the performance of the prerogatives of the State as internationally imperative norms constitute a serious obstacle to the operation of international private law of the contracts.*

KEY WORDS: STATE CONTRACTS - APPLICABLE LAW - JURISDICTION - PREROGATIVES OF THE STATE, JURISDICTION IMMUNITY.

* Doctora en Ciencias Mención Derecho, *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora Titular en la UCV y Profesora Asociado en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012–2014).

I. Contratos con el Estado: una noción esquivada

En Venezuela, la noción de “contrato administrativo” fue tomada del Derecho francés, sistema en el cual tal concepto fue adoptado a partir de la solución dada a un problema eminentemente procesal: la competencia de la jurisdicción ordinaria frente a la administrativa¹. Esta consideración, que solo fue acogida por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, al definir las competencias de la Sala Político Administrativa, fue aceptada por la mayoría de la doctrina². Así, se aceptó también la diferencia entre contratos administrativos propiamente tales y contratos de Derecho privado de la Administración³, aunque, ciertamente, tal distinción no fue satisfactoriamente explicada por la doctrina y se prestaba a graves problemas de calificación frente a algunos contratos concretos⁴.

A diferencia de sus predecesoras, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010⁵ no hace referencia a los contratos administrativos, con lo cual, buena parte de los administrativistas han entendido la inutilidad de mantener una noción —la de contrato administrativo— que no es reconocida por el Derecho positivo y cuya delimitación con los contratos de Derecho privado de la Administración, como hemos afirmado, tampoco estuvo del todo clara⁶.

La Constitución de 1999 tampoco hace referencia a los “contratos administrativos”. El texto constitucional prefiere referirse a los “contratos de interés público”, como una categoría más general que, según entiende la doctrina, incluye todos aquellos contratos que celebra el Estado⁷ —en cualquiera de sus formas—

¹ Según reporta la doctrina, todo inició con la sentencia dictada por la Corte Federal y de Casación en fecha 5 diciembre 1944, en el célebre caso Astilleros La Guaira. Vid. J.I. Hernández, “Hacia los orígenes del Derecho administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el Derecho público y el Derecho privado”, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n° 147, 2009, pp. 39 ss, esp. p. 41.

² “En un área del Derecho caracterizada por la constante controversia de la doctrina, llama la atención la adherencia que entre nosotros ha creado la tesis del contrato administrativo. Dejando a salvo las matizaciones de Lares Martínez y Brewer-Carías (que no niegan, como tal, la figura) y la posición contraria al contrato administrativo que defendiera Pérez Luciani (críticas también replicadas, desde el Derecho civil, por Melich Orsini), el resto de la doctrina ha aceptado, pacíficamente, esta tesis del contrato administrativo, siguiendo, muy de cerca, la génesis y evolución de tal figura en Francia”. Vid. J.I., Hernández, “Hacia los orígenes del Derecho administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el Derecho público y el Derecho privado”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n° 147, 2009, pp. 39 ss, esp. p. 42. Vid. la evolución del concepto en el Derecho venezolano en: A. Brewer Carías, “La evolución del concepto de contrato administrativo”, *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, t. I, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1981, pp. 41 ss.

³ “... los contratos de Derecho privado que celebra la Administración con los administrados son idénticos, en cuanto a su ejecución, cumplimiento y extinción, a los contratos que celebran los particulares entre sí... los contratos administrativos persiguen fines de interés público, que tienden a asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, o en términos de mayor latitud, las actividades vinculadas al interés general”. Vid. E. Lares Martínez, *Manual de Derecho administrativo*, 11ª ed. rev., Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1998, pp. 287–288.

⁴ Hay aún algunos autores que mantienen la necesidad y utilidad de esta distinción, con fundamento, no ya en los tribunales competentes para conocer de ellos, sino en el régimen jurídico aplicable. Vid. V. Hernández Mendible, J. Araujo-Juárez, A. Canónico Sarabia, M. Pernía Reyes y M.A. Torrealba, *La contratación pública en Venezuela*, Caracas, Funeda, 2015, p. 16.

⁵ Gaceta oficial, n° 39.522, 1.10.2010.

⁶ J.I. Hernández, “Hacia los orígenes del Derecho administrativo venezolano...”, *loc. cit.*, pp. 64–67.

⁷ En este sentido: E. Lares Martínez, “Contratos de interés nacional”, *Libro Homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, t. I, Caracas, UCV, 1981, pp. 117 ss; L.E. Farías Mata, “La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolana”, *Libro Homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, t. II, Caracas, UCV, 1981, pp. 981 ss; L. Brito García, “Régimen constitucional de los contratos de interés público”, *Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, n° 50, 1968, pp. 76 ss; A. Brewer Carías, “Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa”, *Revista de Derecho Público*, n° 11, abril-junio, 1982, pp. 49 ss. Brito García ha sostenido que no existe diferencia entre la expresión constitucional “contrato de interés público” y la expresión doctrinal “contrato administrativo”, entendido como aquel en el cual la Administración, actuando en su carácter de tal, persiguiendo las finalidades de

y que están sometidos a normas de Derecho público y, supletoriamente, a normas de Derecho privado, especialmente las contenidas en el Código Civil⁸. Además, la Constitución impone a la Administración Pública, el deber de actuar con sujeción a la Ley y al Derecho (art. 141), con lo cual la somete, sin distinción, tanto a disposiciones de Derecho público como de Derecho privado.

La Ley de Contrataciones Públicas⁹, por su parte, también prescinde de la noción de contrato administrativo y se centra en la regulación de tres tipos contractuales: contratos de adquisición de bienes, contratos de prestación de servicios y contratos de ejecución de obras (art. 1), cuando sean celebrados por los órganos y entes del Poder Público Nacional, estatal, municipal, central y descentralizado, las universidades públicas, el Banco Central de Venezuela, las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en las cuales la República y las personas jurídicas antes mencionadas tengan participación, igual o mayor al cincuenta por ciento (50%) del patrimonio o capital social respectivo, las asociaciones civiles y sociedades mercantiles en cuyo patrimonio o capital social, tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento (50%), las asociaciones civiles y sociedades antes mencionadas, las fundaciones constituidas por cualquiera de las personas citadas o aquellas en cuya administración éstas tengan participación mayoritaria, los consejos comunales o cualquier otra organización comunitaria de base que maneje fondos públicos (art. 3).

La Ley prescinde así del concepto de contrato administrativo. De hecho, en sus definiciones se limita a calificar al “contrato” como “el instrumento jurídico que regula la ejecución de una obra, prestación de un servicio o suministro de bienes, incluidas las órdenes de compra u órdenes de servicio, que se podrán utilizar para la adquisición de bienes o suministros de servicios. Deberá contener: precio, cantidades, forma de pago, tiempo, forma de entrega, especificaciones contenidas en el pliego de condiciones o condiciones de la contratación y oferta” (art. 6.32). Esta norma no hace referencia a la finalidad perseguida por el contrato.

Ahora bien, la ausencia de mención expresa en el Derecho positivo venezolano ha contribuido a una interpretación a favor del concepto genérico de contrato con el Estado. Sin embargo, justo es reconocer que la jurisprudencia de las Salas Constitucional y Política Administrativa sigue mostrando cierto apego por la expresión “contrato administrativo”, pero solo por la expresión. Al analizar el contenido que le dan a la misma, ha de concluirse, necesariamente, que se trata en definitiva de contratos con el Estado.

Así, el Tribunal Supremo ha definido, reiteradamente, este tipo contractual a través de tres características fundamentales¹⁰. En tal sentido, se ha hecho referencia, en primer lugar, a la participación de un ente público, sea nacional, estatal o municipal, sea perteneciente a la administración central o un ente descentralizado. Se incluyen también las empresas del Estado en cualquiera de sus manifestaciones. Sin embargo,

orden público que le corresponde cumplir, celebra con un tercero un pacto cuyo objeto tiende a dar cumplimiento a una finalidad de interés público; éste más bien se opone al concepto de “contrato de Derecho privado celebrado por la Administración”, en el cual el ente público se asimila a un particular e interactúa con él en un plano de igualdad; de manera que no emplea el poder público de que se encuentra investido y pacta una convención regida por normas de Derecho privado, que da lugar a relaciones de Derecho privado. L. Brito García, *Las instituciones fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 90. En sentido similar: L. Fariás Mata, “La teoría del contrato administrativo...”, *loc. cit.*, p. 941.

⁸ A. Brewer Carias, “Sobre los contratos del Estado en Venezuela”, *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo (Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey)*, n° 6, enero-junio, 2011, pp. 207 ss, especialmente pp. 208–210.

⁹ Gaceta oficial, n° 6.154 Extraordinario, 19.11.2014.

¹⁰ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Política Administrativa, Sent. n° 0357, 14/04/2004, *Empresa Constructora Irpresent c. Alcaldía San Carlos de Austria del Estado Cojedes*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00357-140404-2004-0146.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Política Administrativa, Sent. n° 0384, 21/04/2004, *David Goncalvez c. Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00384-210404-2003-0654.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Política Administrativa, Sent. n° 0881, 30/07/2008, *Babcock de Venezuela C.A. c. CVG. Siderúrgica del Orinoco, C.A. (SIDOR)*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00881-30708-2008-1997-14259.HTML>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Política Administrativa, Sent. n° 1218, 1/12/2010, *Corporación Tekparu, C.A. c. Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social* <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01218-11210-2010-2009-0326.HTML>.

en algunas decisiones se ha llegado a excluir del concepto a los contratos celebrados por institutos autónomos y empresas del Estado¹¹. Tal conclusión no es compartida por la doctrina, pues se ha considerado lo absurdo de no calificar un contrato celebrado por PDVSA como un contrato con el Estado¹².

En segundo término, el Tribunal Supremo destaca la finalidad que se persigue con el contrato. Tal finalidad ha de revestir carácter público, lo cual se la vincula con la noción de servicio público, concepto fundamental para el Derecho administrativo. De hecho, durante mucho tiempo éste fue el criterio que se utilizó, de manera exclusiva, para distinguir los contratos administrativos de los contratos privados de la administración¹³. Sin embargo, aceptado como ha sido, que la Administración solo actúa en interés general a través de la ejecución de un servicio público, la distinción aparece de nuevo como artificial. En todo caso, la finalidad pública sigue siendo fundamental para calificar el contrato¹⁴, aunque, como hemos afirmado, no sea el único criterio.

En tercer lugar, como consecuencia de la participación de la Administración y su connatural búsqueda de un interés público, el contrato se ve modificado en su estructura tradicional, con el objeto de incluir, “aun cuando no estuvieren escritas”, ciertas prerrogativas o potestades de las que goza el Estado y los entes que actúan en su nombre. Aparecen así las llamadas cláusulas exorbitantes que durante mucho tiempo definieron a este tipo de contratos, pues se considera que revelan la noción de interés general que tiene el servicio público¹⁵.

Estas disposiciones, según ha admitido la propia jurisprudencia no son, de hecho, cláusulas contractuales propiamente dichas, sino que constituyen la expresión de las potestades que el Estado puede ejercer, independientemente de que estén o no expresadas en el contrato¹⁶.

Ellas son un reflejo de los principios que informan la ejecución de los contratos que se celebran con el Estado. Tales principios son, en primer término, el relativo a la continuidad de la ejecución, de conformidad con el cual, el interés colectivo exige que la prestación del servicio o la ejecución de la obra no se vean afectados por las relaciones contractuales entre la Administración y el contratista¹⁷. Así, la ejecución no podrá detenerse, incluso en caso de incumplimiento por parte del Estado. A salvo solo los casos de fuerza mayor y hecho de la propia Administración. El segundo principio es el de mutabilidad del contrato, que permite a la Administración modificar unilateralmente las cláusulas contractuales, siempre que no lo

¹¹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sent. n° 2241, 24/09/2002, *Andrés Velásquez, Elías Mata y Enrique Márquez en acción de nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/2241-240902-00-2874%20.HTM>.

¹² A. Brewer Carias, “Sobre los contratos del Estado en Venezuela...”, *loc. cit.*, p. 210.

¹³ J.I. Hernández, José “Hacia los orígenes del Derecho administrativo venezolano...”, *loc. cit.*, pp. 43–45.

¹⁴ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 0868, 19/06/2002, *Flavio Azael Roa c. Alcaldía del Municipio Heres del Estado Bolívar y Héctor Barrios*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00868-190602-01-0373.HTM>, Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 1786, 3/08/2000, *Asociación Civil Productores Venezolanos Exportadores Provenexport c. Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (I.A.A.M.)*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/01786-030800-0511.HTM>.

¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. 5523, 11/08/2005, *Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Centro Norte en regulación de competencia*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/05523-110805-2005-4367.HTM>.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, Sent. 17/08/1999, Exp. n° 812–829, *Simón Muñoz Armas et al. en recurso de nulidad* (A. Brewer–Carias (comp.), *El caso de la apertura petrolera [Documentos del juicio de nulidad contra la autorización parlamentaria para los convenios de asociación petrolera 1996-1999]*, Caracas, 2001, pp. 280–328), Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 4584, 30/06/2005, *Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en regulación de competencia*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/04584-300605-2004-2860.HTM>, Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 0820, 31/05/2007, *Marshall y Asociados C.A. y Puerto Mar C.A. c. Gobernación del Estado Zulia por cobro de bolívares*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00820-31507-2007-1995-11922.HTML>, Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 1218, 1/12/2010, *Corporación Tekparu, C.A. en recurso de nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01218-11210-2010-2009-0326.HTML>.

¹⁷ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sent. n° 0568, 20/06/2000, *Aerolink International S.A. en amparo*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/568-200600-00-0751.HTM>.

haga de manera arbitraria y contraria al interés público. En definitiva, estaremos frente a un contrato con el Estado, cuando participe alguno de sus entes con el objetivo de conseguir la satisfacción de un interés público, general y en el cual, consecuentemente, se incluyen, expresa o implícitamente, las prerrogativas del Estado, a través de las llamadas cláusulas exorbitantes del Derecho común.

Cuando este tipo de contratos tengan elementos que permitan su calificación como internacionales, se activaría, en principio, el sistema de Derecho internacional privado. Sin embargo, el Derecho internacional privado de los contratos no se comporta, frente a los contratos con el Estado, como lo hace en el supuesto de un contrato paritario. Las soluciones generales que se aplican en este último caso fracasan frente a los contratos con el Estado. Así, puede decirse que el régimen exorbitante del Derecho común alcanza al Derecho internacional privado. Veamos.

II. Determinación de la jurisdicción: la inmunidad de jurisdicción del Estado

1. Criterios generales de jurisdicción en materia contractual

En materia contractual se acepta, de manera general, la procedencia de la sumisión. Es decir, las partes pueden, en principio, elegir el tribunal ante el cual deseen hacer valer sus pretensiones. Se acepta incluso, que no exista vinculación alguna entre el tribunal elegido y la causa¹⁸. Ningún criterio de jurisdicción podría resultar más idóneo en materia contractual que la voluntad de las propias partes contratantes¹⁹. En efecto, la elección del foro, acompañada de la elección del Derecho aplicable al contrato, brinda a las partes la nada despreciable ventaja de conocer la extensión de sus derechos y obligaciones y prever el resultado de una posible disputa²⁰. Así, las partes son libres para precisar el ámbito de su cláusula de elección del foro, pudiendo estipular una cláusula de jurisdicción exclusiva, o prefiriendo fórmulas opcionales, mediante la indicación alternativa o múltiple de foros²¹. Con tal amplitud es considerada la autonomía de la voluntad a la hora de la elección del tribunal en el marco del Derecho internacional privado venezolano, particularmente en el art. 40.4° de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana²², instrumentos al cual limitaremos en el análisis en esta parte del trabajo²³.

En tal sentido, la jurisprudencia venezolana ha afirmado que

“...las cláusulas de elección de foro constituyen una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, reconocida por el legislador como criterio atributivo de jurisdicción, pues a través de ellas las partes en un contrato pueden determinar directamente el Estado a cuya jurisdicción desean someter las controversias que puedan surgir con ocasión a éste”²⁴.

¹⁸ O. dos Santos, *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*, Caracas, Valencia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Vadell Hermanos Editores, 2000, pp. 155–156.

¹⁹ Para Sánchez-Covisa, ante la existencia de una pluralidad de Estados potencialmente competentes, ninguno podría resultar más idóneo que el considerado por las propias partes contratantes para conocer de sus pretensiones contrapuestas. Vid. J. Sánchez Covisa, “Anotaciones sobre la competencia procesal internacional indirecta”, *Obra jurídica de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, pp. 377 ss, esp. p. 394.

²⁰ En sentido similar: E. Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina (Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales)*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, p. 49.

²¹ O. Dos Santos, *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano...*, op. cit., pp. 155–156.

²² Ley de Derecho Internacional Privado, art. 40: “Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial: 4. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción”. En cambio, la propia Ley exige “vinculación efectiva con el territorio de la República” cuando la acción sea relativa al estado de las personas y a las relaciones familiares (art. 42.2°).

²³ Dejamos intencionalmente de lado los criterios contenidos, por ejemplo, en el Tratado de Derecho Internacional Privado, mejor conocido como Código Bustamante, suscrito en La Habana en 1928, ratificado por Venezuela y publicado en la Gaceta oficial, n° 17.698 de fecha 9/04/1932.

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sent. n° 682, 30/03/2006, *Jialing Motorcycle (America) Corporation en revisión*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/682-300306-05-2295.HTM>. En el mismo sentido: Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 05980, 19/10/2005, *Glenn*

Ahora bien, el hecho de que la sumisión luzca adecuada en materia contractual, no excluye el funcionamiento de los demás criterios atributivos de jurisdicción contenidos en el sistema venezolano de Derecho internacional privado. Así, es frecuente la utilización del criterio del domicilio del demandado en el territorio venezolano, establecido como regla general por el art. 39 de la Ley de Derecho Internacional Privado²⁵.

También se ha recurrido a los criterios del lugar de celebración del contrato; el lugar de ejecución de la obligación y la verificación de hechos en Venezuela (art. 40.2º LDIPV). Los dos primeros criterios son muy utilizados en el marco de los contratos de trabajo²⁶. Del segundo nos llama la atención su especial vinculación, afirmada por la doctrina venezolana²⁷ e incluso por la jurisprudencia²⁸, con la materia extra-

Lewis Wilson c. Cliffs Drilling Company, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/05980-191005-2005-1023-1.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 06073, 02/11/2005, *Jialing Motorcycle (America) Corporation c. Pacific Motors C.A.*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/06073-021105-2004-1390.HTM>.

²⁵ La propia Ley entiende que, en el caso de las personas físicas, el domicilio se entenderá ubicado en el lugar donde éstas tengan su residencia habitual (art. 11). En el caso de las personas jurídicas, doctrina y jurisprudencia han sido contestes en admitir que, ante el silencio de la Ley y sobre la base de una calificación *ex lege fori*, si se trata de una persona jurídica de carácter civil, se entenderá que ésta tiene su domicilio “en el lugar donde esté situada su dirección o administración” (art. 28 Código civil); y en el caso de personas jurídicas de carácter mercantil, éstas se considerarán domiciliadas “en el lugar que determina el contrato constitutivo de la sociedad, y a falta de esta designación, en el lugar de su establecimiento principal” (art. 203 Código de comercio). Vid. F. Romero, “Las personas jurídicas y las obligaciones en la Ley de Derecho internacional privado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, n° 117, 2000, pp. 163 ss, esp. p. 168. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. N° 02207, 21/11/2000, *Hazelett Strip-Casting Corporation et al. c. Industria Venezolana de Aluminio, C.A. (CVG Venalum)*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/02207-211100-0970.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. N° 02872, 29/11/2001, *Hooper Radio Inc. C. Harbie Nadera Mikael*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/02872-291101-01-0325.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. N° 05878, 13/10/2005, *Robert Wyne Watson c. Cliffs Drilling Company*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/05878-111005-2005-1871-2.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. N° 01544, 14/06/2006, *Jorgen Schjodj Jerberg c. Maersk Drilling Venezuela, S.A. et al.*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01544-140606-2005-1248.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. N° 00140, 31/01/2007, *Marino Plasencia c. BJ Services de Venezuela C.C.P.A.*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00140-310107-2007-2007-0017.HTML>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. N° 00249, 14/02/2007, *Arturo Casado c. Leo Burnett-Venezuela, C.A. et al.*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00249-140207-2007-2007-0050.HTML>.

²⁶ Así, lugar de celebración: Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. N° 05878, 13/10/2005, *Robert Wyne Watson c. Cliffs Drilling Company*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/05878-111005-2005-1871-2.HTM>. Lugar de ejecución: Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. N° 04541, 22/06/2005, *Antonio Martín c. Datacolor International Limited*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/04541-220605-2001-0245.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. N° 06510, 13/12/2005, *Francisco José De Sousa c. Bellota América Inc.*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/06510-131205-2004-0806.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 01285, 18/05/2006, *Vassiliki Rocos de Álvarez c. Siemens Transportation Systems, Inc.*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/01285-180506-2006-0772.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. N° 01403, 7/08/2007, *Edwin Garzón c. Inversiones Aisven, C.A. et al.*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/01403-7807-2007-2007-0704.HTML>.

²⁷ E. Hernández-Bretón, *Problemas contemporáneos del Derecho procesal civil internacional venezolano*, Caracas, Edit. Sherwood, Colección Cuadernos, n° 8, 2004, p. 72; T. Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado. Tres años de su vigencia* (Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, p. 111.

²⁸ En la sentencia del célebre caso *Hyundai*, la Sala Político Administrativa, luego de calificar la relación como extracontractual, afirmó: “Por las razones anteriores, considera esta Sala, que no es aplicable la cláusula 24 del contrato al caso de autos, por lo cual se pasa a determinar la jurisdicción competente, y a tales efectos se observa que el art. 40

contractual. Nosotros –y así lo hemos afirmado en oportunidades anteriores– no descartamos la posibilidad de que en el territorio de la República se verifique un hecho vinculado con una relación contractual que active este criterio en relación con un contrato²⁹. Hoy lo reconoce así nuestro máximo tribunal, al entender que

“... los hechos descritos mediante los cuales se evidencia el vínculo comercial existente entre las partes, y del cual se derivan obligaciones recíprocas entre las mismas, se verificaron en el país, configurándose como otros factores de conexión que hacen que los tribunales de la República tengan jurisdicción para conocer la causa”³⁰.

Estos criterios, tal como hemos adelantado, no funcionan en el caso de los contratos con el Estado, pues se ha entendido que en este tipo contractual opera un criterio de exclusividad de la jurisdicción venezolana que, incluso, tiene rango constitucional. Nos referimos al art. 151 de la Constitución de la República³¹, norma de conformidad con la cual

“En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo a la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

2. Exclusividad de la jurisdicción

Aunque el sistema venezolano acepta, tal como hemos afirmado antes, la posibilidad de que las partes elijan a los tribunales venezolanos para dirimir sus controversias, existen ciertas reservas con la aceptación del efecto negativo o derogatorio de la sumisión. En efecto, existen casos en los cuales, teniendo jurisdicción los tribunales venezolanos no puede ésta ser derogada convencionalmente a favor de tribunales extranjeros o si puede serlo, tal derogatoria se somete a las más estrictas limitaciones³². Tal prohibición deriva de la expresa manifestación de voluntad del legislador y puede darse de dos maneras; en primer lugar, prohibiendo la derogatoria convencional de la jurisdicción o, en segundo lugar, estableciendo supuestos de jurisdicción exclusiva³³.

Con la inderogabilidad se busca proteger el ejercicio de la jurisdicción venezolana sin excluir la posibilidad de activar una jurisdicción extranjera; mientras que la exclusividad no tolera el ejercicio de una

de la Ley de Derecho Internacional Privado establece que ‘los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial: 2º) Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que se deriven de contratos celebrados o de hechos verificados en el mencionado territorio’.” (resaltado en el original). *Vid.* Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa, Sent. 21/10/1999, *Hyundai Motors de Venezuela c. Hyundai Motors Company*, Jurisprudencia Ramírez & Garay, 1999, Tomo CLVIII, pp. 762 ss

²⁹ C. Madrid Martínez, *Las relaciones entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho internacional privado venezolano*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2007, p. 85.

³⁰ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Política Administrativa, Sent. N° 00335, *Molino Oriental, C.A. (MO-LORCA) c. Garnac Grain Co, Inc.*, 6/03/2003, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/00335-060303-2001-0804.HTM>.

³¹ Gaceta oficial, n° 36.860, 30.12.1999.

³² *Vid.* en tal sentido: E. Pecourt García, “La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional (II)”, *REDI*, vol. XVII, n° 3, julio–septiembre 1964, pp. 370 ss, esp. p. 370.

³³ No obstante hoy en día se los entiende como términos plenamente diferenciados, doctrina y jurisprudencia en Venezuela confundió en un principio la exclusividad y la inderogabilidad. “...al respecto, se observa que la sentencia en cuestión no versa sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República. Además, no se ha arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva prevista en el art. 47 de la Ley de Derecho Internacional privado por cuanto la controversia, como se ha señalado, no está relacionada con bienes inmuebles situados en el territorio de la República, como tampoco está basada en una transacción que no podía ser admitida, ni afecta los principios del orden público venezolano”. Tribunal Supremo de Justicia en Sala Política Administrativa, Sent. n° 1390, 04/12/2002, *Eduardo García Pérez c. F. Haas & Cía., S.A.*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01390-041202-01-0080.HTM>.

jurisdicción extranjera cuando se atribuya jurisdicción a los tribunales nacionales³⁴. La función primordial de la inderogabilidad es mantener en todo momento la jurisdicción venezolana a disposición de una de las partes, aunque entre ellas haya habido un acuerdo de elección de un foro extranjero³⁵. Además, la inderogabilidad no está concebida para rechazar los efectos de una sentencia extranjera, pues solo se busca una concurrencia de jurisdicciones. Por el contrario, la finalidad de la exclusividad es rechazar los efectos de una sentencia extranjera, debido a que el legislador nacional ha considerado que su jurisdicción es la única que debe conocer del asunto³⁶.

Así, la exclusividad anula toda posibilidad de reconocimiento de una sentencia dictada en el extranjero. Es el propio legislador quien impone este último efecto en el art. 53.3º de la Ley de Derecho Internacional Privado, al referirse al supuesto, que en buena parte de los sistemas en Derecho comparado se admite como un supuesto de jurisdicción exclusiva: el caso de los derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en el foro. Así, de conformidad con la norma citada: “Las sentencias extranjeras tendrán efecto en Venezuela siempre que reúnan los siguientes requisitos: 3º) Que no versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio”. No hay duda que ante este efecto, se haga imperativa una expresa consagración por parte del legislador, de los supuestos que han de hacer operar la exclusividad de la jurisdicción³⁷. Es lo que hace, justamente, con el ya citado art. 151 de la Constitución.

3. El caso del art. 151 de la Constitución

Para entender la calificación del criterio contenido en el art. 151 de la Constitución como un caso de jurisdicción exclusiva, es necesario referir, aunque sea brevemente, el origen de la norma. El texto del art. 151 de la Constitución aparece por primera vez en 1893, época del Liberalismo Amarillo de Joaquín Crespo, el segundo gran caudillo después de Guzmán Blanco. De acuerdo con el art. 149 de ese texto constitucional, “Ningún contrato de interés público celebrado por el Gobierno Nacional o por el de los Estados podrá ser traspasado, en todo ni en parte, a Gobierno extranjero. En todo contrato de interés público se establecerá una cláusula de que ‘las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre su inteligencia y ejecución serán decididas por los Tribunales venezolanos y conforme a las leyes de la República, sin que puedan tales contratos ser, en ningún caso, motivo de reclamaciones internacionales’”. Cuando nos preguntamos el porqué de la inclusión de esta norma en el texto constitucional, debemos considerar, definitivamente, la realidad histórica que la rodeó. En efecto, desde el punto de vista histórico, recordemos la fuerte penetración de inversión extranjera que se registró en nuestro país durante la época del Liberalismo Amarillo. Gran cantidad de los empréstitos públicos y de los contratos sobre obras públicas que realizó el Estado venezolano trajo como consecuencia múltiples acciones o reclamaciones diplomáticas, obviando las vías procesales regulares que, sobre la responsabilidad del Estado, preveía el ordenamiento jurídico venezolano³⁸. Aunado a estas reclamaciones contractuales, estaban también las derivadas de los

³⁴ No puede haber simetría o identidad entre inderogabilidad y exclusividad de la jurisdicción venezolana. Vid. E. Hernández Bretón, *Problemas contemporáneos...*, op. cit., p. 119.

³⁵ Los tres principales casos de inderogabilidad en Venezuela están consagrados por el art. 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado: “La jurisdicción que corresponde a los Tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de Tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano”.

³⁶ Así: L.E. Rodríguez, “Art. 47. Inderogabilidad convencional de la jurisdicción”, en: *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de t. II, Venezuela, 2005, pp. 1043 ss, esp. pp. 1104–1105.

³⁷ No estamos de acuerdo con la opinión de Sánchez Covisa, seguida por Hernández-Bretón, según la cual la exclusividad, además de los casos que expresamente sean señalados por el legislador, también se derivaría de razones técnicas inobjetables. J. Sánchez Covisa, “Anotaciones sobre la competencia...”, loc. cit., pp. 400 ss; E. Hernández-Bretón, *Problemas contemporáneos...*, op. cit., pp. 117–119.

³⁸ F. Toro Jiménez, *Derecho internacional público*, 3ª ed., vol. II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, p. 602.

daños producidos a comerciantes extranjeros, por los movimientos insurgentes, que pululaban en el país. Resulta pues indudable la conveniencia, ante estas concretas circunstancias, de incluir una cláusula que asegurase la competencia de los tribunales y las leyes venezolanas³⁹.

En 1901, el texto constitucional recoge nuevamente esta fórmula, aunque introduce una reforma bien importante. De acuerdo con su art. 139, “Ningún contrato de interés público celebrado por el Gobierno Federal o por el de los Estados, por las Municipalidades o por cualquier otro Poder Público, podrá ser traspasado, en todo ni en parte, a Gobierno extranjero; y en ellos se considerará incorporada, aunque no lo esté, la cláusula siguiente: ‘Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse sobre este contrato y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan ser origen de reclamaciones internacionales’” (resaltado nuestro)⁴⁰.

Este cambio en el texto constitucional tiene sus raíces en la discusión que se presentó con ocasión de los contratos que, con empresas alemanas, fueron celebrados por la Compañía del Gran Ferrocarril de Venezuela⁴¹. En tales contratos se omitió toda referencia a la cláusula exigida por el art. 149 de la Constitución de 1893 y, ante las reclamaciones de varios parlamentarios que consideraban el peligro de que Venezuela se convirtiese en una “factoría del imperio alemán”, se decidió ajustar el precepto de manera de entender que la cláusula estaría incluida en todos los contratos de interés público, aunque no estuviese escrita⁴².

No deja de ser interesante una doctrina que se difundió en nuestro continente y que algunos señalan como fuente de inspiración para nuestro constituyente de 1893. Nos referimos a la doctrina expuesta por el internacionalista argentino Carlos Calvo. En su obra publicada en 1868, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, Calvo señaló:

“Esas indemnizaciones acordadas sin liquidación ni examen previo de su legitimidad, en bloque por decirlo así y a la ventura, aunque siempre bajo la amenaza de apoyar con la fuerza las reclamaciones para hacerlas prevalecer, se encuentra en el origen de todos los enredos que Europa ha suscitado en América, durante estos últimos treinta años... Según el Derecho internacional estricto, el cobro de créditos y la gestión de reclamaciones privadas no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos y como los Estados europeos siguen invariablemente esta regla en sus relaciones recíprocas, no hay razón para que no se la impongan también en sus relaciones con los Estados del Nuevo Mundo”⁴³.

Sin querer desmerecer la doctrina del profesor argentino, ha de reconocerse que, en su forma de estipulación contractual, la reserva de tales supuestos a la jurisdicción venezolana aparece por primera vez en Venezuela, en un contrato celebrado en 1859, entre el Estado venezolano y la Compañía del Ferrocarril del Este. Tal estipulación parece haber sido la verdadera inspiración de nuestro constituyente. Incluso, sostiene Toro Jiménez, la llamada Cláusula Calvo se estructuró sobre conceptos no expresados por el autor; el mérito de su estructuración parece más bien deberse a los exegetas de su obra. De cualquier forma, el germen de las reflexiones y afirmaciones de Calvo, se halla en las intervenciones armadas de Francia en México entre 1861 y 1867, y de Francia e Inglaterra en Argentina entre 1838 y 1850⁴⁴.

³⁹ Resaltando la efectividad de este reconocimiento, Toro Jiménez afirma que la norma recoge un principio de orden público, *ibíd.*, pp. 606–607.

⁴⁰ Toro Jiménez considera tal reforma como absolutamente lógica, pues no hace sino confirmar que la inmunidad de jurisdicción del Estado es una emanación o consecuencia necesaria de la soberanía estatal; por lo tanto, esté o no escrita, como estipulación en un contrato de interés público, está implícita en él, por ser el Estado venezolano, uno de los sujetos de la relación jurídica. *Ibíd.*, p. 609.

⁴¹ Sobre esta discusión *vid.* R.J. Velásquez, *La caída del liberalismo amarillo*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1972.

⁴² Con tal modificación, “La defensa constitucional ante el imperialismo, se independiza de la ideología y de la práctica claudicante de nuestros grupos dirigentes”. En: F. Toro Jiménez, *Derecho internacional público...*, *op. cit.*, vol. II, p. 616.

⁴³ C. Calvo, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, París, 1868, pp. 426–427.

⁴⁴ F. Toro Jiménez, *Derecho internacional público...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 623–624.

En Venezuela, entre tanto, la acumulación de reclamaciones y la manera exagerada de saquear el tesoro público, llegó a su punto crítico cuando Cipriano Castro se enfrentó a los poderes extranjeros y, como consecuencia, en 1902 estos bloquearon las costas venezolanas, lo cual le costó a Castro el exilio y la muerte en el olvido.

Ahora bien, el contenido del art. 139 de la Constitución de 1901 se mantuvo en los textos de 1909 (art. 142), en el del Estatuto Constitucional Provisorio de 1914 (art. 78) y en los de 1922 (art. 121) y 1925 (art. 50). En este último, la norma cambia de ubicación y, al salir del título sobre “Las Disposiciones Generales”, entra a formar parte del título llamado “De la Soberanía y del Poder Público”, lo cual parece indicar la identificación de la exclusividad del ejercicio de la jurisdicción venezolana en materia de contratos de interés público, como un atributo propio de la soberanía. En tal título se mantiene en las Constituciones de 1928 (art. 50), 1929 (art. 50), 1931 (art. 50) y 1936 (art. 49).

En 1947 se produce un nuevo cambio importante. La norma comentada pasa al capítulo titulado “De las Relaciones Internacionales”, y aparece el art. 107, según el cual “Ningún contrato de interés público nacional, estatal o municipal, podrá ser celebrado con gobiernos extranjeros ni traspasado a ellos en todo o en parte. Tampoco podrán celebrarse con sociedades que no estén domiciliadas en Venezuela ni traspasarse a éstas los suscritos con terceros”. Tal prohibición que, en definitiva, englobaba a los Estados extranjeros, se suavizó con la inclusión del único aparte del propio artículo, según el cual “Para celebrar tales contratos con entidades oficiales o semioficiales extranjeras con personería jurídica autónoma, o para traspasarlos a ellas en todo o en parte, se requerirá, en cada caso, la autorización de las Cámaras Legislativas, o de la Comisión Permanente, si fueren urgentes y estuvieren las Cámaras en receso”.

Esta norma condiciona la contenida en el art. 108, objeto de este estudio, la cual, a su vez, introduce otra novedad. De acuerdo con el art. 108 de la Constitución de 1947, “En los contratos a que se refiere el artículo anterior, *si no fuere improcedente de acuerdo a la naturaleza de los mismos*, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula por la cual se establezca que todas las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las Partes contratantes serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras” (resaltado nuestro). A partir del texto puede claramente concluirse la posibilidad de hacer una excepción a la necesidad de litigar ante los tribunales venezolanos, derivada de la “naturaleza” de los contratos. Tal excepción, que permanecerá en el texto constitucional de 1953 (art. 49), 1961 (art. 127) y 1999 (art. 151), dará lugar a variadas discusiones de las cuales nos ocuparemos de seguidas⁴⁵.

En primer lugar, hemos de reafirmar la opinión expuesta en la sección introductoria de este trabajo, en relación con la expresión “contrato de interés público”. Así, siguiendo los modernos desarrollos del Derecho administrativo venezolano, entendemos que la expresión “contratos de interés público” ha de entenderse como una referencia a los contratos con el Estado.

En segundo término, a los efectos de la aplicación del art. 151 constitucional, nos interesa determinar cuáles, dentro de los contratos con el Estado –“de acuerdo a la naturaleza de los mismos”– exige la inclusión de la cláusula a que se refiere la citada norma, pues la misma sugiere que fuera de ese supuesto, es posible litigar ante tribunales distintos de los venezolanos.

⁴⁵ Hemos de aclarar que consideramos anacrónica la expresión utilizada por la disposición en estudio, según la cual no podrá generarse, en esta materia, “reclamaciones extranjeras”. El fundamento de tal opinión no hay más que buscarlo en el Derecho internacional privado contemporáneo. Dos principios rigen, en la actualidad, la solución de controversias en el Derecho internacional: la obligación de arreglo pacífico y la libre elección de medios, prohibiéndose, en consecuencia, la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (“Meta indiscutible de todo sistema es que los conflictos que por una u otra causa puedan”). Vid. A. Remiro Brotons *et al.*, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 825–827). En efecto, la doctrina ha reconocido que el cese de la utilización de mecanismos beligerantes para resolver los conflictos derivados de los contratos, no se debe a la existencia de este tipo de normas, sino al desarrollo del Derecho internacional que prohíbe el cobro compulsivo de la deuda de los Estados; por lo que este tipo de normas resulta, en definitiva, unilateral e ineficaz en el plano internacional. (I. Boscán de Ruesta, “La inmunidad de jurisdicción en los contratos de interés público”, *Revista de Derecho Público*, abril–junio 1983, n° 14, pp. 23 ss, esp. p. 37).

En este sentido, se ha afirmado que con tal excepción solo se quiso eludir el problema de someter a la jurisdicción venezolana, aspectos meramente instrumentales de los acuerdos que, o bien obedecen a cuestiones de poca monta que pueden resolverse, incluso, por medio del arbitraje, o bien se refieren a cuestiones técnicas que deben ser decididas en el propio contrato. Quizá el único problema radique en la libre apreciación administrativa que concede tal norma y que, como toda discrecionalidad, atenta contra la seguridad jurídica⁴⁶.

A esta dificultad debemos añadir una marcada tendencia en Derecho internacional público hacia la “deslocalización” de los contratos concluidos entre Estados soberanos y entidades o personas extranjeras, de manera de alejarlos de la atracción ejercida por el foro y el Derecho del Estado contratante, a fin de colocarlos en la órbita del Derecho internacional o, por lo menos, en un orden jurídico *sui generis* establecido en el propio contrato⁴⁷.

El ejemplo paradigmático de este planteamiento es el sistema arbitral administrado por el Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión, entre Estados y Nacionales de otros Estados, centro que, como se sabe, funciona en el marco de la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y se fundamenta en el abandono del principio según el cual la inversión extranjera es una materia sometida al Derecho y la jurisdicción del país receptor y, en cambio, opta por la resolución internacional de los conflictos. Venezuela abandonó este sistema en enero de 2012 y uno de los argumentos aludidos en el comunicado que envió al CIADI fue, precisamente, la existencia del art. 151 de la Constitución⁴⁸.

Ahora bien, en relación con la excepción que parece establecer el art. 151 de la Constitución, ha sido la Procuraduría General de la República, la encargada de dar interpretación al mismo y lo ha hecho sobre la base de la clasificación de los actos realizados por el Estado como actos de imperio o como actos de gestión.

En tal sentido, un primer caso de interés es un dictamen de 1975, en el cual se califica como un acto de gestión a un contrato de arrendamiento de un inmueble que sería destinado como residencia para la misión diplomática venezolana acreditada en Roma, admitiéndose en este caso la relatividad de la inmunidad de jurisdicción del Estado venezolano y, consecuentemente, la posibilidad de litigar ante tribunales extranjeros. Quizá la mayor controversia se presentó con los contratos de empréstito público, en razón de los cuales, la Procuraduría emitió de nuevo su opinión en 1977⁴⁹. La decisión en este caso se hizo depender de la naturaleza del empréstito público.

Así, citando a Fonrouge, la Procuraduría expuso tres posibilidades en relación con la naturaleza del empréstito. En primer término, se lo puede considerar como un acto de soberanía que hace nacer una obligación unilateral de Derecho público; en segundo lugar, se ha sostenido que la calificación de esta operación dependerá de su carácter interno o internacional; y, finalmente, podría considerarse al empréstito como un contrato, que podrá ser público o privado, o incluso mixto. Igualmente, en este dictamen, se hizo referencia a la escasez, en las decisiones judiciales extranjeras, de tratamiento al caso de los empréstitos externos. Tal silencio fue atribuido a la tendencia, cada vez más generalizada en la práctica de los entes de financiamiento, de exigir la inclusión, en estos contratos, de las llamadas *conflict clauses*, de acuerdo con las cuales, el Estado prestatario renuncia a hacer valer su inmunidad.

⁴⁶ H. Rondón de Sansó, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas*, Caracas, edit. Libris, 2001, pp. 127–128.

⁴⁷ M.P. Weill, “Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier”, *Recueil des Cours*, t. 128, 1969-III, pp. 9 ss, esp. pp. 101–102.

⁴⁸ En el citado comunicado puede leerse: “Conforme al mandato constitucional, el Gobierno Bolivariano ha actuado con el fin de proteger el derecho del pueblo venezolano a decidir las orientaciones estratégicas de la vida económica y social de la nación, sustrayéndolo de una jurisdicción internacional que ha fallado 232 veces a favor de los intereses transnacionales, en las 234 causas que ha conocido a lo largo de su historia”, <http://www.eluniversal.com/economia/120125/comunicado-oficial-de-venezuela-sobre-su-salida-del-ciadi>

⁴⁹ Vid. texto en: AE-14-01-77, en: Procuraduría General de la República, *20 años de doctrina de la Procuraduría General de la República, 1962-1981*, Caracas, Procuraduría General de la República, 1984, t. IV, vol. II, pp. 178 ss

En definitiva, el empréstito fue definido como

“...el producto de un acuerdo de voluntades en el cual el poder de imperio o de autoridad del Estado está ausente, y ese carácter contractual no queda desvirtuado por la existencia de la fase unilateral pública que preside la celebración del contrato de empréstito público. En efecto, los empréstitos públicos, en nuestro ordenamiento jurídico, constituyen operaciones complejas que comprenden varias fases: una regida por normas de derecho público, que se refiere fundamentalmente a la intervención legislativa previa a la celebración del contrato de empréstito y que constituye la condición sine qua non o habilitación necesaria para que el Ejecutivo pueda contratar el empréstito. Una fase contractual en la que se relacionan el sujeto pasivo o deudor (Estado) y el sujeto activo o acreedor (colocador de títulos en el mercado o adquirente del título), con un objeto determinado que, según el caso, consiste en el pago de una comisión o pago de un interés anual y la restitución del capital entregado por el adquirente de los títulos. Esta fase contractual está regida fundamentalmente por el Derecho privado”.

De tal manera,

“...los empréstitos públicos externos solo contemplan la fase contractual, cuyo contenido es netamente mercantil, que puede ser sometido a la jurisdicción del Estado prestamista sin que tal sumisión signifique violación del art. 127 de la Constitución (art. 151 de la Constitución de 1999), puesto que estos contratos, por su naturaleza, no comprometen ni la soberanía interna ni la seguridad de la República... Por otra parte, la práctica gubernamental venezolana en la materia refuerza la consideración de actos de naturaleza mercantil de los empréstitos públicos externos, susceptibles de ser objeto de cláusulas de renuncia de inmunidad de jurisdicción por parte del Estado prestatario, puesto que cuando se ha colocado en situación de prestamista, a través de sus entes de funcionamiento con aceptación de bonos de la deuda pública externa, ha exigido como condición la inclusión en el respectivo contrato de cláusulas que acuerdan la competencia de la jurisdicción venezolana para conocer de las dudas y controversias que susciten dichos contratos o, a lo sumo, el sometimiento de las posibles controversias a Tribunales arbitrales con sede en Venezuela. Esta práctica –comúnmente desarrollada a nivel internacional– no constituye una voluntad de atentar contra la soberanía de los Estados prestatarios, sino una salvaguarda especial de los intereses patrimoniales de la República”.

De tal manera –concluye la Procuraduría– los contratos que se generan en los mercados financieros a los que un Estado acude, como lo hace una empresa privada, con objetivos de liquidez, no se ubican en el ámbito de la soberanía. El solo interés público de estos contratos no es suficiente para afirmar la exclusividad de la jurisdicción venezolana.

En 1984, con ocasión de unas cartas de crédito, la Procuraduría General de la República, acoge el criterio expuesto en 1977, entendiendo que tales cartas constituyen, para el Estado venezolano, un acto de gestión, por lo cual es perfectamente posible someterse a una jurisdicción extranjera, sin que ello constituya una violación al entonces vigente art. 127.

Sin embargo, un viraje de óptica se registra en 1996. En este caso se trataba de un convenio de préstamo para la adquisición de misiles⁵⁰. Antes de entrar a considerar la naturaleza de tal operación, el Procurador estimó necesario revisar el criterio expuesto por ese organismo en 1977, en el sentido de entender que todos los contratos administrativos son de interés público. Así, recogiendo el punto de vista del profesor Morles Hernández⁵¹, afirmó que fueron precisamente las operaciones de crédito público las que el constituyente tuvo en mente al formular el art. 127 de la Constitución de 1961, pero la fórmula constitucional no ha sido debidamente aprovechada por el legislador para definir, con la debida precisión, algunos de los supuestos en los cuales tal norma puede convertirse en cláusula de renuncia.

Finalmente, tal dictamen considera que, al ser las operaciones de crédito público contratos de interés público –interés que en este caso se pone de manifiesto por el fin último de una operación de financiamiento para la adquisición de material bélico por el Ministerio de la Defensa– quedan sujetas al mandato de la norma constitucional estimando así, de “dudosa constitucionalidad”, la inclusión, en los contratos en cuestión, de cláusulas en las cuales se hace renuncia expresa a su inmunidad soberana.

⁵⁰ El texto del dictamen fue publicado en la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, n° 102, 1997, pp. 295 ss

⁵¹ A. Morles Hernández, “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público”, *Libro Homenaje a Rafael Caldera*, t. III, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 1701 ss

Este dictamen ha sido muy criticado por algunos comentaristas que han entendido que tal interpretación no se corresponde con la intención del constituyente de 1961, pues si bien éste no tenía una idea precisa de los límites de la regla general y de su excepción, al menos sí optó claramente por la idea de la inmunidad relativa, doctrina que el dictamen desecha⁵². En sentido similar se pronunciaron Maekelt y Hernández Bretón, al expresar que los empréstitos públicos solo complacen la fase mercantil y pueden ser sometidos a la jurisdicción del Estado del prestamista, sin que ello viole el art. 127 de la Constitución. Estos contratos, por su naturaleza, no comprometen ni la soberanía interna ni la seguridad de la República, porque la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no implica la renuncia a la inmunidad de ejecución⁵³.

El tema volvió a la escena jurídica en 1995, con ocasión del Acuerdo del entonces Congreso de la República que autorizó la celebración de los convenios de asociación para la explotación a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas⁵⁴, nos referimos a los contratos de apertura petrolera. De acuerdo con la cláusula décimo séptima del Acuerdo, “El modo de resolver las controversias en materias que no sean de la competencia del Comité de Control y que no puedan dirimirse por acuerdo entre las partes, será el arbitraje, el cual se realizará según las reglas de procedimiento de la Cámara Internacional de Comercio, vigentes al momento de la firma del Convenio”. El acuerdo, y particularmente esta cláusula, fue objeto de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad.

La acción, en relación con esta cláusula, se fundamentó en el art. 127 de la Constitución de 1961 y en el art. 3.º de la Ley de Hidrocarburos de 1967. De acuerdo con esta última norma, “En los convenios se insertará la siguiente cláusula: Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de este convenio y que no puedan ser resueltas amigablemente, serán decididas por los Tribunales competentes de Venezuela, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan ser origen de reclamaciones extranjeras”. Sobre la base de tales disposiciones, los accionantes advierten que los convenios de asociación “...revisten un incontrovertible interés público...”, con lo cual, una cláusula de sumisión a arbitraje sería abiertamente contraria al texto constitucional.

Con ocasión de esta acción, la Procuraduría General de la República emitió un nuevo dictamen en 1997, en el cual, tras dejar sentado el carácter no vinculante de sus opiniones, regresó a la tesis de 1977, calificando como un acto de gestión la celebración de los contratos de la apertura petrolera. De modo que no puede considerarse que la sumisión a un tribunal arbitral, sea contraria, en el marco de estos acuerdos, al espíritu que animó al constituyente en la elaboración de la norma contenida en el art. 127. En 1999⁵⁵, la entonces Corte Suprema de Justicia admitió el carácter de interés público que revisten los convenios de asociación. Sin embargo, en su opinión, existe en ellos ciertos matices de naturaleza esencialmente mercantil. Aquellos aspectos de interés público son sometidos, en virtud del propio convenio, a la competencia del Comité de Control y, solo los aspectos mercantiles serán sometidos a arbitraje. De manera que, estos convenios se encuentran dentro de la excepción que, atendiendo a la naturaleza de tales contratos, establece el art. 127 de la Constitución. En la decisión se expresó que,

“...en el caso concreto de los Convenios de Asociación autorizados por el Acuerdo del Congreso de fecha 4 julio 1995, su naturaleza no solamente comercial sino de trascendencia para la consecución de medidas económicas adoptadas por la Administración y validadas por el Congreso Nacional, se subsume en el supuesto previsto en la norma constitucional, por lo que al no infringirla debe declararse improcedente el alegato de inconstitucionalidad por esta causa”.

⁵² J.A. Giral, “Comentarios al Dictamen 4211 del Procurador General de la República”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, n° 102, 1997, pp. 313 ss, especialmente pp. 320–321.

⁵³ T. Maekelt y E. Hernández-Bretón, “Jurisdicción y Derecho aplicable en materia de contratos de empréstito público”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, n° 102, 1997, pp. 325 ss, esp. p. 332.

⁵⁴ Gaceta oficial, n° 35.754, 17.07.1995.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. 9/10/1997, en: E. Hernández-Bretón, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, 1998, n° 109, pp. 141 ss.

Resulta interesante, en este sentido, la opinión emitida por Hildegard Rondón de Sansó, en su voto salvado, según la cual,

“...en toda la materia relativa a la apertura petrolera, lo que se ventila es el otorgamiento de derecho de exploración, explotación, producción, transporte, almacenamiento y comercialización de nuestro recurso natural no renovable de mayor importancia, lo cual es materia de interés público y en ninguno de sus aspectos pierde tal carácter, por lo que no existen en el mismo aspectos simplemente mercantiles”.

En 2003, la Procuraduría volvió a emitir opinión, en el caso de un contrato de préstamo suscrito con bancos franceses, para financiar obras en el Metro de Caracas. El contrato en cuestión contenía una cláusula de sumisión a Tribunales franceses, la cual fue aprobada por la Procuraduría, organismo que además admitió en esa ocasión la idoneidad de los acuerdos de arbitraje internacional, por considerar al arbitraje como un medio más expedito y eficiente para resolver las controversias⁵⁶.

Sin embargo, cuando entre 2006 y 2007 los contratos resultantes del acuerdo de apertura petrolera fueron sustituidos por la creación de empresas mixtas, a través de las cuales se forzó a las empresas extranjeras que realizaban actividades vinculadas a los hidrocarburos en Venezuela a constituir sociedades con el Estado venezolano, se incluyó en los acuerdos firmados para tales efectos una especie de cláusula de estilo según la cual “Las diferencias y controversias que deriven del incumplimiento de las condiciones, pautas, procedimientos y actuaciones que constituyen el objeto del presente documento o deriven del mismo, serán dilucidados de acuerdo con la legislación de la República Bolivariana de Venezuela y ante sus organismos jurisdiccionales”⁵⁷.

A partir de allí, la posible excepción contenida en el art. 151 de la Constitución fue dejada de lado, y se entendió que todos los contratos con el Estado estarían sometidos a los tribunales venezolanos. Así, en 2009, el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas⁵⁸ dispuso, en su art. 133, que “Todas las dudas, controversias y reclamaciones que puedan suscitarse con motivo del contrato y que no llegaren a ser resueltas por las partes de común acuerdo, serán decididas por los tribunales competentes de la República Bolivariana de Venezuela de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”. Destaca en esta norma su parecido con el contenido del art. 151 de la Constitución, mas la misma no incluye precisamente la expresión que, en la norma constitucional, permite pensar en una excepción: “si no fuere impropio de acuerdo a la naturaleza de los mismos”.

En la actualidad, la finalidad del art. 151 de la Constitución parece ser interpretada en el sentido de evitar que le sea arrebatada a Venezuela la jurisdicción que corresponde a sus tribunales en estos casos, es decir, asegurarse que el Estado venezolano sea el único competente para conocer de los litigios relacionados con los contratos en los cuales sea parte.

III. Determinación del Derecho aplicable

1. El régimen general del Derecho aplicable al contrato en el sistema venezolano

Dos circunstancias particulares determinan las principales características del sistema venezolano en materia de Derecho aplicable a los contratos internacionales: en primer lugar, la ratificación de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en 1995 (Convención de

⁵⁶ Dictamen de 14 marzo 2003, citado en: R. Badell Madrid, “Medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho administrativo venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos”, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luis Henrique Fariás Mata* (R. Badell Madrid, Ccord.), Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Margarita, Salvador de Madariaga Universidade da Coruña, t. II, 2006, pp. 103 ss, esp. p. 165.

⁵⁷ Este paso a empresas mixtas generó la salida de Venezuela de empresas como Exxon Mobil, que se negó a migrar a ese nuevo esquema y demandó a Venezuela ante el CIADI. Sobre esta disputa vid.: <http://prodavinci.com/blogs/que-se-decidió-en-el-caso-de-exxon-mobil-contra-venezuela-por-jose-ignacio-herandez-g/>.

⁵⁸ Gaceta Oficial, n° 39.181, de 19.05.2009.

México o CIDACI)⁵⁹ y, en segundo término, la aprobación de la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIPV) en 1998, y su posterior entrada en vigencia en 1999⁶⁰.

Ambos instrumentos son exponentes del método conflictual y en tal sentido representan las más modernas tendencias en la materia. En efecto, como veremos, tanto la Convención de México como la Ley venezolana reconocen la primacía del principio de autonomía conflictual⁶¹ y la aplicación subsidiaria del principio de proximidad alejándose, con esta última solución, del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980⁶², uno de los modelos seguidos en su momento por el codificador interamericano⁶³.

La regulación de los contratos internacionales en el marco de la Ley venezolana ha procurado, según reconoce su exposición de motivos, resumir en un conjunto de preceptos las orientaciones más relevantes de la Convención de México y las necesidades de una de las instituciones de más delicadas repercusiones prácticas en el comercio jurídico internacional. Por tal razón, se ha admitido que las lagunas de la Ley sean colmadas a la luz de las disposiciones de la Convención⁶⁴.

Bien, tal como hemos adelantado, tanto la Convención como la Ley conceden a la autonomía de las partes un papel preponderante en la determinación del Derecho aplicable a los contratos (arts. 7 CIDACI y 29 LDIPV). Su ámbito de actuación es bastante amplio, pues no se exige contacto alguno con el sistema elegido; tampoco se limita temporalmente la elección, de manera que la misma puede producirse antes, durante o después de la celebración del contrato, incluso, a salvo la validez formal del mismo y los derechos de terceros, la elección original puede cambiar durante la vida del contrato (art. 8 CIDACI). Además, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico para cada parte del contrato o elegir un Derecho solo para una parte del mismo, pues se admite el *dépeçage* voluntario (art. 7 CIDACI)⁶⁵. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse

⁵⁹ Suscrita en México en 1994 en el marco de la CIDIP V. Ratificada por Venezuela y publicada en la Gaceta oficial, n° 4.974 Extraordinario, de 22.09.1995.

⁶⁰ Gaceta Oficial N° 36.511, de 06.08.1998. Vigencia, 06.02.1999.

⁶¹ Antes de la entrada en vigencia de la Convención de México, la doctrina estuvo de acuerdo en que la voluntad conflictual fuese considerada como un principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado. Vid. E. Hernández-Bretón, "Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de Derecho internacional privado", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, n° 71, 1988, pp. 378 ss, esp. p. 392. Lombard reporta la aceptación de la voluntad de las partes fundamentándose en los artículos 1.159 del Código Civil, 12 del Código de Procedimiento Civil y 116 del Código de Comercio. Vid. R.S. Lombard, *American-Venezuelan private international law*, New York, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, Bilateral Studies in private international Law n° 14, 1965, p. 63. Jurisprudencialmente también se aceptó tal principio. En efecto, en fecha 12 marzo 1970, al decidir el caso de la quiebra del Canal Once, el Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, fundamentándose en el art. 116 del Código de Comercio, afirmó: "Resulta consecuencia indubitable del anterior precepto la existencia de una norma de Derecho internacional privado en el sistema venezolano según la cual los contratos mercantiles están sujetos en primer lugar a la autonomía de los contratantes, quienes en forma expresa o implícita pueden escoger la Ley aplicable para regir sus convenciones, ordenamiento jurídico éste que impondrá también sus normas de carácter prohibitivo o imperativo". Además se admitió, sobre la base de esta norma, que no había lugar a exigir vinculación alguna, pues cualquier restricción tendría apoyo simplemente doctrinario. (Sentencia consultada en original).

⁶² DO L266/1 de 09.10.1980.

⁶³ G. Parra Aranguren, "La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 72, n° 130, 1995, pp. 97 ss, esp. p. 113.

⁶⁴ Vid. O. Dos Santos, *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano...*, op. cit.; J.A. Giral *El contrato internacional*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, Colección Estudios Jurídicos n° 71; F. Romero, "Derecho aplicable al contrato internacional", *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, t. I, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, pp. 203 ss.

⁶⁵ La posibilidad de fraccionamiento ya había sido aceptada por la jurisprudencia venezolana, en: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Sent. 56-1, 12/03/1970, en: *Jurisprudencia de Ramírez & Garay*, 1970, t. XVIII, pp. 96 ss, confirmada en casación: CSJ/SCC, Sent. 252-71, 27/04/1971, en: *Jurisprudencia de Ramírez & Garay*, 1971, t. XXX, p. 395.

en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto (art 7 CIDACI). Lo que no se permite es la elección “presunta” del Derecho aplicable, es decir, que el juez determine el Derecho aplicable, teniendo en cuenta el Derecho que las partes hubieren elegido si se hubieran planteado la cuestión.

En ausencia de elección válida, el contrato estará sometido al Derecho con el cual presente los vínculos más estrechos. Para identificar ese ordenamiento jurídico, el juez deberá tomar en cuenta “... todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato” (arts. 9 CIDACI y 30 LDIPV). La determinación de estos criterios ha dividido a la doctrina venezolana, pues para algunos autores, los criterios subjetivos se refieren a las partes (nacionalidad, domicilio) y los objetivos a la propia relación contractual (lugar de celebración, lugar de ejecución)⁶⁶. Otros, en cambio, asumen la interpretación dada por Siqueiros a la Convención Interamericana y estiman que los elementos objetivos son los puntos de contacto de la relación con diversos ordenamientos jurídicos, independientemente que tengan que ver con las partes o con el contrato; y los elementos subjetivos son los criterios de valoración que permiten al juez determinar el derecho más vinculado con el contrato⁶⁷.

Ahora bien, ambos instrumentos establecen que en busca del ordenamiento jurídico más vinculado con el contrato, el juez “También tomará en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”, ordenando además que se apliquen, “... cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto” (arts. 9 y 10 CIDACI; 30 y 31 LDIPV). Sobre la base de estas disposiciones, el juez venezolano puede, en efecto, recurrir a la *lex mercatoria* cuando las partes la elijan, en ausencia de elección y para complementar el Derecho estatal elegido por éstas o determinado por el juez⁶⁸. Tal facultad, sin embargo, no ha sido muy utilizada por los jueces⁶⁹.

Este sistema, no obstante su adecuación al tráfico comercial internacional, no funciona a cabalidad cuando uno de los contratantes es el Estado. Ello, a pesar que en principio, tales contratos no estarían expresamente excluidos de la aplicación de este sistema⁷⁰. Veamos.

2. Los contratos con el Estado: entre las prerrogativas del Estado y las normas internacionalmente imperativas

En materia de determinación del Derecho aplicable, el ya citado art. 151 de la Constitución parece funcionar como una norma de extensión⁷¹, de manera que en los contratos con el Estado venezolano “... se

⁶⁶ F. Romero, “El Derecho aplicable al contrato internacional...”, *loc. cit.*, p. 272. A favor de esta solución se pronuncia O. Dos Santos, *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, p. 115.

⁶⁷ J.A. Giral, *El contrato internacional...*, *op. cit.*, pp. 214–223.

⁶⁸ C. Madrid Martínez, “Un contrato internacional sometido al derecho venezolano y la *lex mercatoria*”, *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Melich Orsini* (ed. C. Madrid Martínez), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, pp. 333 ss.

⁶⁹ En Venezuela solo se han aplicado los Principios Unidroit para calificar un contrato como internacional (Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. 9/10/1997, *Pepsicola Panamericana c. Embotelladora Caracas et al.*, en: E. Hernández-Breton, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola...”, *loc. cit.*, pp. 141 ss) y para admitir la aplicación de las reglas y usos de la ICC sobre crédito documentario (Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, Sent. n° 0395, 1/06/2012, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca Banco Universal, C.A.*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RC.000395-1612-2012-12-103.HTML>).

⁷⁰ Así, E. Hernández-Breton, “El Derecho privado internacional aplicable a los contratos internacionales celebrados con empresas del Estado venezolano”, *V Jornadas Aníbal Dominici, Contratos mercantiles y títulos valores* (coord. J.G. Salaverría), Caracas, Funeda, 2014, pp. 209 ss.

⁷¹ Las normas de extensión justifican su existencia en el carácter especial de la materia o en el contenido propio de la norma, lo cual impulsa al legislador a declarar el ámbito de vigencia en el espacio de sus propias regulaciones, para asegurar su aplicación a situaciones internacionales. *Vid.* E. Pérez Vera et al., *Derecho internacional privado*, vol. I, 2ª ed., 2000, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 84.

considerará incorporada aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas... en conformidad con sus leyes”.

Hemos de admitir que, en líneas generales, es muy poco frecuente ver contratos con el Estado venezolano sometidos a Derecho extranjero, sino por aplicación de esta disposición constitucional, sí por entender el régimen exorbitante de los contratos con el Estado, como un sistema de normas internacionalmente imperativas, que se impone al sistema conflictual. En todo caso, el fundamento de la aplicación del Derecho venezolano a estos contratos, de los cuales en la práctica se ha excluido hasta el juego de la *lex mercatoria*⁷², parece estar en las prerrogativas de que goza el Estado en su actividad contractual. Prerrogativas cuya aplicación también se impone en los pocos casos en que sea posible someter el contrato a un Derecho extranjero.

Incluso, en nuestra opinión, las mencionadas prerrogativas prevalecen en los contratos celebrados “... en el marco del cumplimiento de obligaciones asumidas en acuerdos internacionales entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados, o en el marco de contratos o convenios suscritos con organismos internacionales”, los cuales estarían sujetos a un régimen verdaderamente internacional y han sido por tal razón excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de contrataciones públicas (art. 4.1º).

Bien, según ha dejado claro la doctrina –partiendo de la tesis jurisprudencial–, estas prerrogativas del Estado como contratante pueden o no estar incluidas expresamente en cláusulas contractuales. En caso de estar expresamente incluidas en el texto del contrato, su ejercicio se fundamentaría en la fuerza vinculante del mismo, principio del cual no escapa el contrato con el Estado. Los problemas se producen más bien, cuando estas prerrogativas no están expresadas en el contrato, pues surge la necesidad de determinar su fundamento para, en última instancia, garantizar el acceso a un debido proceso de la parte contratante frente a la cual el Estado las ejerce.

En estos casos, la jurisprudencia ha admitido que, encontrándose en un terreno extracontractual, el fundamento de las prerrogativas no expresamente incluidas en el contrato es la propia Ley. De esta manera, se considerarán cláusulas exorbitantes, y por ello vinculantes, “... las prerrogativas concedidas por la Ley a la Administración, aún cuando éstas no estén expresamente plasmadas en el texto del contrato...”⁷³. Según estima Hernández Mendible, la inclusión de estas prerrogativas en la Ley, constituye “... uno de los mayores avances en la contratación con el Estado, al lograr la efectiva sujeción de la administración pública durante la ejecución de los contratos públicos, a la Ley y al Derecho”⁷⁴. Así, teniendo a la Ley como su principal fundamento, estas potestades o prerrogativas se encuentran incluso, en el texto constitucional. Es el caso, precisamente, del art. 151 de la Constitución.

También puede mencionarse, como una prerrogativa impuesta por la propia Constitución, la llamada “cláusula temporal” contenida en la parte final del art. 113 del texto constitucional, norma de conformidad con la cual cuando se trate de la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público. El art. 156.6º de la Constitución aplica este principio, de manera especial, a las concesiones mineras, las cuales no podrán ser indefinidas.

⁷² Así, en el Laudo CCI nº 13.750 de 2007 se afirmó que cuando las partes en un contrato internacional eligen el Derecho venezolano para regularlo, esto de por sí excluye la aplicación de cualquier otro sistema, distinto del Derecho sustantivo venezolano, así se trate de un Derecho extranjero o de cualquier componente de la *Lex mercatoria*. Vid. Laudo CCI nº 13.750 de 21 marzo 2007, caso *ENEL Trade, SpA v. Bitúmenes del Orinoco, S.A.* No hemos conseguido el texto de este laudo, de manera que nos atenemos a la referencia hecha, con respecto al Derecho aplicable, en: E. Urdaneta Fontiveros, *La cláusula penal en el Código Civil venezolano*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011, Serie Estudios nº 99, p. 210, nota a pie de página nº 362.

⁷³ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. nº 0384, 21/04/2004, *David Gonçalves Carrasquero c. Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00384-210404-2003-0654.HTM>

⁷⁴ V. Hernández Mendible, “Los avances y problemas de la contratación con el Estado”, *Revista de la Facultad de Derecho* (Pontificia Universidad Católica del Perú), nº 66, 2011, pp. 107 ss, esp. p. 111.

En tercer término, puede citarse la norma contenida en el art. 129 de la Constitución, de conformidad con la cual en los contratos o permisos que afecten los recursos naturales, "...se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la Ley".

Por su parte, la Ley de contrataciones públicas también recoge algunas de estas prerrogativas. Puede mencionarse, en primer término, la potestad de dirección y control. En efecto, de acuerdo con el art. 136 de esta Ley, "El contratante ejercerá el control y la fiscalización de los contratos que suscriba asignando el o los supervisores o ingenieros inspectores, de acuerdo a la naturaleza del contrato"⁷⁵. La propia Ley prevé también la posibilidad de dictar medidas preventivas administrativas en los casos de procedimientos iniciados para la terminación unilateral del contrato o para la determinación de algún incumplimiento por parte del contratista en contratos de obras (art. 157). Se trata de la llamada potestad sancionatoria de la Administración, la cual complementa su poder de control y dirección. La misma debe ser ejercida conforme a los principios de razonabilidad, debido proceso y derecho a recurrir de la decisión⁷⁶. Estas medidas se traducen en la "inmovilización de los bienes, equipos, instalaciones, maquinarias y materiales afectos a la obra, y ordenar su debido resguardo y custodia a cargo del contratista, a fin de que éste no los desplace fuera del lugar de la obra, o de su sede si allí se encontraren, ni les otorgue otro uso o destino" (art. 157). La vigencia de estas medidas se extiende hasta que se produzca la entrega definitiva de la obra o hasta que el Estado, a través del ente contratante o de cualquier autoridad competente las revoque (art. 163).

La extinta Corte Primera en lo Contencioso Administrativo se refirió a esta potestad en los siguientes términos:

"... en caso de incumplimiento de alguna disposición contractual o legal, el concedente podrá imponer sanciones al concesionario, en atención a la gravedad de la infracción, siendo las más grave, la rescisión unilateral del contrato, incluso sin que el concesionario tenga en tales casos, derecho alguno de indemnización"⁷⁷.

⁷⁵ Esta potestad será ejercida por el ingeniero inspector, quien deberá elaborar y firmar el acta de inicio de los trabajos, conjuntamente con el ingeniero residente y el contratista; supervisar la calidad de los materiales, los equipos y la tecnología que el contratista utilizará en la obra; rechazar y hacer retirar de la obra los materiales y equipos que no reúnan las condiciones o especificaciones para ser utilizados o incorporados a la obra; fiscalizar los trabajos que ejecute el contratista y la buena calidad de las obras concluidas o en proceso de ejecución, y su adecuación a los planos, a las especificaciones particulares, al presupuesto original o a sus modificaciones, a las instrucciones del órgano o ente contratante y a todas las características exigibles para los trabajos que ejecute el contratista; suspender la ejecución de partes de la obra cuando éstas no se estén ejecutando conforme a los documentos y normas técnicas, planos y especificaciones de la misma; recibir las observaciones y solicitudes que formule por escrito el contratista en relación con la ejecución de la obra, e indicarle las instrucciones, acciones o soluciones que estime convenientes, dentro de los plazos previstos en el contrato o con la celeridad que demande la naturaleza de la petición; informar, al menos mensualmente, el avance técnico y administrativo de la obra y notificar de inmediato, por escrito, al contratante cualquier paralización o anomalía que observe durante su ejecución; coordinar con el proyectista y con el órgano o ente contratante para prever, con la debida anticipación, las modificaciones que pudieren surgir durante la ejecución: dar estricto cumplimiento al trámite, control y pago de las valuaciones de obra ejecutada; conocer cabalmente el contrato que rija la obra a inspeccionar o inspeccionada; elaborar y firmar el acta de terminación y recepción provisional o definitiva de la obra conjuntamente con el ingeniero residente y el contratista; velar por el estricto cumplimiento de las normas laborales, de seguridad industrial y de condiciones en el medio ambiente de trabajo; elaborar, firmar y tramitar, conforme al procedimiento establecido en estas condiciones, las actas de paralización y reinicio de los trabajos y las que deban levantarse en los supuestos de prórroga, conjuntamente con el ingeniero o ingeniera residente y el contratista; obligar al contratista, previa autorización del contratante, a restituir la obra a su estado original, por haberla ejecutado sin autorización por escrito y, si no lo hiciere, podrá ordenar su demolición a expensas del contratista; y cualquiera otra que sea atribuida por la máxima autoridad del contratante (art. 138, Ley de contrataciones públicas).

⁷⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sent. 0568, 20/06/2000, Aerolink International S.A. c. Instituto Autónomo Aeropuerto de Maiquetía, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/568-200600-00-0751.HTM>.

⁷⁷ Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, Sent. 15/08/1997, *Movilnet en acción de amparo contra CO-NATEL*. Consultada en original.

Además, la Ley de contrataciones públicas admite la posibilidad de una modificación unilateral del contrato (arts. 130–134). El ejercicio de esta potestad está, de alguna manera, limitado. En efecto, según ha reconocido el Tribunal Supremo, la modificación unilateral del contrato – tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo –, debe llevarse a cabo “...con el debido respeto al principio de la llamada ecuación o equilibrio económico” del contrato⁷⁸.

La Ley comentada también hace referencia a la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato (art. 155). Esta prerrogativa ya había sido reconocida por la jurisprudencia, desde una sentencia dictada por la Corte Federal y de Casación, de fecha 5 diciembre 1944⁷⁹, en la cual afirmó que toda autoridad administrativa que ha contratado una obra pública, destinada a un servicio público tiene derecho

“...de desistir de ella en cualquier tiempo aunque haya sido empezada. Si lo hace sin culpa del contratista deberá indemnizarle los perjuicios, pero si lo hace por incumplimiento de éste, el contratista lejos de ser acreedor por perjuicio deberá ser demandado para que los indemnice”.

Esta potestad ha sido reconocida además como irrenunciable⁸⁰.

No obstante, su ejercicio, que se materializa en una sanción, exige la realización de un procedimiento previo que garantice el derecho a la defensa y el debido proceso. Así lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia⁸¹ y así lo exige el art. 46.c del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones⁸².

Precisamente este último instrumento normativo se refiere a la interpretación unilateral del contrato en su art. 38, de manera que

“De surgir discrepancias entre las partes durante la ejecución del contrato acerca de la interpretación o el alcance de cualesquiera de sus disposiciones, el ente concedente, de no lograrse un acuerdo, interpretará mediante acto administrativo debidamente motivado las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia. Quedan a salvo los derechos del concesionario de utilizarlos mecanismos de solución de controversias contemplados en este Decreto–Ley para la defensa de sus intereses y de reclamar los daños o perjuicios que el acto administrativo pueda ocasionarle”.

Se ha entendido que si la Administración es quien redacta las cláusulas contractuales, es también ella la mejor capacitada para interpretarlas.

Por su parte, la jurisprudencia también se ha referido expresamente a las potestades más comunes. Al respecto, luego de reiterar que el objetivo de estas cláusulas exorbitantes es “salvaguardar el interés general”, por lo que los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes quedan subordinados a ese interés, y es justamente el interés público el que prevalece sobre los privados o de los

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. 27/01/1993, *Hotel Isla de Coche II*, en: A. Brewer-Carías y L. Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa 1961–1996*, Caracas 1996, pp. 194 ss.

⁷⁹ Corte Federal y de Casación Sent. 5/12/1944, *Compañía Anónima N.V. c. Aannemershedrijr voorheen o Astilleros La Guaira*, en: A. Brewer Carías, *Estudios de Derecho administrativo*, Caracas, t. III, vol. 2, 1977, pp. 727–733.

⁸⁰ Corte Federal y de Casación en Sala Federal, Sent. 12/11/1954, *Machado Machado*.

⁸¹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sent. n° 0568, 20/06/2000, *Aerolink International, S.A. c. Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/568-200600-00-0751.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 0060, 6/02/2001, *Corporación Digital c. Alcaldesa del Municipio Baruta*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/0060-060201-0055.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 1369, 9/09/2003, *Carlos Antonio López c. PDVSA Petróleo, S.A.* <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01369-090904-2004-0965%20.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 1002, 5/08/2004, *DHL Fletes Aéreos, C.A. et al. en nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/01002-050804-1995-11546.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 6483, 8/12/2005, *Beta Ingeniería, C.A. en nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/06483-081205-2002-1037.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 1218, 1/12/2010, *Corporación Tekparu, C.A. en nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01218-11210-2010-2009-0326.HTML>.

⁸² Gaceta oficial, n° 5.394 Extraordinario, de 25.10.1999.

particulares, admite que la Administración puede ejercer sobre su co-contratante un control de alcance excepcional y, en virtud de tal privilegio, puede

“...decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza”⁸³.

Contractualmente suele, por una parte, recogerse algunas de las prerrogativas establecidas en normas positivas y, por otra parte, establecerse nuevas cláusulas relativas, en su mayoría, a la dirección y control de la ejecución del contrato; la modificación unilateral de las cláusulas del contrato, la ampliación unilateral del contrato; la suspensión de la ejecución; la terminación unilateral del contrato; la intervención de la obra o servicio; la sustitución del contratista en la ejecución del contrato; las sanciones ante el incumplimiento de la otra parte, incluyendo la posibilidad de ejecutar garantías e imponer multas, entre otras.

La razón de ser de estas prerrogativas está vinculada a la necesidad de no suspender o interrumpir la ejecución del contrato, debido al interés general presente en la contratación del Estado. Sin embargo, frente a ellas está el derecho del contratista a que la ecuación financiera del contrato –su equilibrio patrimonial– se mantenga. De manera que el ente contratante no puede hacer uso caprichoso de estas disposiciones. En tal sentido, ha de considerarse que, aunque lo recomendable es que el contrato contenga de manera más o menos exhaustiva las reglas aplicables a la relación contractual, en la práctica, sin embargo, los contratos suelen dejar algunas lagunas. Estas lagunas deben ser llenadas con las normas generales en materia de contratos, tomando siempre en cuenta esas prerrogativas del Estado que, de alguna manera, exorbitan el Derecho común. Esta afirmación puede verse claramente cuando se analizan los remedios de que dispone el contratista ante el incumplimiento contractual, cuando quien no cumple con sus obligaciones es, precisamente, el Estado.

En efecto, de conformidad con lo establecido por el Derecho común, cuando una de las partes en el contrato incumple con sus obligaciones, se ponen a disposición de la víctima del incumplimiento una serie de remedios que buscan, si no satisfacer directamente su derecho de crédito, al menos compensarle los daños derivados del incumplimiento. Tratándose, como en este caso, de contratos con obligaciones bilaterales, se ponen a disposición de quien sufre el incumplimiento la posibilidad de pedir el cumplimiento forzoso de la obligación, la resolución del contrato o la suspensión de su ejecución hasta tanto se produzca el cumplimiento de la otra parte (*exceptio non adimpleti contractus*). Además es posible recurrir a la terminación unilateral del contrato. Y, en todo caso, de haberse producido daños que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, estos deberán ser indemnizados.

Sin embargo, tal como reconoce generalmente la doctrina, el contrato, instrumento fundamental del Derecho privado, “...resulta profundamente modificado en el marco del régimen exorbitante que caracteriza al Derecho administrativo”⁸⁴ y, dentro de la dinámica de la relación contractual, es justamente al momento de un incumplimiento cuando las diferencias entre el régimen común y el Derecho administrativo se hacen más patentes.

El propio Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido, tal como hemos afirmado antes, que

⁸³ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 1002, 5/08/2004, *DHL Fletes Aéreos, C.A. et al. en nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/01002-050804-1995-11546.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 6483, 8/12/2005, *Beta Ingeniería, C.A. en nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/06483-081205-2002-1037.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 1218, 1/12/2010, *Corporación Tekparu, C.A. en nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01218-11210-2010-2009-0326.HTML>.

⁸⁴ J.I. Hernández, “Hacia los orígenes del Derecho administrativo venezolano...”, *loc. cit.*, p. 43.

“...los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes quedan subordinados en el contrato administrativo y es el interés público el que prevalece sobre los privados o particulares. Por lo tanto, la Administración queda investida de una posición de privilegio o superioridad, así como de prerrogativas propias de las cláusulas exorbitantes y que se extienden a la interpretación, modificación y resolución del contrato”⁸⁵.

En ejercicio de sus potestades, el ente contratante puede “...decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza”⁸⁶. Puede, además, “...terminar la relación contractual cuando considere que el co-contratante ha incumplido alguna de sus obligaciones, lo cual se constituye como una de las principales diferencias respecto de los contratos en el derecho común”⁸⁷.

En efecto, es común que el Estado cuente con todos los remedios que le confiere el régimen contractual general junto con la posibilidad de sancionar, en aplicación de normas de Derecho administrativo, al contratista que ha incumplido con sus obligaciones con, por ejemplo, la “inmovilización de los bienes, equipos, instalaciones, maquinarias y materiales afectos a la obra, y ordenar su debido resguardo y custodia a cargo del contratista, a fin de que éste no los desplace fuera del lugar de la obra, o de su sede si allí se encontraren, ni les otorgue otro uso o destino” (art. 157, Ley de contrataciones públicas) o con la suspensión o inhabilitación ante el Registro Nacional de Contratistas (art. 168, Ley de contrataciones públicas). Además, desde luego, de otras sanciones penales, civiles y administrativas.

En cambio, cuando quien incumple es el Estado, se activa el régimen exorbitante del Derecho común que le acompaña en su contratación, limitando, de alguna manera las posibilidades del co-contratante para acceder a los remedios ante tal incumplimiento.

Es cierto que el contratista conserva ciertos derechos en la relación contractual. En primer término, él tiene derecho a percibir el precio en el momento, lugar y la forma estipulados en el contrato, sin que el mismo pueda ser modificado. Sin embargo, es posible que el precio sufra variaciones, cuando así se convenga en el propio contrato, o cuando se modifiquen los elementos no contractuales de la remuneración. El contratista, además, tiene derecho a dar por terminado unilateralmente el contrato. Tal facultad debe serle otorgada por el contrato o por la Ley y se ejerce a través de una notificación a la Administración. La ejecución del contrato no podrá ser suspendida, mientras no haya una decisión definitiva al respecto. El derecho al mantenimiento de la ecuación económica del contrato –que sirve muchas veces de límite frente a las potestades de la Administración– y el derecho a obtener una justa indemnización, también se cuentan entre los derechos del contratista.

Ahora bien, el derecho del contratista a suspender la ejecución, sí se ve seriamente limitado. En efecto, la necesidad de garantizar la efectiva, regular y continua ejecución del servicio o de la obra, con el objeto de alcanzar el fin de servicio público que se reconoce en el contrato de Derecho público, ha sido la bandera para impedir la procedencia de la excepción del contrato no cumplido. Así se ha aceptado desde la célebre decisión proferida en el caso Astilleros La Guaira, por la Corte Federal y de Casación, en fecha 5 diciembre 1944⁸⁸ y así ha sido reiterado en varias decisiones del Tribunal Supremo de Justicia⁸⁹.

⁸⁵ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 1218, 1/12/2010, *Corporación Tekparu, C.A. en nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01218-11210-2010-2009-0326.HTML>.

⁸⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 1002, 5/08/2004, *DHL Fletes Aéreos, C.A. et al. en nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/01002-050804-1995-11546.HTM>.

⁸⁷ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 1218, 1/12/2010, *Corporación Tekparu, C.A. en nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01218-11210-2010-2009-0326.HTML>.

⁸⁸ Corte Federal y de Casación Sent. 5/12/1944, *Compañía Anónima N.V. c. Aannemershedrijr voorheen o Astilleros La Guaira*, en A. Brewer Carías, *Estudios de Derecho administrativo...*, op. cit., pp. 727–733.

⁸⁹ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 0789, 11/04/2000, *República de Venezuela c. PEDARCA*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00789-110400-175.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia

Es cierto que muchos sistemas jurídicos dificultan la procedencia de esta excepción, exigiendo, por ejemplo, que la misma sea alegada, no ante cualquier incumplimiento del Estado, sino cuando exista una falta calificada de su parte, de manera que el incumplimiento genere una razonable imposibilidad de cumplir con la prestación adeudada. Además, hay sistemas que impiden su procedencia cuando se trate de un servicio público cuyo prestador lo haga en condiciones de monopolio o exclusividad, pues se ha entendido que, en estos casos, sería la colectividad la perjudicada por la suspensión del servicio, aunque esté basada en la excepción de cumplimiento.

Sin embargo, se conserva la excepción pues ella constituye, en definitiva una garantía para el contratista. Garantía, por una parte, de conservación del equilibrio económico del contrato —lo cual ocurre por la reciprocidad de las prestaciones presente en todos los contratos con obligaciones bilaterales— y, por otra, para no convertirse, en caso de incumplimiento del Estado, en el financista de las obras o servicios públicos de los cuales es contratista.

En Venezuela, sin embargo, no es posible oponerla. De hecho, el contratista que suspenda la ejecución escudándose en la excepción del contrato no cumplido habrá de enfrentar el riesgo de una “inmovilización” de los bienes afectados al contrato (art. 157, Ley de contrataciones públicas). En la práctica, precisamente para evitar los riesgos a que el contratista se expone al suspender la ejecución del contrato con fundamento en el incumplimiento imputable al Estado, lo que éste suele hacer es seguir ejecutando, bien de manera parcial, bien a un ritmo más lento (*slow down*). Este último supuesto, no obstante, ha sido uno de los factores considerados por la Administración, a la hora de fundamentar la terminación unilateral del contrato⁹⁰.

En todo caso, el contratista conserva su derecho a una justa indemnización. No obstante, en caso que el contratista sea una empresa extranjera, el pago de la indemnización también podría resultar problemático, debido al control de cambio y a la escasa utilidad que para una empresa extranjera pueda tener un pago en bolívares, cuando ya no realizará más operaciones en Venezuela.

IV. Una reflexión final

Nuestra reflexión final se vincula a la idea de inicio de este trabajo: el Derecho internacional privado de los contratos fracasa frente a los contratos con el Estado venezolano. La autonomía de las partes, tanto en el terreno procesal como en el ámbito conflictual, se ve seriamente limitada por la imposición del Estado de litigar en sus propios tribunales conforme a su propio Derecho. El Estado es, en definitiva, el fuerte que impone sus condiciones.

Bibliografía

Badell Madrid, R.: “Medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho administrativo venezolano. Especial referencia al arbitraje en los contratos administrativos”, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Homenaje al Prof. Luis Henrique Fariás Mata* (R. Badell Madrid, Ccord.), Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Margarita, Salvador de Madariaga Universidade da Coruña, t. II, 2006, pp. 103 ss.

Boscán de Ruesta, I.: “La inmunidad de jurisdicción en los contratos de interés público”, *Revista de Derecho Público*, abril-junio 1983, n° 14, pp. 23 ss.

en Sala Político Administrativa, Sent. n° 0534, 12/04/2007, *Promotora Jardín Calabozo en nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00534-12407-2007-2000-0228.HTML>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 0845, 17/07/2008, *Constructora Oryana, C.A. en nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00845-17708-2008-2006-0649.HTML>; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 0367, 18/03/2009, *Banco Mercantil, C.A. Banco Universal c. Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU)*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/00368-18309-2009-2008-0895.HTML>.

⁹⁰ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sent. n° 1218, 1/12/2010, *Corporación Tekparu, C.A. en nulidad*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/01218-11210-2010-2009-0326.HTML>.

- Brewer Carías, “A.: Los contratos de interés nacional y su aprobación legislativa”, *Revista de Derecho Público*, n° 11, abril-junio, 1982, pp. 49 ss.
- : “La evolución del concepto de contrato administrativo”, *Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet*, t. I, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1981, pp. 41 ss.
- : “Sobre los contratos del Estado en Venezuela”, *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo (Homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey)*, n° 6, enero-junio, 2011, pp. 207 ss.
- Brewer-Carías, A. y Ortiz Álvarez, L.: *Las grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa 1961-1996*, Caracas 1996.
- Brito García, L.: “Régimen constitucional de los contratos de interés público”, *Revista de Control Fiscal y Tecnificación Administrativa*, n° 50, 1968, pp. 76 ss.
- : *Las instituciones fundamentales del Derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964.
- Calvo, C.: *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, París, 1868.
- Farías Mata, L.E.: “La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolana”, *Libro Homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, t. II, Caracas, UCV, 1981, pp. 981 ss.
- Giral, J.A.: “Comentarios al Dictamen 4211 del Procurador General de la República”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, n° 102, 1997, pp. 313 ss.
- : *El contrato internacional*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos, n° 71, 1999.
- Hernández Mendible, V., Araujo-Juárez, J., Canónico Sarabia, A., Pernía Reyes, M. y Torrealba, M.A.: *La contratación pública en Venezuela*, Caracas, Funeda, 2015.
- Hernández Mendible, V.: “Los avances y problemas de la contratación con el Estado”, *Revista de la Facultad de Derecho (Pontificia Universidad Católica del Perú)*, n° 66, 2011, pp. 107 ss.
- Hernández, J.I.: “Hacia los orígenes del Derecho administrativo venezolano: la construcción del contrato administrativo, entre el Derecho público y el Derecho privado”, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n° 147, 2009, pp. 39 ss.
- Hernández-Bretón, E.: “Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de Derecho internacional privado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, n° 71, 1988, pp. 378 ss.
- : “El Derecho privado internacional aplicable a los contratos internacionales celebrados con empresas del Estado venezolano”, *V Jornadas Aníbal Dominici, Contratos mercantiles y títulos valores* (coord. J.G. Salaverría), Caracas, Funeda, 2014, pp. 209 ss.
- : “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 1998, n° 109, pp. 141 ss.
- : *Mestizaje cultural de los países de la América Latina (Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales)*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, pp. 49 ss.
- : *Problemas contemporáneos del Derecho procesal civil internacional venezolano*, Caracas, Edit. Sherwood, Colección Cuadernos, n° 8, 2004, pp. 72 ss.
- Lares Martínez, E.: “Contratos de interés nacional”, *Libro Homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, t. I, Caracas, UCV, 1981, pp. 117 ss.
- Lares Martínez, E.: *Manual de Derecho administrativo*, 11ª ed. rev., Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1998, pp. 287-288.
- Madrid Martínez, C.: “Un contrato internacional sometido al derecho venezolano y la *lex mercatoria*”, *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini* (ed. C. Madrid Martínez), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, pp. 333 ss.
- : *Las relaciones entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho internacional privado venezolano*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2007, pp. 85 ss.
- Maekelt, T. y Hernández-Bretón, E.: “Jurisdicción y Derecho aplicable en materia de contratos de empréstito público”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, n° 102, 1997, pp. 325 ss.

- Maekelt, T.: *Ley venezolana de Derecho internacional privado. Tres años de su vigencia* (Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, pp. 111 ss.
- Morles Hernández, A.: “La inmunidad de jurisdicción y las operaciones de crédito público”, *Libro Homenaje a Rafael Caldera*, t. III, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, pp. 1701 ss.
- Parra Aranguren, G.: “La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 72, nº 130, 1995, pp. 97 ss.
- Pecourt García, E.: “La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional (II)”, *REDI*, vol. XVII, nº 3, julio–septiembre 1964, pp. 370 ss.
- Pérez Vera, E. y otros: *Derecho internacional privado*, vol. I, 2ª ed., 2000, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.
- Remiro Brotons, A. et al.: *Derecho internacional*, Madrid, McGraw–Hill, 1997.
- Rodríguez, L.E.: “Art. 47. Inderogabilidad convencional de la jurisdicción”, en: *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de t. II, Venezuela, 2005, pp. 1043 ss.
- Romero, F.: “Derecho aplicable al contrato internacional”, *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, t. I, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, pp. 203 ss.
- Romero, F.: “Las personas jurídicas y las obligaciones en la Ley de Derecho internacional privado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, nº 117, 2000, pp. 163 ss.
- Rondón de Sansó, H.: *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas*, Caracas, edit. Libris, 2001, pp. 127 ss.
- Sánchez Covisa, J.: “Anotaciones sobre la competencia procesal internacional indirecta”, *Obra jurídica de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, pp. 377 ss.
- Toro Jiménez, F.: *Derecho internacional público*, 3ª ed., vol. II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004.
- Urdaneta Fontiveros, E.: *La cláusula penal en el Código Civil venezolano*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios nº 99, 2011.
- Velásquez, R.J.: *La caída del liberalismo amarillo*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1972.
- Weill, M.P.: “Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier”, *Recueil des Cours*, t. 128, 1969-III, pp. 9 ss.

THE 2010 SPEECH ACT AND JUDICIAL COMITY IN THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN DEFAMATION JUDGMENTS IN THE UNITED STATES

Cristina M. MARIOTTINI *

SUMMARY: I. Introduction. II. The 2010 SPEECH Act: The Provisions. 1. The First Amendment Considerations: First and Second Prongs. 2. Considerations on Jurisdiction. 3. An Exception to the Rule on Removal of the Claim for Diversity Jurisdiction. 4. Significant Novelties on Declaratory Relief. 5. Reasonable Attorney's Fees. III. The 2010 SPEECH Act in the U.S. Courts. IV. The Impact of the SPEECH Act on U.S. Recognition Law and the Reinforcement of Judicial Comity.

ABSTRACT: At the aim of countering the phenomenon of “libel tourism”, in 2010 the U.S. Congress unanimously passed the 2010 SPEECH Act, which embodies the first federal legislative act on the recognition and enforcement of foreign judgments in the United States. The SPEECH Act provides, inter alia, that foreign defamation judgments may not be enforced in U.S. courts unless (i) the law applied in the foreign judgment offers at least as much protection as the First Amendment to the U.S. Constitution and § 230 of the Communications Act of 1934, or (ii) the defendant would have been found liable also under U.S. law. While the first part of this provision captures and consolidates existing case-law, the second part provides for an innovative and unprecedented opportunity for recognition and enforcement of foreign defamation judgments and may be read as an effective means to strengthen judicial comity in this specific area of the law.

KEYWORDS: LIBEL TOURISM – FOREIGN JUDGMENTS – RECOGNITION AND ENFORCEMENT – SPEECH ACT – FIRST AMENDMENT – FREEDOM OF EXPRESSION – COMITY.

RESUMEN: La Speech Act de 2010 y la cortesía judicial en el reconocimiento y ejecución de decisiones sobre difamación en los Estados Unidos

Con el fin de contrarrestar el fenómeno del “turismo de difamación”, en 2010 el Congreso de los Estados Unidos aprobó por unanimidad la SPEECH Act 2010, que incorpora las primeras disposiciones normativas federales sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en los Estados Unidos. La Ley SPEECH prevé, entre otras cosas, que las sentencias de difamación extranjeras no pueden ser ejecutadas en los tribunales de los Estados Unidos a menos que (i) la ley aplicada en la sentencia extranjera ofrezca al menos tanta protección como la incluida Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos y § 230 La Ley de Comunicaciones de 1934, o (ii) el demandado sea sido considerado también responsable bajo la ley estadounidense. Si bien la primera parte de esta disposición recoge y

* Senior Research Fellow. Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law.

consolida la jurisprudencia existente, la segunda parte prevé una oportunidad innovadora y sin precedentes para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias de difamación extranjeras y puede leerse como un medio eficaz para reforzar la cortesía judicial en este ámbito específico de la ley.

PALABRAS CLAVE: TURISMO DE DIFAMACIÓN – SENTENCIAS EXTRANJERAS – RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN – SPEECH ACT – PRIMERA ENMIENDA LIBERTAD DE EXPRESIÓN – CORTESÍA JUDICIAL.

I. Introduction

In 2010 the United States Congress unanimously passed the Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage Act (hereinafter, the “SPEECH Act”), a federal law that is codified at 28 U.S.C. §§ 4101–4105¹. Under the SPEECH Act, both federal and State U.S. courts are precluded from recognizing or enforcing a foreign defamation judgment unless such judgment is proven to be consistent with the First Amendment to the United States Constitution – which embodies the highly respected constitutional value of freedom of speech and of the press in the United States – and with § 230 of the Communications Act of 1934². In addition, the SPEECH Act makes available to the judgment debtor a novel pre-emptive cause of action for declaratory judgment relief against the recognition of a foreign defamation judgment which conflicts with the First Amendment to the United States Constitution. The SPEECH Act came as a response to the phenomenon commonly called “libel tourism”³. This involves a plaintiff bringing its defamation claim in the courts of the State that provides

¹ The history of the bill is available at: 111th Congress, 2d Session, Senate, Report 111-224, Hon P Leahy, 19.7.2012, 5-6. It is noteworthy that the 2010 SPEECH Act is the first, and to date only, U.S. federal legislative act on recognition and enforcement of foreign judgments. For an overview of U.S. recognition law *vid.* R.A. Brand, “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, Federal Judicial Center International Litigation Guide (2012), 74 *U. Pgh. L. Rev.*, (spring 2013), esp. pp. 500-504 and Appendixes B and D; D.P. Stewart, “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the United States”, (2010) 12 *Yearb. Priv. Int’l L.* 179. In the context of the debate on the federalization of U.S. recognition law *vid.* American Law Institute, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: Analysis and Proposed Federal Statute*, A.F. Lowenfeld and L.J. Silberman (reporters), 2006. A recent analysis of the ALI Proposal may be found in S.I. Strong, “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the U.S. Courts: Problems and Possibilities”, (2014) 33 *Rev Litig*; R.A. Brand, “Enforcement of Foreign-Money Judgments in the United States: In Search of Uniformity and International Acceptance”, (1991) 67 *Notre Dame L. Rev.* 253, 300; *id.* “U.S. Implementation vel non of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements”, 13 *Yearb. Priv. Int’l L.* 107 (2011); P. Trooboff, “Convention on Choice of Court Agreements”, *Natl. L.J.*, 27.7.2009; *id.*, “Implementing Legislation for the Hague Choice of Court Convention”, in P. Stephan (ed.), *Foreign Court Judgments and the United States Legal System – 26th Sokol Colloquium* (2014) 131; L.J. Silberman and A.F. Lowenfeld, “A Different Challenge for the ALI: Herein of foreign Country Judgments, an International Treaty, and an American Statute”, (2000) 75 *Ind. L.J.* 635; A.F. Lowenfeld, “Nationalizing International Law: Essay in Honor of Louis Henkin”, (1998) 36 *Colum. J. Transnat’l L.* 121; L.J. Silberman, “Some Judgments on Judgments: A View from America”, (2008) 19 *KLJ* 235; Ead, “The Need for a Federal Statutory Approach to the Recognition and Enforcement of Foreign Country Judgments” in P.B. Stephan (ed.), *Foreign Court Judgments and the United States Legal System – 26th Sokol Colloquium* (2014) 101; S.B. Burbank, “Federalism and Private International Law: Implementing the Hague Choice of Court Convention in the United States” (2006) 2 *J. Priv. Int’l L.* 287; *id.*, “A Tea Party at The Hague?” (2012) 18 *SW J. Int’l L.* 629. See also Statement of Professor Linda J. Silberman, Subcommittee of Courts, Commercial and Administrative Law of the U.S. House of Representatives, Committee on the Judiciary, “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments” (15 noviembre 2011), <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-112hhrg71239/html/CHRG-112hhrg71239.htm>>; H.H. Koh, “Memorandum of the Legal Adviser Regarding United States Implementation of The Hague Convention on Choice of Courts Agreements (COCA)”, 19.1.2013, <<http://www.state.gov/s/l/releases/2013/206657.htm>>. In particular, on “cooperative federalism” *vid.* D.P. Stewart, “Implementing the Hague Choice of Court Convention: The Argument in Favor of ‘Cooperative Federalism’” in P. Stephan (ed.), *Foreign Court Judgments and the United States Legal System – 26th Sokol Colloquium* (2014) 147.

² Communications Act of 1934 (Pub L 73-416, 48 Stat 1064), classified to 47 U.S.C.A. § 230.

³ “Libel tourism is the name given to the practice of end running the first amendment by suing American authors and publishers for defamation in the courts of certain foreign countries. These countries have laws that often disfavor

for the application of more favorable law, and often on tenuous jurisdictional grounds such as on the basis of objectively weak connections of the parties or the dispute to the forum.

Recognition and enforcement of such judgments within the United States has raised potential conflict with the reading of the First Amendment given by the U.S. Supreme Court. That is, claims against United States authors, journalists and publishers were often filed abroad in countries that had significantly more plaintiff-oriented defamation laws, to the detriment of the First Amendment guarantees. This has been particularly the case with claims filed in countries such as England, Australia and Canada⁴. The defamation laws of the above mentioned foreign jurisdictions focus on vindicating the plaintiff's right to reputation and allow the plaintiff to rely on the presumption of falsity. The plaintiff is able to prove a *prima facie* cause of action by simply showing that the defendant's statements were of such a nature as to disparage the plaintiff's reputation, which *de facto* places the burden of proving the truthfulness of the disputed statements on the defendant⁵.

Contrastingly, the First Amendment has been interpreted by the U.S. Supreme Court to be premised on the core and unyielding assumption that the burden to prove the falsehood of the allegedly defamatory

speech critical of public figures, countries with often little or no connection to the allegedly defamatory statements that gave rise to the suits". Cf. "Libel Tourism: Hearing on HR 6146 before the Subcomm. on Commercial and Admin. Law of the H. Comm. on the Judiciary", 111th Cong 9-10 No 30 (2009) (The Hon S Cohen, opening statement). See also European Parliament, Working Document on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) – Work in progress, Committee on Legal Affairs, Rapporteur: D. Wallis, 23.6.2011, PE452.555v01-00, esp at 3-4; European Parliament, Report with recommendations to the Commission on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (2009/2170(INI)), Committee on Legal Affairs, Rapporteur: C. Wilkström, 2.5.2012, PE469.933v03-00, at para C. Defining libel tourism as "a serious threat to the freedom of expression and information" *vid.* Council of Europe, Declaration of the Committee of Ministers on the Desirability of International Standards dealing with Forum Shopping in respect of Defamation, "Libel Tourism", to Ensure Freedom of Expression, adopted by the Committee of Ministers on 4.7.2012 at the 1147th meeting of the Ministers' Deputies, <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1958787&Site=CM>>. See also *Telnikoff v Matusevitch* 347 Md 561, 601 where the Court described London as "an international libel capital" and *Ehrenfeld v Mahfouz*, 881 NE2d 830, 834 fn 5 (NY 2007), where the Court defined the defendant a "libel tourist". On the phenomenon of libel tourism see, *inter alia*: T. Hartley, "'Libel Tourism' and Conflict of Laws", (2010) 59(1) *Int'l Comp. L. Q.*; *id.*, "Libel Tourism – A solution in sight?" (2012) 63(1) *Northern Ireland Legal Q.* 85; R. Garnett and M. Richardson, "Libel Tourism or Just Redress? Reconciling the (English) Right to Reputation with the (American) Right to Free Speech in Cross-Border Libel Cases" (2009) 5 *J. Priv. Int'l L.* 471; D. Rendleman, "Collecting a Libel Tourist's Defamation Judgment?" (2010) 67 *Wash & Lee L. Rev.* 467; S. Staveley-O'Carroll, "Libel Tourism Laws: Spoiling the Holiday and Saving the First Amendment?" (2009) 4 *N. Y. Univ. J.L. & Liberty* 253; A.R. Klein, "Symposium: Does the World Still Need United States Tort Law? Or Did It Ever?: Some Thoughts on Libel Tourism" (2011) 38 *Pepp. L. Rev.* 375; R.L. McFarland, "Please Do Not Publish This Article in England: A Jurisdictional Response to Libel Tourism" (2010) 79 *Miss. L.J.* 617; L. Levi, "The Problem of Trans-National Libel" (2012) 60 *Am. J. Comp. L.* 507; D.C. Taylor, "Libel Tourism: Protecting Authors and Preserving Comity" (2010) 99 *Geo L.J.* 189; H. Maly, "Publish at Your Own Risk or Don't Publish at All: Forum Shopping Trends in Libel Litigation Leave the First Amendment Unguaranteed" (2006) 14 *J.L. & Poly* 883; T.W. Moore, "Untying Our Hands: The Case for Uniform Personal Jurisdiction over 'Libel Tourists'" (2009) 77 *Fordham L. Rev.* 3207; R. Morse, "Rights relating to personality, freedom of the press and private international law: some common law comments" (2005) 58 *Current Legal Problems* 133. *Vid.* also R. Balin, L. Handman and A. Reid, "Libel Tourism and the Duke's Manservant – an American Perspective" (2009) *European Human Rights L. Rev.* 275; S. Bates, "More SPEECH: Preempting Privacy Tourism" (2011) 33 *Hastings Comm & Ent L.J.* 379; L.E. Little, "Internet Defamation, Freedom of Expression, and the Lessons of Private International Law for the United States" (2012-2013) 14 *Yearb. Priv. Int'l L.* 181.

⁴ With the exception of Québec, the other Canadian provinces are governed by the common law system and essentially follow the English common law of defamation. On the two schemes of defamation liability in Canada cf. E. Brouillet, "Free Speech, Reputation, and the Canadian Balance" (2005-2006) 50 *NYL Sch. L. Rev.* 33.

⁵ For the new statutory defenses introduced in England and Wales with the Defamation Act of 2013, see ss 1-7 of the Act. See also *infra*, at the end of this paragraph.

statement is placed on the plaintiff, since placing the burden on the defendant to prove the truthfulness of such statements would deprive the defendant of his or her fundamental right to freedom of expression⁶.

In addition, further negative effects of libel tourism on the freedom of expression stem from the fact that a foreign defamation claim being brought can effectively “discourage critical media reporting on matters of serious public interest, adversely affecting the ability of scholars and journalists to publish their work”⁷. This impact arises regardless of whether recognition and enforcement of the foreign decision is eventually sought, producing the so-called “chilling effect” on freedom of expression⁸.

Acknowledging the problem of libel tourism, in 2013 the Parliament of the United Kingdom passed the Defamation Act 2013. Among other things, the Defamation Act 2013 curtailed the possibility for English and Welsh courts to assert jurisdiction in cross-border libel cases⁹. Namely, s 9(2) of the Defamation Act 2013 states that “A court does not have jurisdiction [over defendants domiciled neither in the UK, nor in a EU Member State, nor in a Lugano Convention State, ie Switzerland, Norway and Iceland] to hear and determine [a defamation] action... unless the court is satisfied that, of all the places in which the statement complained of has been published, England and Wales is clearly the most appropriate place in which to bring an action in respect of the statement”. However, while the Defamation Act 2013 certainly offers a constructive and pro-active response to the problem of libel tourism, the response is nevertheless partial and only applies in England and Wales¹⁰, thus leaving the issues surrounding libel tourism partly unsolved. In this paper, I will first address the relevant provisions of the SPEECH act and their salient features (part II). I will then analyze how the U.S. courts have applied the SPEECH Act to date (part III). Finally, I will offer some conclusions on how and to what extent the SPEECH Act effectively contributes toward the strengthening of one of the major characters of U.S. recognition law: judicial comity (part IV).

⁶ *Vid.*, *infra*, *New York Times v Sullivan* 376 U.S. 254 (1964) and its progeny: i.a., *Curtis Publishing Co v Butts and Associated Press v Walker* 388 U.S. 130 (1967); *Gertz v Robert Welch, Inc* 418 U.S. 323, 347-349 (1974); *Philadelphia Newspapers, Inc v Hepps* 475 U.S. 767, 768-769 (1986). For a detailed review of the U.S. Supreme Court’s reading of the First Amendment protection and the U.S. courts’ progressive departure from the traditional common law defamation rule the reader may wish to refer to: C.M. Mariottini, “Freedom of Speech and Foreign Defamation Judgments: From *New York Times v Sullivan* via *Ehrenfeld* to the 2010 SPEECH Act”, in B. Hess and C.M. Mariottini (eds), *Protecting Privacy in Private International and Procedural Law and by Data Protection. European and American Developments* (2015) 115-168, esp. 120-128.

⁷ UN Human Rights Committee, “Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant”, CCPR/C/GBR/CO/6 (30.7.2008), para 25. On concern over England becoming a target for libel tourism, especially supporting terrorism see also House of Commons Debate on Libel Laws, Hansard 17 diciembre2008 <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmhansrd/cm081217/halltext/81217h0001.htm>>.

⁸ *Vid.* 376 U.S. 283-284, where the U.S. Supreme Court held that “The fear of damage awards... may be markedly more inhibiting than the fear of prosecution under a criminal statute”. *Cf.* also “Libel Tourism: Hearing on HR 6146 before the Subcomm. on Commercial and Admin. Law of the H. Comm. on the Judiciary”, 111th Cong 9-10 No 30 (2009) (The Hon S Cohen, opening statement) where it is observed that “[I]f libel tourism spreads, free speech will inevitably be muted. Journalists and publishers will be less willing to report on important and controversial stories that inform the public and inspire government action where appropriate”. On freedom of expression see, also, Council of the European Union, EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline, Foreign Affairs Council Meeting, BrU.S.sels, 12.6.2014, <http://eeas.europa.eu/delegations/documents/eu_human_rights_guidelines_on_freedom_of_expression_online_and_offline_en.pdf>.

⁹ The Defamation Act 2013 applies to causes of action occurring after its commencement on 1.1.2014. On the Defamation Act 2013 and its legislative history *vid.* J. Price and F. McMahon (eds), *Blackstone’s Guide to The Defamation Act 2013*, (2013); W. Bennett, “New Developments in the United Kingdom: The Defamation Act 2013” (2012/2013) 14 *Yearb. Priv. Int’l L.* 173; S. Bates, “Libel Capital No More? Reforming British Defamation Law” (2012) 34 *Hastings Comm & Ent LJ* 233; T. Hartley, “Libel Tourism – A solution in sight?” (2012) 63(1) *Northern Ireland Legal Q.* 85, esp 94-95; T. Sanchez, “London, Libel Capital No Longer?: The Draft Defamation Act 2011 and the Future of Libel Tourism” (2011) 9 *UNH L. Rev.* 469. *Vid.* also Defamation Act 2013, ch 26, Explanatory Notes, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/pdfs/ukpgaen_20130026_en.pdf>.

¹⁰ The Defamation Act 2013 applies to England and Wales only, however ss 6 and 7(9) and 15 and 17 and, in so far as it relates to ss 6 and 7(9), s 16(5), also apply to Scotland. See the Defamation Act 2013, ss 17(2) and (3).

II. The 2010 SPEECH Act: The Provisions

The 2010 SPEECH Act states in its preamble that, by filing their claims against U.S. defendants in foreign jurisdictions which fail to warrant the full extent of free-speech protections guaranteed under the First Amendment to the U.S. Constitution, some plaintiffs “are obstructing the free expression rights of United States authors and publishers, and in turn chilling the... interest of the citizenry in receiving information on matters of importance”¹¹. Such actions abroad “not only suppress the free speech rights of the defendants to the suit, but inhibit other written speech that might otherwise have been written or published but for the fear of a foreign lawsuit”¹².

1. The First Amendment Considerations: First and Second Prongs

As regards the First Amendment considerations, the SPEECH Act divides, into two separate and subsequent steps, the analysis that the requested court is to entertain in order to assess whether the judgment for which recognition and enforcement is sought comports with the First Amendment requirements (see 28 U.S.C. § 4102(a)(1)(A) and (B)).

Pursuant to the first prong of the First Amendment considerations at § 4102(a)(1)(A), for a U.S. court to recognize or enforce a foreign defamation judgment the court must verify that the defamation law applied in the foreign judgment warranted at least as much protection for freedom of speech and of the press in that specific case as would be provided by the First Amendment to the Constitution of the United States and by the constitution and law of the State in which the domestic court is located. This requirement applies notwithstanding any other provision of federal or State law. The first prong of the First Amendment considerations captures at a federal legislative level the holding of two seminal decisions, *Bachchan v India Abroad Publication, Inc*¹³ and *Telnikoff v Matusevitch*¹⁴. In these decisions, the U.S. State courts elevated the protection of the freedom of expression to the level of public policy, and as such have used it to prevent recognition of foreign defamation judgments that have failed to comply with this freedom.

Accordingly, the provision on the First Amendment considerations in this specific prong consolidates existing case law and strengthens the uniform interpretation and application of the law among the States, but is not meant to introduce a majorly significant change in the existing law. However, as explained below with respect to the second prong of the First Amendment considerations, the analysis that the SPEECH Act mandates on the requested court does not end should the U.S. court find that the law applied in the foreign decision failed to warrant a protection that satisfies the First Amendment to the U.S. Constitution.

Introducing a novel and groundbreaking provision, the second prong of the First Amendment considerations featured in § 4102(a)(1)(B) mandates the requested court to proceed and determine whether a State court presented with the same facts and circumstances as those of the original claim would have found the defendant liable for defamation. More specifically, pursuant to the second prong, the U.S. court shall deny recognition of the foreign defamation judgment unless “the party opposing recognition or enforcement of that foreign judgment would have been found liable for defamation by a domestic court applying the first amendment to the Constitution of the United States and the constitution and law of the State in which the domestic court is located”.

Accordingly, even if the foreign defamation judgment fails the public policy inquiry under the first prong of the First Amendment considerations, the said judgment would still be eligible for recognition

¹¹ Findings to Pub L No 111-223, Sec 2 § 2, 124 Stat 2480. *Vid.* also 111th Congress, 2d Session, Senate, Report 111-224, Hon P Leahy, 19.7.2012, 2-4.

¹² Findings to Pub L No 111-223, Sec 2 § 3, 124 Stat 2480.

¹³ *Bachchan v India Abroad Publication, Inc* 585 NY2d 661 (NY Sup Ct 1992). *Vid.* G.T. Walters, “*Bachchan v India Abroad Publication Inc*: The Clash Between Protection of Free Speech in the United States and Great Britain” (1992-1993) 16 *Fordham. Intl. L.J.* 895.

¹⁴ *Telnikoff v Matusevitch* 347 Md 561 (Md 1997) (Chasanow, J, dissenting).

and enforcement in the United States if it involves allegations proven to have harmed the reputation of the defamation plaintiff according to First Amendment and State law standards. This additional inquiry, that factually gives the foreign defamation judgment a second, unprecedented chance for recognition and enforcement, is a true novelty in the area as such additional enquiry was not entertained in either *Telnikoff* or *Bachchan*.

Finally, the burden of proof with respect to the two limbs provided at subparagraphs (A) or (B) of § 4102(a)(1) shall be borne by the judgment creditor. Consistently with the personal scope of the First Amendment, which applies to all “persons” (as opposed to U.S. authors and publishers only), the protection warranted by this provision applies to all defamation defendants, regardless of their nationality or residence.

2. Considerations on Jurisdiction

§ 4102(b) of the SPEECH Act deals with jurisdictional considerations. In particular, under § 4102(b)(1), and notwithstanding any other provision of federal or State law, a U.S. court shall refuse to recognize or enforce a foreign judgment for defamation “unless the domestic court determines that the exercise of personal jurisdiction by the foreign court comported with the due process requirements that are imposed on domestic courts by the Constitution of the United States”. Furthermore, a U.S. court is precluded from recognizing or enforcing a foreign defamation judgment against the provider of an interactive computer service, as defined in § 230 of the Communications Act of 1934¹⁵, “unless the domestic court determines that the judgment would be consistent with § 230 if the information that is the subject of such judgment had been provided in the United States”¹⁶. This aims to protect Internet service providers from libel litigation arising from the content published on their networks. Finally, with respect to the treatment of appearances in foreign courts, § 4012(d) of the Act ensures that a U.S. party’s appearance in a foreign court to contest a libel claim does not preclude that party from objecting against the enforcement of the judgment in the U.S.

3. An Exception to the Rule on Removal of the Claim for Diversity Jurisdiction

28 U.S.C. § 4103 expands the grounds for removal to a federal court of any action for the recognition of a foreign defamation judgment¹⁷. The provision introduces an exception to the rule on removal for diversity jurisdiction, and supersedes the condition under 28 U.S.C. § 1332(a)¹⁸ that requires a claim to exceed the sum or value of USD 75,000.

4. Significant Novelties on Declaratory Relief

28 U.S.C. § 4104 embodies another major innovation introduced within the SPEECH Act. This provision authorizes service of process “in the judicial district where the case is brought or any other judicial district of the United States where the defendant may be found, resides, has an agent, or transacts business”. Namely, § 4104 puts forth an innovative affirmative federal cause of action for any “United States person”¹⁹ to obtain a declaratory judgment holding that a foreign defamation judgment entered against

¹⁵ 47 U.S.C. § 230.

¹⁶ 28 U.S.C. § 4102(c).

¹⁷ See 28 U.S.C. § 4103 which holds: “In addition to removal allowed under s 1441, any action brought in a State domestic court to enforce a foreign judgment for defamation in which - (1) any plaintiff is a citizen of a State different from any defendant; (2) any plaintiff is a foreign state or a citizen or subject of a foreign state and any defendant is a citizen of a State; or (3) any plaintiff is a citizen of a State and any defendant is a foreign state or citizen or subject of a foreign state, may be removed by any defendant to the district court of the United States for the district and division embracing the place where such action is pending without regard to the amount in controversy between the parties”.

¹⁸ 28 U.S.C. § 1332(a) (1982).

¹⁹ According to 28 U.S.C. § 4101(6): “The term “United States person” means (A) a United States citizen; (B) an alien lawfully admitted for permanent residence to the United States; (C) an alien lawfully residing in the United States

that person does not comport with the U.S. Constitution or the laws of the United States, where the foreign judgment would not be enforceable under the criteria provided in § 4102. As such, this provision expands the assertion of personal jurisdiction for declaratory relief over foreign libel plaintiffs beyond the limitations potentially introduced by the States' long-arm statutes²⁰.

This provision comes a reaction to the *Ehrenfeld v Mahfouz* decision in which the Second Circuit, on appeal from the U.S. District Court for the Southern District of New York, dismissed an action for declaratory relief against the prospective action for recognition of an English defamation judgment²¹. Affirming the lower court's decision, the Second Circuit ruled that New York courts lacked personal jurisdiction over the judgment creditor (Mahfouz) who, in the instant case, did not purposefully avail himself of the privileges of and benefits of New York's laws as he did not seek to consummate a New York transaction with the defendant in the original case (Ehrenfeld) or to invoke the laws of New York.

It is, however, noteworthy that, access to the declaratory relief warranted by § 4104(b) is limited to "United States persons" as defined at 28 U.S.C. § 4101(6). This is unlike the First Amendment considerations and the jurisdictional considerations, which—as does the First Amendment to the U.S. Constitution (see *supra*, II.1)—extend their personal scope to "persons". It is only fair to wonder why Congress has opted for this solution, since this means that the procedural instruments that sustain and reinforce freedom of speech and of the press are assigned a personal scope that is more limited compared to that of the freedom itself.

5. Reasonable Attorney's Fee

Finally, § 4105(a) provides a significant exception to FRCP rule 54(d). Instead of the default rule whereby each party bears the costs of their own attorneys' fees, § 4105(a) states that the party that prevails in objecting to the recognition and enforcement of a foreign defamation judgment is entitled to a reasonable attorney's fee. Since fee shifting rules provide an incentive for libel plaintiffs to bring their claims abroad²², this unilateral provision is meant to facilitate the judgment debtor²³ and to act as an additional deterrent against foreign defamation actions²⁴.

III. The 2010 SPEECH Act in the U.S. Courts

To date, the SPEECH Act has been evoked in one case on the recognition of a Canadian defamation judgment and has been actually applied in three other cases where recognition was being sought of two Canadian and one French judgment.

The case in *InvestorsHub.com v Mina Mar*²⁵ offers a compelling example of the pre-emptive effect that the SPEECH Act may exert against the recognition and enforcement of foreign defamation judgments. InvestorsHub had seized a Florida District Court under § 4104 of the SPEECH Act, seeking, *inter alia*, a declaratory judgment that an Ontario defamation judgment was not enforceable in the United States

at the time that the speech that is the subject of the foreign defamation action was researched, prepared, or disseminated; or (D) a business entity incorporated in, or with its primary location or place of operation in, the United States".

²⁰ However, for a constitutionally proper personal jurisdiction, Due Process "minimum contacts" requirements shall still be satisfied. *Vid. International Shoe Company v Washington* 326 U.S. 310, 319 (1945), quoting *Milliken v Meyer* 311 U.S. 457, 463 (1940).

²¹ *Ehrenfeld v Mahfouz*, 518 F3d 102 (2d Cir 2008).

²² While concerns were expressed by members of the UK Parliament on the question of legal fees and their impact on free speech and access to justice, this issue is not addressed in the Defamation Act 2013. *Vid. J. Price and F. McMahon* (eds.), *Blackstone's Guide to The Defamation Act 2013*, (2013), 1-15.

²³ M. Gerny, "The SPEECH Act Defends the First Amendment: A Visible and Targeted Response to Libel Tourism" (2012) 36 *Seton Hall Legis J.* 409, 434-435.

²⁴ U.S. Senate, 111th Congress 2d Session, Report 111-224, 4.

²⁵ *InvestorsHub.com, Inc et al v Mina Mar Group, Inc et al* 2011 U.S. Dist LEXIS 87566 (ND Fla, 20.6.2011), where the petitioners filed to request a declaratory judgment to prevent the recognition of the judgment rendered in *Mina Mar Group, Inc, et al v Investorshub.com, et al* Court File no CV-08-364413-0000, Ontario Superior Court of Justice.

since Canadian law does not afford the same level of protection for freedom of speech as the First Amendment, federal law, and Florida law. Following InvestorsHub's action, Mina Mar acknowledged that, pursuant to the SPEECH Act, the Ontario judgment was not enforceable in the United States. Accordingly, Mina Mar consented to having a judgment rendered in favor of InvestorsHub. It appears from this case that the SPEECH Act has strengthened the awareness in defamation judgment debtors that U.S. courts will not enforce foreign decisions unless they comport with the level of protection of free speech afforded by the First Amendment and State law. Similarly, in *Joude, et al v Wordpress Foundation, et al*²⁶ the French plaintiffs who were seeking recognition and enforcement of a judgment in which the *Tribunal de Grande Instance de Paris* directed the U.S. defendants to remove from their blog allegedly defamatory statements posted by an anonymous user agreed to dismiss their claim with prejudice. Although it is not clearly stated in the judgment of the U.S. District Court for the Northern District of California that the reason behind this decision was the awareness that the foreign judgment would not pass the test of the SPEECH Act, it is fair to assume that this was the case.

In contrast, in *Leodegaria Sanchez Pontigon*²⁷ the Court of Appeals of Missouri, Eastern District did not interpret or apply and, instead, it merely evoked the SPEECH Act to remand a case on formal grounds (stating that the record failed to contain a certified and authenticated copy of the purported judgment).

The first –and, to date, only– time a U.S. court actually interpreted the SPEECH Act was in *Trout Point Lodge*²⁸, in March 2012. In a Mississippi Circuit Court, the Canadian plaintiffs applied for the recognition of a default judgment rendered in defamation proceedings held in Nova Scotia. The Nova Scotia judgment provided a two-part ruling: in one part, it awarded damages to the plaintiffs; in another part, it laid out a permanent injunction against the defendant that banned him from disseminating, by means of any media, old or new, any statements about the plaintiffs, and ordered him to remove any such existing publications²⁹. Since the second part of the ruling clearly failed to meet the U.S. fundamental protections against prior restraints on the freedom of speech³⁰, the judgment creditors did not seek to enforce it in the U.S., and limited their application for recognition and enforcement to the part that awarded them damages. In accordance with § 4103 of the SPEECH Act, the U.S. defendant successfully filed for the removal of the action to the U.S. District Court for the Southern District of Mississippi, and the District Court entered summary judgment in his favor. The District Court held that the plaintiffs had failed to meet the burden under § 4102 of the SPEECH Act to show that the defendant, in the court of origin, was warranted at least as much protection of freedom of speech as he would have in a proceeding before a U.S. court or, alternatively, that the defendant would have been found liable for defamation by a U.S. court³¹. The plaintiffs appealed before the Fifth Circuit.

The judges of the Fifth Circuit first addressed the First Amendment considerations provision at § 4102(a)(1)(A) and (B) of the SPEECH Act. They observed that a Canadian plaintiff – unlike a plaintiff subject to the First Amendment and Mississippi laws – does not need to prove falsity as an element of its *prima facie* defamation claim. The Fifth Circuit then held that the plaintiffs in the Canadian judgment failed to satisfy the first prong of the SPEECH Act's First Amendment considerations inquiry. Particularly, they held that the plaintiffs had failed to prove that the law applied in the Nova Scotia proceeding afforded at least as much protection for freedom of speech and information as the defendant would have been afforded under domestic law. This appears to be quite sweeping and not well anchored to the facts.

With respect to the second prong of the SPEECH Act's First Amendment considerations and to whether a Mississippi court presented with the same case would have found the defendant liable for defamation, the Fifth Circuit tackled the issue of whether the facts proved in the proceeding before the court

²⁶ *Joude, et al v Wordpress Foundation, et al*, 2014 U.S. Dist. LEXIS 913 (ND Cal, 3.7.2014).

²⁷ *Leodegaria Sanchez Pontigon v Udis Sanchez Lord* 340 SW3d 315 (2011).

²⁸ *Trout Point Lodge, Ltd et al v Handshoe* 2013 U.S. Dist LEXIS 25138 (SD Miss, 25.2.2013) and subsequently *Trout Point Lodge, Ltd et al v Handshoe* 729 F3d 481 (5th Cir, 5 septiembre 2013).

²⁹ 2013 U.S. Dist LEXIS 25138 (SD Miss, 25.2.2013), paras 102-106. *Trout Point Lodge, Ltd et al v Handshoe* 2014 CarswellINS 110, 2014 NSSC 62 (14.2.2014).

³⁰ *Vid. Neb Press Ass'n v Stuart* 427 U.S. 539, 559 (1976).

³¹ 2013 U.S. Dist LEXIS 25138 (SD Miss, 25.2.2013).

of origin were adequate to prove falsity under United States and Mississippi State law. In this respect the Court found that the generic allegations and the occasionally unclear language used in the plaintiff's complaint to allege the falsity of the defendant's public statements failed to meet the requirement for true evidence and well-pleaded facts required under Mississippi law³². Moreover, the Fifth Circuit observed that some of the plaintiff's publications, while grotesque and offensive, were not actionable in the State of Mississippi, where the Supreme Court ruled that "name calling and verbal abuse are to be taken as statements of opinion, not fact, and therefore will not give rise to an action for libel"³³, and statements of opinion are actionable "only if they clearly and unmistakably imply the allegation of undisclosed false and defamatory facts as the bases for the opinion"³⁴. Consequently, the Fifth Circuit held that the plaintiffs failed to meet the requirement that the evidence submitted before the court of origin would adequately support a defamation claim before a Mississippi court.

Finally, in light of the fact that the claim in the court of origin failed with respect to the First Amendment Considerations, the Fifth Circuit declined to address the question of personal jurisdiction of the Nova Scotia Court pursuant to § 4102(b). Thus, it proceeded to affirm the District Court's decision and declare that the Nova Scotia judgment could not be recognized in Mississippi.

IV. The Impact of the SPEECH Act on U.S. Recognition Law and the Reinforcement of Judicial Comity

In its role as a uniform and targeted legislative text, the SPEECH Act has undoubtedly contributed to the consolidation of the existing law on the recognition and enforcement of foreign defamation judgments in the United States, leading to the benefits of harmonized solutions and uniform interpretation of the law. Also, absent an international convention on the recognition and enforcement of foreign judgments, the SPEECH Act has provided a first response to the problem of libel tourism³⁵. It may be limited and unilateral, but nevertheless the SPEECH Act is focused and, to the extent possible, effective.

While the SPEECH Act, as unilateral legislation, may only afford protection to defamation defendants with assets located in the United States and is not likely to prevent actual defamation litigation abroad so long as the defendant has assets outside the United States, the Act's preemptive effect appears to be reflected in the cases *InvestorsHub.com v Mina Mar* and in *Joude, et al v Wordpress Foundation, et al*. In these cases, it appears that judgment creditors were discouraged from persisting in seeking recognition and enforcement of their judgments in the first place.

Furthermore, the adoption of the SPEECH Act has elicited the response from the UK Parliament that is embodied in the Defamation Act 2013: while the problem of libel tourism remains indeed far from being solved, the pro-active response of the UK Parliament is a clear acknowledgment of the problem and a concrete step in the direction of more uniform solutions.

Overall, however, the truly conspicuous innovation that is brought forth with the SPEECH Act is not to be found in any strengthening of the grounds for refusal of recognition and enforcement of a foreign defamation judgment, as one may have expected. As explained above, such grounds featured in the first

³² 729 F3d 481, at [*29-31].

³³ *Johnson v Delta-Democrat Pub Co* 531 So2d 811, 814 (Miss 1988) (collecting cases).

³⁴ *Ferguson v Watkins* 448 So2d 271, 276 (Miss 1984). Cf. further *Texas Beef Group v Winfrey* 201 F3d 680, 688 (5th Cir 2000) ("Opinions, though strongly stated... based on truthful established fact... are not actionable under the First Amendment"); *Peter Scalandre & Sons, Inc v Kaufman* 113 F3d 556, 564 (5th Cir 1997) ("Defamation law should not be used as a threat to force individuals to muzzle their truthful, reasonable opinions and beliefs").

³⁵ Negotiations towards the conclusion of a multilateral convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters are currently ongoing in the framework of the Hague Conference on Private International Law in the context of the so-called "Judgments Project". Nonetheless, the recognition of defamation judgments is excluded from the scope of the current draft Convention (cf. Art. 2(1)(k) of the February 2017 draft Convention). Information on the Judgments Project is available on the website of the Hague Conference at <www.hcch.net> under "Legislative Projects" and then "Judgments".

prong of the First Amendment considerations are merely legislative codifications of two State court judgments that were commonly considered as the governing law on this subject matter. On the contrary, the feature of the SPEECH Act that introduces a groundbreaking innovation in the area of U.S. recognition and enforcement law is found in the second prong of the First Amendment considerations to the judgment creditor who is seeking the recognition and enforcement of a foreign defamation judgment, regardless of the fact that the foreign law applied in the proceedings in the State of origin does not comport with the First Amendment requirements. In fact, pursuant to the second prong of the First Amendment considerations of the SPEECH Act, the requested U.S. court that has assessed that the foreign judgment fails the first prong test is required to proceed and entertain an additional inquiry whereby the court will find that the judgment is eligible for recognition and enforcement in the United States provided that “the party opposing recognition and enforcement of that foreign judgment would have been found liable for defamation by a domestic court applying the first amendment to the Constitution of the United States and the constitution and law of the State in which the domestic court is located”.

While criticism has been expressed against the SPEECH Act on the assumption that Act would embody an expression against comity³⁶ or stand “in the way of conclusiveness” encouraging *révision au fond* of the foreign judgment,³⁷ the summary review of the case on the merits provided at the second prong of the First Amendment considerations essentially and remarkably provides the judgment creditor with an unprecedented second opportunity for recognition. This opportunity was not available before the Act was passed.

Judicial comity is a concept premised on international law and aimed at maintaining and enhancing peaceful and fruitful relations between sister-States and between the United States and foreign nations. It entails that an elevated degree of respect be shown by a court requested to recognize and enforce a judgment in the United States. In *Hilton v Guyot*, a seminal U.S. Supreme Court judgment where recognition of a French judgment was sought, Justice Gray illustrated the historical foundation for comity in the area of U.S. recognition law: “‘Comity,’ in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor a mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protection of its laws”³⁸. Justice Gray also explained that “where there has been opportunity for a full and fair trial abroad before a court of competent jurisdiction, conducting the trial upon regular proceedings, after due citation or voluntary appearance of the defendant, and under a system of jurisprudence likely to secure an impartial administration of justice between the citizens of its own country and those of other countries, and there is nothing to show either prejudice in the court, or in the system of laws under which it was sitting, or fraud in procuring the judgment, or any other special reason why the comity of this nation should not allow it full effect, the merits of the case should not, in an action brought in this country upon the judgment, be tried afresh”³⁹.

Quite remarkably, the second prong of the SPEECH Act’s First Amendment considerations furthers the concept of comity in U.S. recognition law, while actually challenging one statement made by Justice Gray in his analysis. On one hand, it provides the judgment creditor with an opportunity for recognition that was not available under U.S. common law. On the other hand, it takes the understanding of comity to a new level, by actually using the opportunity for a summary review of the foreign judgment on the merits as an instrument to facilitate, as opposed to obstructing or making more challenging, the recognition of a

³⁶ S. Staveley-O’Carroll, “Libel Tourism Laws: Spoiling the Holiday and Saving the First Amendment?” (2009) 4 *NYU J.L. & Liberty* 253, 255; M.D. Rosen, “The SPEECH Act’s Unfortunate Parochialism: Of Libel Tourism and Legitimate Pluralism” (2012) 53 *Va. J. Int’l L.* 99, *passim*; E.C. Barbour, Cong Research Serv, R41417, “The SPEECH Act: The Federal Response to ‘Libel Tourism’” 14 (2010).

³⁷ P. Hay, “Favoring Local Interests – Some *JU.S.tizkonflikt*-Issues in American Perspective”, in H. Kronke and K. Thorn (Hrsg), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann* (2011), 644 and 646.

³⁸ *Hilton v Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), 163-164.

³⁹ 159 U.S. 113 (1895), 202-203.

foreign judgment. This innovation clearly exemplifies an unparalleled, and certainly noteworthy, buttressing of comity in the law on recognition and enforcement of foreign defamation judgments in the United States.

Bibliography

- Balin, R., Handman, L. and Reid, A.: "Libel Tourism and the Duke's Manservant – an American Perspective" (2009) *European Human Rights L. Rev.* 275.
- Bates, S.: "Libel Capital No More? Reforming British Defamation Law" (2012) 34 *Hastings Comm & Ent LJ* 233.
- Bates, S.: "More SPEECH: Preempting Privacy Tourism" (2011) 33 *Hastings Comm & Ent LJ* 379.
- Bennett, W.: "New Developments in the United Kingdom: The Defamation Act 2013" (2012/2013) 14 *Yearb. Priv. Int'l L.* 173.
- Brand, R.A.: "Enforcement of Foreign–Money Judgments in the United States: In Search of Uniformity and International Acceptance", (1991) 67 *Notre Dame L. Rev.* 253, 300.
- Brand, R.A.: "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", Federal Judicial Center International Litigation Guide (2012), 74 *U. Pgh. L. Rev.*, (spring 2013).
- : "U.S. Implementation vel non of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements", 13 *Yearb. Priv. Int'l L.* 107 (2011).
- Brouillet, E.: "Free Speech, Reputation, and the Canadian Balance" (2005–2006) 50 *NYL Sch. L. Rev.* 33.
- Burbank, S.B.: "A Tea Party at The Hague?" (2012) 18 *SW J. Int'l L.* 629.
- : "Federalism and Private International Law: Implementing the Hague Choice of Court Convention in the United States" (2006) 2 *J. Priv. Int'l L.* 287.
- Ead, "The Need for a Federal Statutory Approach to the Recognition and Enforcement of Foreign Country Judgments" in P.B. Stephan (ed), *Foreign Court Judgments and the United States Legal System – 26th Sokol Colloquium* (2014) 101.
- Garnett, R. and Richardson, M.: "Libel Tourism or Just Redress? Reconciling the (English) Right to Reputation with the (American) Right to Free Speech in Cross–Border Libel Cases" (2009) 5 *J. Priv. Int'l L.* 471.
- Gemy, M.: "The SPEECH Act Defends the First Amendment: A Visible and Targeted Response to Libel Tourism" (2012) 36 *Seton Hall Legis J.* 409, 434–435.
- Hartley, T.: "'Libel Tourism' and Conflict of Laws", (2010) 59(1) *Int'l Comp. L. Q.*
- : "Libel Tourism – A solution in sight?" (2012) 63(1) *Northern Ireland Legal Q.* 85.
- Hay, P.: "Favoring Local Interests – Some *JU.S.tizkonflikt*–Issues in American Perspective", in H. Kronke and K. Thom (Hrsg), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann* (2011), 644 and 646.
- Klein, A.R.: "Symposium: Does the World Still Need United States Tort Law? Or Did It Ever?: Some Thoughts on Libel Tourism" (2011) 38 *Pepp. L. Rev.* 375.
- Koh, H.H.: "Memorandum of the Legal Adviser Regarding United States Implementation of The Hague Convention on Choice of Courts Agreements (COCA)", 19.1.2013, <<http://www.state.gov/s/l/releases/2013/206657.htm>>.
- Levi, L.: "The Problem of Trans–National Libel" (2012) 60 *Am. J. Comp. L.* 507.
- Little, K.E.: "Internet Defamation, Freedom of Expression, and the Lessons of Private International Law for the United States" (2012–2013) 14 *Yearb. Priv. Int'l L.* 181.
- Lowenfeld, A.F.: "Nationalizing International Law: Essay in Honor of Louis Henkin", (1998) 36 *Colum. J. Transnat'l L.* 121.
- Lowenfeld, A.F. and Silberman, L.J. (reporters), 2006. A recent analysis of the ALI Proposal may be found in S.I. Strong, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the U.S. Courts: Problems and Possibilities", (2014) 33 *Rev Litig.*
- Maly, H.: "Publish at Your Own Risk or Don't Publish at All: Forum Shopping Trends in Libel Litigation Leave the First Amendment Unguaranteed" (2006) 14 *J.L. & Poly* 883.
- Mariottini, C.M.: "Freedom of Speech and Foreign Defamation Judgments: From *New York Times v Sullivan* via *Ehrenfeld* to the 2010 SPEECH Act", in B. Hess and C.M. Mariottini (eds), *Protecting Privacy in Private International and Procedural Law and by Data Protection. European and American Developments* (2015) 115–168, esp. 120–128.

- McFarland, R.L.: "Please Do Not Publish This Article in England: A Jurisdictional Response to Libel Tourism" (2010) 79 *Miss. L.J.* 617.
- Moore, T.W.: "Untying Our Hands: The Case for Uniform Personal Jurisdiction over 'Libel Tourists'" (2009) 77 *Fordham L. Rev.* 3207.
- Morse, R.: "Rights relating to personality, freedom of the press and private international law: some common law comments" (2005) 58 *Current Legal Problems* 133.
- Price, J. and McMahon, F. (eds.): *Blackstone's Guide to The Defamation Act 2013*, (2013), 1–15.
- Rendleman, D.: "Collecting a Libel Tourist's Defamation Judgment?" (2010) 67 *Wash & Lee L. Rev.* 467.
- Rosen, M.D.: "The SPEECH Act's Unfortunate Parochialism: Of Libel Tourism and Legitimate Pluralism" (2012) 53 *Va. J. Int'l L.* 99, *passim*.
- Sanchez, T.: "London, Libel Capital No Longer?: The Draft Defamation Act 2011 and the Future of Libel Tourism" (2011) 9 *UNH L. Rev.* 469. *Vid.* also Defamation Act 2013, ch 26, Explanatory Notes, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/pdfs/ukpgaen_20130026_en.pdf>.
- Silberman, L.J. and Lowenfeld, A.F.: "A Different Challenge for the ALI: Herein of foreign Country Judgments, an International Treaty, and an American Statute", (2000) 75 *Ind. L.J.* 635.
- : "Some Judgments on Judgments: A View from America", (2008) 19 *KLJ* 235.
- Staveley-O'Carroll, S.: "Libel Tourism Laws: Spoiling the Holiday and Saving the First Amendment?" (2009) 4 *N. Y. Univ. J.L. & Liberty* 253.
- Stewart, D.P.: "Implementing the Hague Choice of Court Convention: The Argument in Favor of 'Cooperative Federalism'" in P. Ste
- : "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the United States", (2010) 12 *Yearb. Priv. Int'l L.* 179.
- Taylor, D.C.: "Libel Tourism: Protecting Authors and Preserving Comity" (2010) 99 *Geo L.J.* 189.
- Trooboff, P.: "Convention on Choice of Court Agreements", *Natl. L.J.*, 27.7.2009.
- : "Implementing Legislation for the Hague Choice of Court Convention", in P. Stephan (ed.), *Foreign Court Judgments and the United States Legal System – 26th Sokol Colloquium* (2014) 131.

TEXTOS LEGALES

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTOS

Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 julio 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012. DO L 200 de 26.7.2016.

Obs.: Dentro del objetivo general de la Unión de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas, el Reglamento (UE) n° 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 julio 2016 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1024/2012, que publica el DO de 27 de julio, constituye un paso más en la simplificación de los requisitos administrativos existentes para la presentación en un Estado miembro de determinados documentos públicos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro.

I. Antecedentes. Ciertamente, todos los Estados miembros son partes contratantes del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 por el que se suprime la exigencia de legalización para los documentos públicos extranjeros (en lo sucesivo, “Convenio sobre la Apostilla”), que introdujo un sistema para simplificar la circulación de documentos públicos expedidos por otros Estados contratantes de dicho Convenio. Sin embargo, de conformidad con el principio de confianza mutua, y con objeto de facilitar la libre circulación de personas dentro de la Unión, el presente Reglamento se propone establecer un sistema de mayor simplificación de los trámites administrativos para la circulación de determinados documentos públicos y de sus copias certificadas cuando dichos documentos públicos y sus copias certificadas los expida la autoridad de un Estado miembro para su presentación en otro Estado miembro. Bien entendido que el mecanismo que establece debe entenderse sin perjuicio de que las personas puedan seguir acogiéndose, si así lo desean, a otros sistemas por los que se exima de legalización o trámite similar a los documentos públicos y que se apliquen entre los Estados miembros. En particular, el presente Reglamento ha de considerarse un instrumento independiente y autónomo respecto del Convenio sobre la Apostilla.

II. Objeto. El presente Reglamento establece, respecto de determinados documentos públicos expedidos por las autoridades de un Estado miembro que deban presentarse a las autoridades de otro Estado miembro, un sistema de: a) exención de la legalización o trámite similar, y b) simplificación de otros trámites. Como se ha indicado el presente Reglamento no impedirá que una persona se acoja a otros sistemas aplicables en un Estado miembro en materia de legalización o trámite similar. Se salvaguarda así la coexistencia entre el sistema que incorpora y otros sistemas aplicables entre los Estados miembros.

Para lograr estos objetivos el Reglamento también establece impresos estándar multilingües para que se utilicen como ayuda a la traducción adjuntos a los documentos públicos relativos al nacimiento, al hecho que una persona está viva, a la defunción, al matrimonio (incluidos la capacidad para contraer matrimonio y el estado civil), a la unión de hecho registrada (incluidas la capacidad para inscribirse como miembro de una unión de hecho y la condición de miembro de una unión de hecho registrada), al domicilio o la residencia y a la ausencia de antecedentes penales.

III. Ámbito de aplicación. i) El presente Reglamento se aplica a los documentos públicos expedidos por las autoridades de un Estado miembro de conformidad con su Derecho nacional que han de ser presentados a las autoridades de otro Estado miembro y cuyo principal objetivo es establecer uno o más de los siguientes hechos: a) el nacimiento; b) que una persona está viva; c) la defunción; d) el nombre; e) el matrimonio, incluidos la capacidad para contraer matrimonio y el estado civil; f) el divorcio, la separación judicial y la anulación del matrimonio; g) la unión de hecho registrada, incluidas la capacidad para inscribirse como miembro de una unión de hecho y la condición de miembro de una unión de hecho registrada; h) la cancelación del registro de una unión de hecho, la separación judicial o la anulación de una unión de hecho registrada; i) la filiación; j) la adopción; k) el domicilio o la residencia; l) la nacionalidad; m) la ausencia de antecedentes penales, siempre que los documentos públicos al respecto sean expedidos a un ciudadano de la Unión por las autoridades del Estado miembro del que tiene la nacionalidad. También se aplica a los documentos públicos cuya presentación pueda exigirse a los ciudadanos de la Unión que residen en un Estado miembro del que no son nacionales cuando deseen ejercer su derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo o en elecciones municipales en su Estado miembro de residencia, en las condiciones establecidas en la Directiva 93/109/CE y en la Directiva 94/80/CE del Consejo, respectivamente.

ii) Dentro de las exclusiones, el Reglamento no se aplica a: a) los documentos públicos expedidos por autoridades de países terceros, o b) las copias certificadas de los documentos a que se refiere la letra a), realizadas por las autoridades de un Estado miembro. Asimismo, queda fuera de su ámbito el reconocimiento en un Estado miembro de los efectos jurídicos relativos al contenido de los documentos públicos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro.

iii) Los documentos públicos expedidos por las autoridades de países terceros no entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. Asimismo, los acuerdos y disposiciones en materia de legalización o trámite similar respecto de los documentos públicos sobre cuestiones contempladas en el presente Reglamento expedidos por las autoridades de Estados miembros o de países terceros que vayan a utilizarse en las relaciones entre los Estados miembros y los países terceros de que se trate no pueden afectar a la aplicación del presente Reglamento. Por consiguiente, el presente Reglamento no debe impedir que los Estados miembros celebren acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales con países terceros en materia de legalización o trámite similar respecto de los documentos públicos sobre cuestiones contempladas en el presente Reglamento expedidos por las autoridades de Estados miembros o de países terceros que vayan a utilizarse en las relaciones entre los Estados miembros y los países terceros de que se trate.

iv) El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y aplicable a partir del 16 febrero 2019, excepto: a) el art. 24, apartado 2, que se aplicará a partir del 16 febrero 2017; b) el art. 12 y el art. 24, apartado 3, que se aplicarán a partir del 16 febrero 2018, y c) el art. 22 y el art. 24, apartado 1, que se aplicarán a partir del 16 agosto 2018.

IV. Cooperación administrativa. Para permitir un intercambio de información transfronterizo rápido y seguro, y facilitar la asistencia mutua, el presente Reglamento pretende establecer un mecanismo eficaz de cooperación administrativa entre las autoridades designadas por los Estados miembros. El uso de ese mecanismo de cooperación administrativa debe reforzar la confianza mutua entre los Estados miembros dentro del mercado interior está basado en el Sistema de Información del Mercado Interior establecido por el Reglamento (UE) n° 1024/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, por lo que procede a modificarlo para adaptarlo a la lista de disposiciones relativas a la cooperación administrativa en los actos de la Unión que se aplican mediante el IMI, que figuran en el anexo del Reglamento (UE) n° 1024/2012.

Las autoridades centrales de los Estados miembros deben comunicarse entre sí y ejercer sus funciones utilizando el IMI. Las comunicaciones entre autoridades del mismo Estado miembro deben tener lugar con arreglo a los procedimientos nacionales. Dichas autoridades deben prestarse asistencia mutua con el fin de facilitar la aplicación del presente Reglamento, en particular en lo que atañe a la aplicación del mecanismo de cooperación administrativa entre las autoridades designadas por los Estados miembros, cuando las autoridades de un Estado miembro en el que se presente un documento público o su copia certificada alberguen dudas razonables sobre la autenticidad del documento público o de su copia certificada.

Cuando las autoridades de un Estado miembro en el que se presente un documento público o su copia certificada alberguen dudas razonables sobre la autenticidad de dichos documentos, deben tener la posibilidad de comprobar los modelos de documentos disponibles en el repositorio del IMI y, si persiste la duda, presentar una solicitud de información a través del IMI a las autoridades competentes del Estado miembro en el que se hayan expedido esos documentos, bien enviando la solicitud directamente a la autoridad que expidió el documento público o realizó la copia certificada, bien poniéndose en contacto con la autoridad central de ese Estado miembro. Las autoridades así requeridas deben dar respuesta a esas solicitudes a la mayor brevedad y, en todo caso, en un plazo no superior a cinco días hábiles, o diez días hábiles cuando la solicitud se tramite por conducto de una autoridad central. El plazo de diez días hábiles puede, en particular, amparar situaciones en las que las autoridades requeridas aún no estén registradas en el IMI. En el caso de que no puedan respetarse esos plazos, la autoridad requerida y la autoridad solicitante deben acordar una prórroga del plazo.

Reglamento (UE) 2016/1953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 octubre 2016, relativo al establecimiento de un documento de viaje europeo para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y por el que se deroga la Recomendación del Consejo de 30 noviembre 1994. DO L 311 de 17.11.2016.

Obs.: El documento de viaje europeo para el retorno contribuiría a aumentar la flexibilidad de las autoridades de terceros países y a reducir la carga administrativa de las autoridades consulares competentes. De este modo, los costes del documento de viaje europeo para el retorno se limitarían al mínimo y, al acelerar los procedimientos administrativos de retorno, se contribuiría a reducir el periodo durante el que los retornados a la espera de repatriación están detenidos.

I. Antecedentes. En la Agenda Europea de Migración, la Comisión presentó una serie de medidas e iniciativas dirigidas a aportar soluciones estructurales para una mejor gestión de la migración en todos sus aspectos. El retorno efectivo de los nacionales de terceros países que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en un Estado miembro de la Unión es una parte esencial de un planteamiento general para garantizar el buen funcionamiento de las políticas de migración de la UE y para mantener la confianza pública en el sistema de migración de la Unión. El aumento de la tasa de retorno de los migrantes irregulares libera capacidad de acogida para aquellos que realmente necesitan protección, tal como subrayan los esfuerzos renovados de la UE para proteger a las personas que lo necesitan, en particular a través de la reubicación y el reasentamiento. Una política de retorno eficaz y creíble va acompañada de una política de migración más abierta. Sin embargo, el sistema de la UE para el retorno de los migrantes irregulares no es suficientemente eficaz. Por ejemplo, en 2014 se ejecutó menos del 40 % del total de las decisiones de retorno adoptadas por los Estados miembros. El 9 septiembre 2015, la Comisión presentó un Plan de Acción de la UE en materia de retorno 2 para abordar las causas profundas, que incluye formas de aumentar la aceptación del documento de viaje normalizado para la expulsión de nacionales de terceros países.

La falta de documentos de viaje válidos expedidos por el país de destino del repatriado es uno de los principales obstáculos para el éxito del retorno. En la actualidad, los Estados miembros pueden expedir un documento alternativo para los nacionales de terceros países en situación irregular que no posean un documento de viaje válido. Hasta la fecha, la Recomendación del Consejo de 30 noviembre 1994 establecía un documento de viaje normalizado para la expulsión de nacionales de terceros países; no obstante, su reconocimiento por parte de terceros países es bajo debido a las insuficientes medidas y normas de seguridad.

La necesidad de abordar esta cuestión también se puso de relieve en las conclusiones del Consejo de 8 octubre 2015, en que los Estados miembros se comprometieron a utilizar más regularmente el documento de viaje normalizado en las operaciones de retorno. Las conclusiones del Consejo Europeo de 15 octubre 2015 hicieron hincapié asimismo en esta necesidad.

II. Objetivos. La mejora de la cooperación en materia de retorno y readmisión con los principales países de origen y tránsito de los nacionales de terceros países en situación irregular es esencial para aumentar las tasas de retorno, que no son satisfactorias. Un documento de viaje europeo mejorado para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular es pertinente a este respecto.

El hasta ahora vigente documento de viaje normalizado para el retorno de nacionales de terceros países, establecido por la Recomendación del Consejo de 30 noviembre 1994, no era ampliamente aceptado por las autoridades de terceros países, entre otras razones por sus normas de seguridad inadecuadas. Se considera que es necesario promover la aceptación, por parte de los terceros países, de un documento de viaje europeo mejorado y uniforme para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular como documento de referencia a efectos de retorno. Para ello se ha procedido a la armonización del formato y las características técnicas del documento de viaje europeo para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular a fin de garantizar las normas técnicas y de seguridad más elevadas, en particular en lo que se refiere a la protección contra la imitación y la falsificación. Con ello se pretende facilitar el reconocimiento de este documento por terceros países a efectos del retorno y la readmisión, en particular en el contexto de los acuerdos de readmisión u otros convenios con terceros países, así como en el contexto de la cooperación con terceros países en materia de retorno no cubierta por un acuerdo formal.

Por consiguiente el objetivo del Reglamento es establecer un documento de viaje europeo específico para el retorno de los nacionales de terceros países sujetos a una decisión de retorno, que establezca un formato uniforme y características técnicas y de seguridad reforzadas para garantizar una aceptación más amplia por parte de los terceros países y un mayor uso de este documento a efectos de readmisión. Su utilización deberá promoverse en los acuerdos de readmisión bilaterales y de la UE u otros acuerdos.

Dado que los objetivos del presente Reglamento no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que, debido a los efectos de la acción prevista, pueden lograrse mejor a nivel de la Unión, ésta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el art. 5 TUE. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

III. Ámbito de aplicación. En la medida en que se aplica a los nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/399, el presente Reglamento constituye un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en que Irlanda no participa, de conformidad con la Decisión 2002/192/CE del Consejo; así pues, Irlanda no participa en la adopción del presente Reglamento y no está vinculada por él ni sujeta a su aplicación. Además, de conformidad con los arts. 1 y 2 del Protocolo nº 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al TUE y al TFUE, y sin perjuicio del art. 4 de dicho Protocolo, Irlanda no participa en la adopción del presente Reglamento y no está vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación.

Por lo que se refiere a Islandia y Noruega, el presente Reglamento constituye, en la medida en que se aplica a los nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/399, un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en el sentido del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, que entra en el ámbito mencionado en el art. 1 de la Decisión 1999/437/CE del Consejo.

Por lo que respecta a Suiza, el presente Reglamento constituye, en la medida en que se aplica a los nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/399, un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen en el sentido del Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, que entra en el ámbito mencionado en el art. 1 de la Decisión 1999/437/CE, en relación con el art. 3 de la Decisión 2008/146/CE del Consejo.

Por lo que se refiere a Liechtenstein, el presente Reglamento constituye, en la medida en que se aplica a los nacionales de terceros países que no cumplan o hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/399, un desarrollo de las disposiciones del acervo de Schengen, conforme a lo establecido en el Protocolo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre la adhesión del Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, que entra en el ámbito mencionado en el art. 1 de la Decisión 1999/437/CE, en relación con el art. 3 de la Decisión 2011/350/UE del Consejo.

IV. Características del documento. El Reglamento establece un documento de viaje europeo más seguro y uniforme para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular a fin de facilitar el retorno y la readmisión de nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de los Estados miembros. Las características de seguridad mejoradas y las especificaciones técnicas del documento de viaje europeo para el retorno deben facilitar su reconocimiento por parte de terceros países. Tal documento debe, por tanto, facilitar los retornos en el contexto de los acuerdos de readmisión u otros acuerdos celebrados por la Unión o los Estados miembros con terceros países, así como en el contexto de la cooperación con terceros países en materia de retorno no cubierta por un acuerdo formal.

El presente Reglamento armoniza únicamente el formato, las características de seguridad y las especificaciones técnicas del documento de viaje europeo para el retorno, sin armonizar las normas relativas a su expedición. Con ello pretende garantizar unas normas técnicas y de seguridad elevadas, en particular en lo que se refiere a la protección contra la imitación y la falsificación. El documento de viaje europeo para el retorno debe tener características de seguridad armonizadas reconocibles.

Las características de seguridad y las especificaciones técnicas fijadas en el Reglamento (CE) n° 333/2002 del Consejo deben aplicarse al documento de viaje europeo para el retorno.

V. Obligaciones de los Estados miembros. La readmisión de sus propios nacionales es una obligación con arreglo al Derecho internacional consuetudinario que todos los Estados han de respetar. La identificación de nacionales de terceros países en situación irregular y la expedición de documentos, incluido el documento de viaje europeo para el retorno, deben, en su caso, ser objeto de una cooperación con las representaciones diplomáticas y negociaciones con terceros países que han suscrito acuerdos de readmisión, ya sea con la Unión o con los Estados miembros.

Los acuerdos de readmisión celebrados por la Unión con terceros países deben prever el reconocimiento del documento de viaje europeo para el retorno. Los Estados miembros deben incluir el reconocimiento del documento de viaje europeo para el retorno en los acuerdos bilaterales y otros convenios, así como en el contexto de la cooperación con terceros países en materia de retorno no cubierta por un acuerdo formal. Los Estados miembros deben esforzarse por garantizar la utilización efectiva del documento de viaje europeo para el retorno.

El documento de viaje europeo para el retorno debe contribuir a aligerar la carga administrativa y burocrática de las administraciones de los Estados miembros y de terceros países, incluyendo los servicios consulares, y a reducir la duración de los procedimientos administrativos necesarios para garantizar el retorno y la readmisión de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 junio 2017, sobre la marca de la Unión Europea. DO L 154 de 16 junio 2017.

Obs.: El Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo, codificado en 2009 como Reglamento (CE) n° 207/2009, creó un sistema de protección de marcas específico de la Unión que preveía la protección de las marcas a escala de la Unión, de forma paralela a la protección que se ofrecía a nivel de los Estados miembros en virtud de los sistemas nacionales de marcas armonizados por la Directiva 89/104/CEE del

Consejo, codificada como Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. El Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo ha sido modificado en varias ocasiones y de forma sustancial y en aras de la claridad y la racionalidad, la UE ha considerado oportuno proceder a la codificación de este último instrumento. Esta es la misión del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 junio 2017 sobre la marca de la Unión Europea.

Para proseguir los objetivos de la Unión se ha considerado menester prever un régimen de la Unión sobre marcas que confiera a las empresas el derecho de adquirir, de acuerdo con un procedimiento único, marcas de la Unión que gocen de una protección uniforme y que produzcan sus efectos en todo el territorio de la Unión. El principio de la unicidad de la marca de la Unión así expresado debe aplicarse salvo disposición en contrario del presente Reglamento. Bien entendido que la aproximación de las legislaciones nacionales no puede eliminar el obstáculo de la territorialidad de los derechos que las legislaciones de los Estados miembros confieren a los titulares de marcas. Para permitir a las empresas ejercer sin trabas una actividad económica en el conjunto del mercado interior, son necesarias marcas reguladas por un Derecho de la Unión único, directamente aplicable en cada Estado miembro.

I. Subsistencia de las marcas nacionales. El Derecho de marcas de la Unión, no obstante, no sustituye al Derecho de marcas de los Estados miembros. En efecto, no parece justificado obligar a las empresas a que registren sus marcas como marcas de la Unión. Las marcas nacionales siguen siendo necesarias para aquellas empresas que no deseen la protección de sus marcas a escala de la Unión, o que no puedan obtener protección en toda la Unión, mientras que no encuentran obstáculos para obtenerla a nivel nacional. Debe dejarse a la discreción de cada persona que busque la protección de una marca la decisión de obtenerla únicamente mediante una marca nacional en uno o varios Estados miembros, o únicamente mediante una marca de la Unión, o mediante ambas a la vez.

II. Registro. Los derechos sobre una marca de la Unión solo pueden adquirirse por el registro, y este debe ser denegado, en particular, en caso de que la marca carezca de carácter distintivo, en caso de que sea ilícita o en caso de que se opongan a ella derechos anteriores.

Se debe permitir que un signo se represente de cualquier forma que se considere adecuada usando la tecnología generalmente disponible, y no necesariamente por medios gráficos, siempre que la representación sea clara, precisa, autosuficiente, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva.

III. Ámbito de la protección. La protección otorgada por la marca de la Unión, cuyo fin es primordialmente garantizar la función de origen de la marca, debe ser absoluta en caso de identidad entre la marca y el signo y entre los productos o servicios. La protección debe cubrir igualmente los casos de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios. Procede interpretar el concepto de similitud en relación con el riesgo de confusión. El riesgo de confusión, cuya apreciación depende de numerosos factores y, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado, de la asociación que pueda hacerse entre ella y el signo utilizado o registrado, del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados, debe constituir la condición específica de protección.

IV. Principio de prioridad. Con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la plena coherencia con el principio de prioridad, según el cual una marca registrada con anterioridad prevalece sobre otra registrada posteriormente, el Reglamento dispone que la eficacia de los derechos conferidos por una marca de la Unión debe entenderse sin perjuicio de los derechos de los titulares adquiridos antes de la fecha de presentación de la solicitud o de la fecha de prioridad de la marca de la Unión. Ello se ajusta al art. 16, apartado 1, del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de 15 abril 1994.

La utilización por una empresa de un signo idéntico o similar a un nombre comercial, de modo que se establezca un nexo entre la empresa que lleve ese nombre y los productos o servicios de dicha empresa, puede generar confusión en cuanto al origen comercial de esos productos o servicios. Por consiguiente, debe entenderse que también existe violación de marca de la Unión cuando el signo se utilice como

nombre comercial o designación similar siempre que tal uso responda al propósito de distinguir los productos o servicios.

Al objeto de velar por la seguridad jurídica y la plena coherencia con la legislación específica de la Unión, el Reglamento establece que el titular de una marca de la Unión pueda prohibir a un tercero utilizar un determinado signo en publicidad comparativa, cuando tal publicidad sea contraria a lo dispuesto en la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

V. Tránsito de medicamentos genéricos. El Reglamento adopta medidas con objeto de garantizar el tránsito fluido de los medicamentos genéricos. Con respecto a la denominación común internacional (DCI) como denominación mundialmente reconocida para las sustancias activas en los preparados farmacéuticos, es fundamental tener debidamente en cuenta las limitaciones existentes que afectan a los derechos conferidos por la marca de la Unión. En consecuencia, el Reglamento establece que el titular de una marca de la Unión no debe tener el derecho de impedir a un tercero que introduzca mercancías en la Unión si no son despachadas a libre práctica por razón de similitudes entre la DCI del ingrediente activo del medicamento y la marca.

VI. Falsificación. Al objeto de combatir eficazmente la falsificación, el Reglamento faculta a los titulares de marcas de la Unión para prohibir la colocación en las mercancías de una marca infractora, así como los actos preparatorios previos a dicha colocación.

VII. Uso terceros de signos o indicaciones. Los derechos exclusivos conferidos por una marca de la Unión no deben facultar a su titular para prohibir el uso por terceros de signos o indicaciones usados lealmente y, por tanto, de acuerdo con prácticas honestas en materia industrial y comercial. A fin de establecer condiciones de igualdad entre los nombres comerciales y las marcas de la Unión en caso de conflictos en un contexto en el que aquellos gozan normalmente de protección sin límites frente a marcas posteriores, solo debe considerarse incluido en dicho uso el uso del nombre personal del tercero. Dicho uso debe asimismo permitir el uso de signos o indicaciones descriptivos o sin carácter distintivo en general. Además, el titular no debe poder impedir el uso leal y honesto de la marca de la Unión al objeto de designar los productos o servicios, o referirse a ellos, como suyos. El uso de una marca realizado por terceros para llamar la atención del consumidor sobre la reventa de productos auténticos que inicialmente fueron vendidos en la Unión por el titular de la marca de la Unión o con su consentimiento debe considerarse lícito en la medida en que al mismo tiempo sea conforme a las prácticas leales en materia industrial y comercial. El uso de la marca realizado por terceros con fines de expresión artística debe considerarse lícito en la medida en que al mismo tiempo sea conforme a las prácticas leales en materia industrial y comercial. Además, el presente Reglamento debe aplicarse de tal modo que se garantice el pleno respeto de los derechos y libertades fundamentales, y en particular la libertad de expresión.

Del principio de libre circulación de mercancías se desprende que el titular de una marca de la Unión no puede prohibir su uso a un tercero, en el caso de productos que hayan sido comercializados en el Espacio Económico Europeo con dicha marca por él mismo o con su consentimiento, a no ser que existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos.

VIII. Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea. El derecho de marcas creado por el presente Reglamento requiere, para cada marca, medidas administrativas de ejecución a nivel de la Unión. Por consiguiente, conservando al mismo tiempo la estructura institucional existente en la Unión y el equilibrio de poderes, es indispensable prever una (en lo sucesivo, "Oficina") independiente en el plano técnico y dotada de autonomía jurídica, administrativa y financiera suficiente. Para ello resulta necesario y apropiado que la Oficina tenga la forma de un organismo de la Unión con personalidad jurídica que ejerza los poderes que le confiere el presente Reglamento, en el marco del Derecho de la Unión y sin menoscabo de las competencias ejercidas por las instituciones de la Unión.

Con objeto de promover la convergencia de las prácticas y desarrollar herramientas comunes, es necesario establecer un marco apropiado para la cooperación entre la Oficina y las oficinas centrales de la propiedad industrial de los Estados miembros, incluida la Oficina de Propiedad Intelectual del Benelux,

que defina ámbitos clave de cooperación y permita a la Oficina coordinar proyectos comunes pertinentes de interés para la Unión y los Estados miembros y financiar dichos proyectos hasta un importe máximo. Esas actividades de cooperación deben redundar en beneficio de las empresas que recurran a los sistemas de marcas en Europa. Los proyectos, y en particular las bases de datos con fines de búsqueda y consulta, deben proporcionar a los usuarios del régimen de la Unión establecido en el presente Reglamento una serie de herramientas adicionales, integradas y eficientes que sean gratuitas para cumplir los requisitos específicos que se derivan del carácter unitario de la marca de la Unión.

La creación del sistema de la marca de la Unión ha tenido como consecuencia un incremento de las cargas financieras que soportan las oficinas centrales de la propiedad industrial y otras autoridades de los Estados miembros. Los costes adicionales se relacionan con el tratamiento de un mayor número de procedimientos de oposición y nulidad en los que están involucradas marcas de la Unión o iniciados por titulares de dichas marcas, con las actividades de concienciación en relación con el sistema de la marca de la Unión, y con actividades que tienen por objetivo garantizar el respeto de los derechos que confieren las marcas de la Unión. Es por lo tanto apropiado velar por que la Oficina compense parte de los costes sufragados por los Estados miembros debido a la función que desempeñan a la hora de garantizar el buen funcionamiento del sistema de la marca de la Unión. El pago de esa compensación debe estar sujeto a la presentación por los Estados miembros de los datos estadísticos oportunos. Dicha compensación debe darse en tal medida que no provoque un déficit presupuestario para la Oficina.

DIRECTIVAS

Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal. DO L 198 de 28.7.2017.

Obs.: Esta Directiva establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones relativas a la lucha contra el fraude y otras actividades ilegales que afectan a los intereses financieros de la Unión, con el fin de reforzar la protección contra las infracciones penales que afectan a dichos intereses financieros, en consonancia con el acervo de la Unión en este ámbito. Los Estados miembros deberán adoptar y publicar, antes del 6 de julio de 2019, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva.

DECISIONES

Decisión (UE) 2016/954 del Consejo, de 9 junio 2016, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas. DO L 159 de 16.6.2016.

Obs.: La presente decisión autoriza al Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República Checa, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República de Croacia, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, a establecer entre sí una cooperación

reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas, mediante la aplicación de las correspondientes disposiciones de los Tratados.

El objetivo es desarrollar, en el contexto del art. 20, ap. 1 TUE, la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, así como garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes.

Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no participantes seguirán aplicando sus normas nacionales vigentes para determinar la competencia y la ley aplicable y las normas sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Decisión (UE) 2016/1366 de la Comisión, de 10 agosto 2016, por la que se confirma la participación de Estonia en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. DO L 216 de 11.8.2016.

Obs.: La Decisión 2010/405/UE del Consejo, de 12 julio 2010, por la que autorizó una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, que se plasmó en el Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial y en ella participaron Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Con posterioridad Estonia notificó su intención de participar en dicha cooperación reforzada.

Ahora bien, antes del 11 mayo 2017, Estonia deberá comunicar a la Comisión sus disposiciones nacionales, si las hubiere, relativas a: los requisitos formales aplicables a los convenios sobre la elección de la ley aplicable de conformidad con el art. 5, apartado 3 y con el art. 7, apartados 2 a 4, del Reglamento (UE) n° 1259/2010.

Asimismo, el Reglamento (UE) n° 1259/2010 se aplicará a Estonia: i) solamente en lo que se refiere a las acciones judiciales emprendidas y a los convenios mencionados en el art. 5 del Reglamento (UE) n° 1259/2010 celebrados a partir del 11 febrero 2018. No obstante, se dará también efecto, en lo que respecta a Estonia, a todo convenio relativo a la elección de la ley aplicable celebrado antes del 11 febrero 2018, siempre que cumpla lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Reglamento (UE) n° 1259/2010. ii) sin perjuicio de los convenios relativos a la elección de la ley aplicable celebrados de conformidad con la legislación del Estado miembro participante del órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto una demanda antes del 11 febrero 2018.

ACUERDOS

Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, hecho en Bruselas el 21 de marzo y el 27 de junio de 2014. BOE 17.8.2017.

Obs.: Los primeros capítulos políticos del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania se firmaron en marzo de 2014. Tras las elecciones presidenciales en Ucrania, los capítulos restantes se firmaron el 27

de junio de 2014, en paralelo al Consejo Europeo. Algunas partes importantes del acuerdo se aplican ya provisionalmente desde el 1 de septiembre de 2014. La aplicación provisional de la zona de libre comercio de alcance amplio y profundo comenzó el 1 de enero de 2016. En la Cumbre UE-Ucrania que se celebró en Kiev los días 12 y 13 de julio se alcanzó la fase final del proceso de ratificación a través del cual la UE y Ucrania se comprometen a mantener una relación estrecha a largo plazo en todos los ámbitos principales de actuación. Hará posible la plena aplicación del Acuerdo a partir del 1 de septiembre de 2017. En este contexto El BOE de 17 de agosto de 2017 publica el Instrumento de ratificación de España del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, hecho en Bruselas el 21 de marzo y el 27 de junio de 2014.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

DISPOSICIONES GENERALES

Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia. BOE 11.10.2016.

La disposición final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, ha establecido un nuevo procedimiento desarrollado en el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia. Dicho procedimiento es netamente administrativo y se basa en la tramitación electrónica en todas sus fases, lo que permite reducir sensiblemente los plazos de resolución.

De conformidad con lo establecido en el art. 61 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y conforme a las facultades que me han sido conferidas en el apartado 1 de la disposición final tercera del Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, y con la aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, dispongo:

Art. 1. Objeto y naturaleza electrónica del procedimiento. 1. El objeto de la presente Orden es desarrollar los preceptos del Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia y establecer las directrices necesarias para su correcta aplicación.

2. El procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia será electrónico en todas sus fases, desde la presentación de la solicitud a través de la sede electrónica del Ministerio de Justicia hasta su resolución, sin perjuicio de la posible presentación de la solicitud en cualquiera de las formas previstas en el reglamento aprobado por el citado Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre. No obstante, las comunicaciones telemáticas con los interesados o sus representantes habrán de ser solicitadas o consentidas de modo expreso. En caso contrario, las notificaciones se realizarán en soporte papel.

3. Quienes actúen como representantes de los interesados ejerciendo una actividad profesional que requiera colegiación obligatoria estarán obligados a relacionarse siempre con el Ministerio de Justicia a través de medios electrónicos. En los demás casos, las comunicaciones por medios electrónicos deberán ser solicitadas y consentidas de modo expreso por los interesados o sus representantes legales.

Art. 2. Iniciación del procedimiento. 1. El procedimiento se inicia por solicitud del interesado o de su representante legal o voluntario, en formato electrónico, presentada en la sede electrónica del Ministerio de Justicia (sede.mjusticia.gob.es), acompañada de la documentación que se indica en el anexo de la presente orden ministerial, incluida, cuando proceda, la acreditación de la representación. La presentación de la solicitud en sede electrónica requerirá la identificación y firma electrónica del interesado o de su representante legal o voluntario.

2. El Ministerio de Justicia, de conformidad con las normas generales de derecho administrativo común, podrá suscribir con el Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo General de Colegios de Gestores Administrativos de España, el Consejo General de Procuradores de España, el Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España y otros colegios profesionales, asociaciones y colectivos, convenios de habilitación para la presentación electrónica de documentos en representación de los interesados, que regulen los procedimientos y requisitos para la remisión telemática de la documentación, debidamente indexada y metadada.

A estos efectos, se entiende que es profesional habilitado el que se haya adherido al Convenio siempre que su respectivo Colegio profesional, Asociación o Colectivo se encuentre como firmante o como adherido a dicho Convenio.

En todo caso, en los referidos convenios deberá constar expresamente que la intervención de los profesionales habilitados quedará supeditada a la decisión del solicitante, sea este último el interesado o su representante legal.

Estos profesionales actuarán en representación de los interesados en cuyo nombre podrán intervenir en el procedimiento y en los recursos que presenten en su caso, así como recibir comunicaciones y notificaciones de la Administración. Los Consejos Generales, Colegios profesionales, asociaciones y colectivos antes de su remisión en formato electrónico, cotejarán los documentos originales aportados por los interesados, a quienes les serán devueltos una vez digitalizados e incorporados al expediente electrónico, conforme a los criterios establecidos en los referidos Convenios que se hayan suscrito.

3. Las solicitudes solo podrán presentarse a través de la correspondiente aplicación electrónica, o bien conforme a las reglas generales sobre presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones de los interesados ante los órganos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición transitoria única de esta orden. En este caso el organismo administrativo ante el que se presente la documentación, procurará, siempre que sea posible, y en todo caso cuando sea legalmente preceptivo, la conversión de los documentos a formato electrónico de acuerdo con las vigentes Normas Técnicas de Interoperabilidad sobre documento electrónico y su remisión en ese formato a la DGRN, de tal manera que se garantice el carácter electrónico del procedimiento.

4. En el momento de presentación electrónica de la solicitud se facilitará al interesado un justificante de presentación con la fecha y hora de la solicitud y un número de expediente que le permitirá consultar el estado de tramitación en cualquier momento a través de la sede electrónica del Ministerio de Justicia. En los expedientes iniciados en papel en los Registros Civiles u órganos administrativos autorizados, en el momento de la presentación se facilitará al interesado un justificante de entrega con la fecha y hora de la solicitud. El número de expediente se comunicará al interesado una vez la solicitud haya tenido entrada en la DGRN.

Art. 3. Capacidad. 1. La solicitud podrá presentarla:

- a) El interesado emancipado o mayor de dieciocho años.
- b) El mayor de catorce años asistido por su representante legal.
- c) El representante legal del menor de catorce años
- d) El representante legal de la persona con la capacidad modificada judicialmente o la persona con la capacidad modificada judicialmente por sí sola debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación.

2. En los casos en los que la solicitud deba presentarla el representante legal, conforme a lo establecido en los arts. 20.2º.a) y 21.3º Cc y en el art. 4.3º del Reglamento aprobado por Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, sólo podrá formularla si previamente ha obtenido autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal, autorización que se concederá siempre en interés del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente.

Art. 4. Personas que actúan por medio de representante legal. 1. Cuando el interesado sea menor de 14 años la solicitud deberá presentarla su representante o representantes legales. Cuando el interesado sea una persona con la capacidad modificada judicialmente, la solicitud la formulará el representante legal cuando así resulte de la sentencia de incapacitación. En estos casos será necesaria la previa autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, conforme lo establecido en artículo anterior. Esta autorización deberá acompañar la solicitud, junto con el resto de documentos incluidos en el anexo de la presente orden ministerial.

2. La solicitud en sede electrónica será presentada por el representante legal autorizado. En los casos de más de un representante legal autorizado, la solicitud en sede electrónica la presentará cualquiera de

ellos, debiendo adjuntar entre la documentación el modelo de solicitud normalizado aprobado por Resolución de la Subsecretaría por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud de nacionalidad por residencia en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización, modelo que deberá ser firmado por todos los representantes legales autorizados por el encargado del Registro Civil.

Art. 5. *Personas asistidas por sus representantes legales.* 1. En el caso de menores de 18 años pero mayores de 14 no emancipados y las personas con capacidad modificada judicialmente cuando la sentencia de incapacitación así lo permita, es el propio interesado quien tiene la capacidad para presentar la solicitud pero debe estar asistido por su representante o representantes legales. Para ello ambos, interesado y representante o representantes legales, deberán firmar el modelo de solicitud normalizado aprobado por Resolución de la Subsecretaría por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud de nacionalidad por residencia en el ámbito del Ministerio de Justicia y se dictan instrucciones sobre su utilización. Este documento se adjuntará junto con el resto de documentación del anexo de la presente orden ministerial en el momento de presentar la solicitud. La solicitud en sede electrónica podrá realizarla cualquiera de ellos, interesado o representante legal.

2. Deberá quedar acreditada en todo caso la condición de representante legal.

a) En el caso de menores de 18 años pero mayores de 14, no emancipados, deben distinguirse dos casos:

1.º En los supuestos de patria potestad el menor deberá ser asistido conjuntamente por quienes ostenten la patria potestad, salvo lo establecido en su caso en el convenio regulador de la separación, nulidad o divorcio y en las disposiciones judiciales sobre privación o ejercicio individual de la patria potestad. Se deberán acreditar estos extremos con la presentación de los documentos de identidad de los padres y, en su caso, de los convenios o sentencias que atribuyan la patria potestad a uno sólo de ellos. En caso de desacuerdo entre quienes ostenten la patria potestad, cualquiera de ellos podrá acudir al encargado del Registro Civil, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre.

2.º En cualquier otro caso de representación legal, habrá que adjuntar la resolución judicial donde se designe al representante o representantes junto con los documentos de identidad.

b) En el caso de personas con la capacidad modificada judicialmente que puedan actuar por sí mismos asistidos por su representante legal se deberá adjuntar al expediente la sentencia en que se declare la modificación de la capacidad y se designe representante legal así como el documento de identidad del representante legal.

Art. 6. *Pago de las tasas.* 1. La presentación de la solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia requiere el pago de la tasa vigente. La solicitud no se tramitará sin este requisito.

2. El pago de esta tasa es independiente del pago de las pruebas de examen DELE y de conocimientos constitucionales y socioculturales de España (CCSE), diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes, así como de los gastos y honorarios devengados por los representantes de los interesados.

3. La tasa se abonará preferentemente de forma telemática, integrada en el proceso de solicitud en la misma sede del Ministerio de Justicia, a través de la pasarela de pagos de la Agencia Tributaria.

4. En caso de que se opte por el pago en entidad bancaria, será necesario descargar previamente de la sede electrónica del Ministerio de Justicia el modelo correspondiente en el que ya figurará el número de tasa que posteriormente se asociará al expediente. La copia del modelo, sellada o validada mecánicamente por el banco una vez realizado el pago, donde conste el número de tasa, deberá aportarse como justificante de pago junto con el resto de documentación a que hace referencia el anexo de la presente orden ministerial.

Art. 7. *Instrucción del procedimiento.* 1. La tramitación del procedimiento será electrónica y su instrucción corresponderá a la DGRN.

2. Tal y como establece el art. 8 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, corresponde al interesado probar el cumplimiento de los requisitos de residencia, buena con-

ducta e integración en la sociedad española, en los términos establecidos en el Código Civil y en el citado Reglamento. Con el objeto de verificar dicho cumplimiento, durante la instrucción del expediente la DGRN realizará las siguientes actuaciones:

1.^a Consulta de los antecedentes penales del Registro Central de Penados cuando el interesado sea mayor de 18 años y siempre y cuando conste en la solicitud la autorización expresa para la consulta firmada por el promotor. En caso de que el promotor no consienta la consulta, deberá aportar en la solicitud el certificado del Registro Central de Penados.

2.^a Consulta del resultado obtenido en las pruebas DELE y CCSE del Instituto Cervantes siempre y cuando conste en la solicitud la autorización expresa para la consulta firmada por el solicitante. En caso de que el interesado no consienta la consulta, deberá aportar en la solicitud las certificaciones de superación de ambas, en su caso, pruebas conforme a lo establecido en el art. 6 del reglamento aprobado por el citado Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, y en la disposición adicional cuarta del mismo real decreto. Estas pruebas serán obligatorias en los casos y términos desarrollados en el art. 10 de esta orden ministerial.

3.^a Solicitud de los datos del empadronamiento al Instituto Nacional de Estadística, siempre que en la solicitud conste la autorización expresa para esta consulta. En caso de que el interesado no consienta la consulta, deberá aportar en la solicitud el certificado de empadronamiento.

4.^a Consulta de los datos referidos a la residencia en España que obren en poder de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

5.^a Solicitud del informe preceptivo al Ministerio del Interior al objeto de comprobar si el solicitante reúne los requisitos exigidos en el art. 22 Cc. Este informe comprenderá el juicio sobre la conducta y situación del interesado respecto de las obligaciones que impone su entrada y residencia en España.

6.^a Solicitud de oficio del informe del Centro Nacional de Inteligencia respecto de su ámbito competencial propio.

7.^a Solicitud de oficio a las Administraciones Públicas de cuantos informes sean necesarios.

8.^a Solicitud al interesado de cualquier otro documento que se considere necesario para acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 22 Cc o cuando los presentados no acrediten suficientemente los requisitos necesarios para la obtención de la nacionalidad.

3. Se concederá un plazo de subsanación de tres meses desde la notificación del requerimiento, para que se subsane la falta o se acompañen los documentos requeridos. En dicha notificación se indicará que, de no efectuarse la subsanación en el plazo de tres meses se le tendrá por desistido de la pretensión y se procederá al archivo del expediente.

4. Toda la documentación relacionada con la solicitud de la nacionalidad española por residencia que, durante la instrucción del expediente, se reciba en papel en la DGRN se digitalizará y adjuntará al expediente electrónico, correspondiendo a la citada Dirección General la custodia y conservación de la documentación original.

Art. 8. Especialidades del procedimiento para el personal al servicio de las Fuerzas Armadas. 1. Si el solicitante pertenece a las Fuerzas Armadas, podrá hacerlo constar en la solicitud presentada ante el Ministerio de Justicia; en este caso deberá marcar expresamente en el formulario el Ejército de pertenencia, o la Dirección General de Personal en el caso de los Cuerpos Comunes.

El Ministerio de Justicia remitirá telemáticamente al Mando o Jefatura de Personal correspondiente, o a la Dirección General de Personal en su caso, una comunicación por la que se informe de la entrada de la solicitud, la identificación del solicitante y el número de expediente asignado.

2. En un plazo de quince días desde la recepción de dicha comunicación, y una vez comprobada fehacientemente la condición de militar del solicitante, el Ejército correspondiente o la Dirección General de Personal remitirá electrónicamente al Ministerio de Justicia un único documento que contenga:

- Informe con la propuesta de concesión o denegación de la solicitud.
- Certificación de haber efectuado la Jura de Bandera.

– Certificación de haber superado la formación básica, en la que se imparten los módulos de conocimientos constitucionales y socioculturales de España. En este documento se hará constar expresamente si el solicitante no se halla cumpliendo todavía el compromiso de larga duración; en ese caso tendrá un impulso preferente y urgente en los distintos trámites administrativos.

3. En caso de algún error o falta en el citado documento se concederá un plazo de subsanación de diez días al Mando o Jefatura de Personal del Ejército que haya enviado el documento, o a la Dirección General de Personal en su caso.

En lo referente a la documentación personal a aportar por el interesado y a la instrucción del procedimiento se seguirá lo dispuesto en el art. 7 y en el anexo de la presente orden ministerial, con la excepción del requisito de superación de las pruebas DELE y CCSE del Instituto Cervantes que podrán ser sustituidas por la Certificación del órgano correspondiente de las Fuerzas Armadas.

4. La resolución del expediente será comunicada telemáticamente por el Ministerio de Justicia al Mando o Jefatura de Personal correspondiente, o a la Dirección General de Personal en su caso, quien enviará dicha resolución al interesado. Este deberá acusar recibo de la notificación para su posterior incorporación al expediente.

Se comunicará de manera urgente al Ministerio de Justicia si se diera la circunstancia de que el solicitante dejara de formar parte de las Fuerzas Armadas durante el plazo de resolución del expediente.

Art. 9. Notificaciones. 1. Las notificaciones y comunicaciones previstas en este procedimiento se realizarán preferentemente de forma electrónica. Para ello en el momento de la solicitud, marcando la casilla correspondiente, el interesado podrá aceptar voluntariamente recibir notificaciones electrónicas. Las instrucciones para recibir este tipo de notificaciones se publicarán en la sede electrónica del Ministerio de Justicia. En caso de que el interesado no haya aceptado voluntariamente recibir notificaciones electrónicas, éstas se realizarán en formato papel.

2. En todo caso estarán obligados a relacionarse con la DGRN a través de medios electrónicos quienes, siendo representantes del interesado, ejerzan una actividad profesional para la que se requiere colegiación obligatoria ya sea al amparo de los Convenios firmados con la DGRN, o fuera de ellos.

3. En todos aquellos casos en los que exista representación legal o voluntaria, las notificaciones administrativas que se realicen durante la tramitación del procedimiento, se dirigirán a dichos representantes, surtiendo idénticos efectos que si se hubieran realizado al propio interesado.

4. El interesado o su representante deberá comunicar cualquier cambio, o circunstancia que pueda afectar a la instrucción del expediente, así como los cambios de domicilio que se produzcan durante la tramitación del mismo.

Art. 10. Pruebas del Instituto Cervantes. 1. Los solicitantes de la nacionalidad española por residencia deberán acreditar la superación de dos exámenes, en los términos establecidos en el art. 6 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre: el diploma de español como lengua extranjera (DELE) como mínimo de nivel A2, y la prueba que acredite los conocimientos constitucionales y socioculturales de España (CCSE). Ambas pruebas serán presenciales, diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes. Los cursos formativos no serán obligatorios en ningún caso para quien desee examinarse de las pruebas DELE y CCSE.

2. La superación de la prueba de acreditación del dominio del español (DELE) de nivel A2 o superior será necesaria en el caso de solicitantes mayores de dieciocho años y personas que no tengan la capacidad modificada judicialmente. Estarán exentos de la superación de esta prueba los nacionales de: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guinea Ecuatorial, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

Para beneficiarse de esta exención, en el caso de no ser una de estas nacionalidades la principal, con la que se está identificado ante el Ministerio del Interior, se deberá aportar además pasaporte en vigor del país o certificado consular de reconocimiento de la nacionalidad que no sea principal.

Esta segunda nacionalidad sólo se tendrá en cuenta para la exención de la realización de la prueba DELE en el Instituto Cervantes, el resto de requisitos para la concesión de la nacionalidad española por residencia se valorarán siempre sobre la base de la nacionalidad declarada para la obtención de la autorización de residencia en España.

3. Los solicitantes de nacionalidad española por residencia podrán acreditar el conocimiento básico de la lengua española mediante la aportación de los certificados oficiales de los niveles básico (A2), intermedio (B1) y avanzado (B2) de las enseñanzas de español como lengua extranjera expedidos por la correspondiente Administración educativa al amparo del Real Decreto 1629/2006, de 29 de diciembre, por el que se fijan los aspectos básicos del currículo de las enseñanzas de idiomas de régimen especial reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Los certificados a los que hace referencia el párrafo anterior serán aquellos expedidos por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, por las Consejerías competentes en materia de educación en las correspondientes Comunidades autónomas, o por las Escuelas Oficiales de Idiomas.

Serán igualmente válidos los certificados de Aptitud y las Certificaciones Académicas de Ciclo Elemental a los que se refiere el Real Decreto 1629/2006, de 29 de diciembre, en su anexo III de equivalencia, expedidos por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, por las Consejerías competentes en materia de educación en las correspondientes Comunidades autónomas o por las Escuelas Oficiales de Idiomas.

En los casos previstos en el presente apartado, los certificados deberán estar inscritos en el registro de títulos de la administración educativa competente y el interesado deberá autorizar al Ministerio de Justicia a su comprobación.

4. En el momento previo a la realización del examen los responsables de cada centro de examen CCSE reconocido por el Instituto Cervantes verificarán la identidad de los candidatos requiriendo la exhibición del Pasaporte del país de origen junto con la Tarjeta de Identidad de extranjero o Tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea. En el caso de solicitantes de estados miembros de la Unión Europea el Pasaporte podrá sustituirse por el Documento de Identidad del país de origen junto con el Certificado de Registro de ciudadano de la Unión.

La vigencia del certificado de haber superado esta prueba será de 4 años a contar desde la fecha del certificado.

5. De acuerdo con su normativa específica, el Instituto Cervantes ofrecerá actuaciones especiales en la administración de las pruebas DELE y CCSE para las personas con discapacidad, de modo que dispongan de los apoyos y de los ajustes razonables que les permitan concurrir en condiciones de igualdad efectiva.

Las personas que no sepan leer ni escribir o tengan dificultades de aprendizaje podrán solicitar la dispensa de estas pruebas al Ministerio de Justicia que, a la vista de las circunstancias particulares y las pruebas aportadas, resolverá motivadamente. Igualmente, podrá dispensarse de dichas pruebas a los solicitantes que hayan estado escolarizados en España y superado la educación secundaria obligatoria. Ambos extremos deberán acreditarse mediante la oportuna documentación incorporada al expediente.

6. Los menores de dieciocho años y personas con capacidad modificada judicialmente estarán exentos de la superación de estas pruebas para adquirir la nacionalidad, sea por residencia o al amparo de la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España.

En los casos de menores de edad y personas con capacidad modificada judicialmente, junto a la solicitud, deberán presentarse certificados de centros de formación, residencia, acogida, atención o educación especial en los que, en su caso, haya estado inscrito el interesado. Este certificado será obligatorio en menores en edad de escolarización obligatoria y siempre que el menor o persona con la capacidad modificada judicialmente esté inscrito en alguno de estos centros.

Estos certificados deberán hacer constar la fecha de matriculación en el centro, si el menor asiste con regularidad al mismo, el grado de conocimiento de la lengua española en relación a su edad escolar, la

participación de los padres en la vida escolar, por ejemplo con la asistencia a las reuniones con el profesorado y si existe o no alguna causa que pueda motivar la falta de integración del menor o sus representantes legales en la sociedad española.

La DGRN podrá recabar de oficio la presentación de nuevos documentos o informes oficiales, teniendo en cuenta la edad y circunstancias del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente.

Art. 11. Resolución. 1. El titular del Ministerio de Justicia será competente para resolver la concesión o denegación de la nacionalidad española por residencia.

2. La resolución deberá estar motivada y declarará la concesión o denegación de la nacionalidad española por residencia. En todo caso se entenderá suficientemente motivada la resolución basada en el Informe del Centro Nacional de Inteligencia que tendrá presunción de veracidad.

Se deberá incluir en la resolución que su eficacia dependerá del cumplimiento de los requisitos del art. 23 Cc así como del cumplimiento del requisito de buena conducta cívica hasta el momento de la inscripción de la concesión de la nacionalidad en el Registro Civil correspondiente.

3. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 11 del Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia aprobado por Real Decreto 1004/2015, el plazo para resolver y notificar la resolución será de un año desde que la solicitud haya tenido entrada en DGRN, si transcurrido este plazo no ha recaído resolución expresa, la solicitud se entenderá desestimada por silencio administrativo.

4. La resolución será notificada al interesado o su representante, en el lugar y la forma que conste a tal efecto en el expediente, con expresión de los recursos que sean procedentes, plazo y órgano para su interposición, así como de las condiciones para que dicha resolución tenga plena eficacia conforme a los establecido en el art. 12 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre.

5. Una copia de la resolución será remitida por vía electrónica al Registro Civil del último domicilio en España del interesado que conste en el expediente. En el supuesto de resoluciones de concesión se adjuntará además la copia del certificado de nacimiento del país de origen, para el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 23 Cc.

Art. 12. Eficacia de la resolución. 1. La eficacia de la resolución de concesión quedará supeditada a que en el plazo de 180 días, contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución, el interesado cumpla, ante el Encargado del Registro Civil del último domicilio en España que conste en el expediente, con los requisitos establecidos en el art. 23 Cc:

1.º Que el mayor de 14 años y capaz para prestar una declaración por sí jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes. En el caso del personal al servicio de las Fuerzas Armadas, no será necesaria esta declaración cuando ya conste la realización del juramento o promesa en el informe remitido por el Mando o Jefatura del ejército conforme al art. 9 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre.

2.º Que la misma persona declare que renuncia a su nacionalidad anterior. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal y los sefardíes.

3.º Que la adquisición se inscriba en el Registro Civil español.

2. Una vez recibida la notificación de la resolución de concesión, el interesado deberá acudir al Registro Civil competente por razón del domicilio en España para solicitar de forma expresa el cumplimiento de este trámite.

3. Previamente al acto de jura e inscripción, el Encargado del Registro Civil comprobará con la documentación original, la autenticidad de la documentación escaneada y aportada al expediente electrónico por el interesado o su representante. Este requisito no será necesario en los siguientes casos:

1.º Cuando conste en el expediente el cotejo previo y conforme a derecho de la documentación existente en el mismo.

2.º En el caso de solicitudes electrónicas presentadas conforme a los Convenios de Colaboración entre la DGRN y los distintos profesionales en gestión administrativa, cuando así se establezca expresamente en los Convenios firmados.

3.º Cuando la documentación se haya presentado en papel en los Registros Civiles y se haya garantizado la autenticidad de los documentos con carácter previo a la remisión de la misma al Ministerio de Justicia, conforme a lo establecido en el apartado 2 de la disposición transitoria única de esta orden ministerial.

4. El procedimiento finalizará con la inscripción de la adquisición de la nacionalidad española en el Registro Civil del domicilio en España del interesado, la cual deberá producirse en el plazo de cinco días desde el acto de jura o promesa y renuncia en su caso a la nacionalidad anterior.

5. En los casos en los que la DGRN tenga conocimiento del incumplimiento del requisito de buena conducta cívica por parte del interesado en el tiempo transcurrido desde la resolución de concesión hasta la inscripción de la concesión en el Registro Civil, remitirá toda evidencia de este incumplimiento al Registro Civil y la comunicará al interesado, concediendo un plazo de 10 días para presentar alegaciones. Transcurrido el plazo de audiencia al interesado, el titular del Ministerio de Justicia declarará en su caso la ineficacia del acto de concesión, de forma motivada, fundada en razones de orden público. Esta nueva resolución, que impedirá la inscripción registral de la nacionalidad, será notificada al interesado y al Registro Civil del domicilio.

Art. 13. Recursos. 1. Frente a la resolución de concesión o denegación podrá interponerse recurso potestativo de reposición ante el mismo órgano que dictó el acto o directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional. Si interpuesto recurso de reposición transcurriese un mes sin que se haya notificado la resolución del mismo, se entenderá desestimado el recurso por silencio administrativo y podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

2. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la notificación. Si no hubiera notificación, el plazo para recurrir será de seis meses y se contará a partir del día siguiente a aquél en que se produzca el acto presunto. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se contará desde el día siguiente a aquél en que se notifique la resolución expresa del recurso potestativo de reposición o en que éste deba entenderse presuntamente desestimado.

Disposición transitoria única. 1. Los expedientes de nacionalidad por residencia se tramitarán y resolverán de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el momento de la solicitud.

2. Tal y como establece la disposición transitoria segunda del citado Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, hasta el 30 junio 2017 podrán seguir presentándose las solicitudes en papel ante el Registro Civil principal del domicilio del interesado. Las solicitudes también podrán presentarse en el Registro Civil delegado correspondiente al domicilio del interesado, en estos casos, una vez esté completo el expediente con toda la documentación, se emitirá al Registro Civil principal para su remisión desde allí a la DGRN. Desde el Registro Civil se realizarán al interesado los requerimientos necesarios hasta completar las solicitudes con toda la documentación recogida en el anexo de la presente Orden Ministerial y se levantará una diligencia de cotejo donde conste la autenticación de los documentos presentados. Si transcurridos tres meses desde la notificación del requerimiento de subsanación, el interesado no hubiese presentado la documentación requerida, el Registro Civil remitirá el expediente, incluidos los requerimiento al interesado, a la DGRN.

Los expedientes completos o incompletos con los requerimientos de subsanación realizados se remitirán en formato electrónico a la DGRN devolviendo la documentación original al interesado. La digitalización de la documentación se realizará en las condiciones que determine la DGRN, de acuerdo con el Esquema Nacional de Interoperabilidad.

En caso de no ser posible la remisión en formato electrónico, el expediente con la documentación original será remitido en formato papel, al Registro General del Ministerio de Justicia en la Calle La Bolsa núm. 8 (28012 Madrid), para su remisión a la DGRN donde se digitalizarán todos los documentos

de forma que la continuación del expediente sea en todo caso electrónica. La conservación y custodia de la documentación original corresponderá en este caso a la DGRN.

Disposición final primera. *Norma habilitante.* La presente orden ministerial se dicta al amparo de lo establecido en la disposición final tercera del Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, que faculta al Ministro de Justicia para el desarrollo de dicho real decreto.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.* La presente norma entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

ANEXO

Documentación que han de aportar los solicitantes de la nacionalidad española por residencia

Real Decreto-ley 3/2017, de 17 de febrero, por el que se modifica la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, y se adapta a las modificaciones introducidas por el Código Mundial Antidopaje de 2015. BOE 18.2.2017.

[...]

Trece. Se modifica el art. 31 que queda redactado de la siguiente forma:

“Art. 31. *Efectos de las sanciones.* 1. La imposición de sanciones relacionadas con el dopaje en el deporte constituye, cuando así lo exija la naturaleza de la sanción impuesta, un supuesto de imposibilidad para obtener o ejercer los derechos derivados de la licencia deportiva en cualquier ámbito territorial, en los términos previstos en el art. 32.4º de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

2. Cualquier resolución dictada por las autoridades antidopaje de otros Estados o por las Federaciones o entidades internacionales competentes será reconocida de manera inmediata en España siempre que sean conformes a lo dispuesto en el Código Mundial Antidopaje y correspondan al ámbito de competencias de esa entidad. La Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte será la encargada de hacer el reconocimiento de oficio o a instancia de los deportistas, en los casos en que puedan suscitarse dudas acerca de su procedencia.

El reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales y de las sentencias firmes dictadas por los tribunales extranjeros en materia de dopaje se ajustará a lo establecido en el título V de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos, y a las normas internacionales aplicables en España.

En ambos casos, durante la tramitación del correspondiente procedimiento se suspenderán provisionalmente los efectos de la licencia del deportista en España. El límite máximo de duración de la suspensión provisional será equivalente a la duración de la sanción de inhabilitación impuesta en la resolución de origen.

[...]

Real Decreto 316/2017, de 31 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. BOE 1.4.2017

Obs.: La regulación de las patentes, está sujeta a una creciente armonización internacional que, sin embargo, no está completa y son varios los instrumentos jurídicos que inciden sobre la materia en función del ámbito nacional, comunitario o internacional. Por ello, el entramado de tipologías de patentes vigentes en España es complejo, debido a la pluralidad de regímenes que existen en cuanto al procedimiento a seguir y al alcance geográfico de los efectos que pueden tener las patentes después de su inscripción. Debe retenerse que España no es parte del Reglamento (UE) 1257/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 diciembre 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente. Por lo que respecta a la normativa interna, la disposición final séptima de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes autorizó al Gobierno a dictar las disposiciones necesarias para su desarrollo y aplicación. En su virtud se ha procedido a la elaboración del Real Decreto 316/2017, de 31 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes que da continuidad y eficacia a las novedades introducidas por la Ley. Dicho Reglamento fue objeto de un Informe de la CNMC sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley de Patentes informado por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su reunión de 24 noviembre 2016. El presente Reglamento consta de ciento quince artículos, divididos en once títulos, seis disposiciones adicionales y un anexo y aparece en el BOE de 1 abril 2017, que incluye también la Orden ETU/296/2017, de 31 de marzo, por la que se establecen los plazos máximos de resolución en los procedimientos regulados en la Ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes.

Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea. BOE 18.4.2017

Obs.: La presente ley transpone la Directiva 2014/60/UE, cumplimentando todos los requerimientos de ésta mediante la regulación de la acción de restitución, la remisión de los trámites para su ejercicio a las reglas de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre los juicios verbales, las reglas sobre legitimación activa y pasiva, los especiales requisitos de admisión de la demanda y del contenido de la sentencia que recaiga y, finalmente, unas reglas especiales sobre la indemnización equitativa que eventualmente hubiera de satisfacerse. Asimismo, la ley contiene la alusión al Sistema de Información del Mercado Interior, y se hace eco de cuantas modificaciones de plazo prescribe la Directiva

Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada. BOE 4.7.2017.

Obs.: Esta disposición regula el derecho patrimonial de reproducción que legitima a su titular a autorizar o prohibir la producción de copias de su obra teniendo en cuenta una serie de límites específicos entre los que se encuentra la copia privada, cuya regulación deriva de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. En virtud de este límite, una persona física puede realizar una copia de una obra ya divulgada siempre que sea para su exclusivo uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales. Como contrapartida, la citada directiva obliga a establecer una vía para que los titulares de los derechos sobre la obra reproducida reciban una compensación equitativa.

CONVENIOS INTERNACIONALES**MULTILATERALES**

Acuerdo sobre la simplificación de la extradición entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, el Reino de España y la República Portuguesa, hecho en Santiago de Compostela el 3 noviembre 2010. BOE 26.4.2017.

.....

BILATERALES**EXTRADICIÓN**

Tratado de extradición entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, hecho en Madrid el 1 octubre 2014. BOE, 3-4-2017.

.....

PROTECCIÓN DE INVERSIONES

Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Riad el 9 abril 2006. BOE 28.11.2016.

.....

JURISPRUDENCIA

Dirección

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

ALIMENTOS

MODIFICACIÓN DE UNA RESOLUCIÓN SOBRE LA RESIDENCIA DEL MENOR, LAS OBLIGACIONES DE ALIMENTOS Y EL RÉGIMEN DE VISITAS

2017/1.— Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 15 febrero 2017. Asunto C-499/15. Ponente: C.G. Fernlund.

Cooperación judicial en materia civil.— Competencia en materia de responsabilidad parental.— Reglamento (CE) n° 2201/2003.— Competencia en materia de obligaciones de alimentos.— Reglamento (CE) n° 4/2009.— Art. 3, letra d).— Resoluciones opuestas dictadas por órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes.— Menor de edad que reside habitualmente en el Estado miembro de residencia de la madre.— Competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia del padre para modificar una resolución previamente adoptada por ellos, y que ha adquirido firmeza, sobre la residencia del menor, las obligaciones de alimentos y el régimen de visitas.— Inexistencia.

Normas aplicadas: Arts. 8 a 15 Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

[...]

47. Así pues, procede considerar que, mediante la cuestión planteada por él, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber, esencialmente, si el art. 8 del Reglamento n° 2201/2003 y el art. 3 del Reglamento n° 4/2009 deben interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que han adoptado una resolución firme en materia de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos en lo que respecta a un menor de edad siguen siendo competentes para conocer de una demanda de modificación de las medidas establecidas en esa resolución aunque la residencia habitual del menor esté situada en el territorio de otro Estado miembro.

[...]

63. Dadas estas circunstancias, el mero hecho de que una de las nacionalidades del menor V sea la de dicho Estado miembro no basta para considerar que este menor tenga en él su residencia habitual, en el sentido del Reglamento n° 2201/2003.

64. En cambio, la presencia física del menor V en otro Estado miembro, a saber, el Reino de los Países Bajos, junto a uno de sus progenitores y durante varios años, de conformidad con una resolución firme, concretamente la resolución del Vilniaus miesto apylinkės teismas (Tribunal de Distrito de Vilna) de 8 octubre 2013, tiene entidad suficiente para acreditar que el menor V reside habitualmente en dicho Estado miembro y para atribuir a los órganos jurisdiccionales del mismo la competencia para conocer de las acciones en materia de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos relativas a ese menor. Sólo podría ser de otro modo si existieran circunstancias que entrañasen excepciones a la regla de competencia general del lugar de residencia habitual.

65. Ahora bien, de los autos del asunto ante el Tribunal de Justicia no se desprende en absoluto la existencia de tales circunstancias. En particular, nada indica que el menor V haya cambiado de residencia, de Lituania a los Países Bajos, antes de que se sometiera el asunto al Vilniaus miesto apylinkės teismas (Tribunal de Distrito de Vilna), ni que haya existido un acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental en cuanto a la competencia de los órganos jurisdiccionales lituanos. Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente no hace alusión alguna a una sustracción o retención ilícita del menor V, y nada indica tampoco que los tribunales neerlandeses hayan considerado que los tribunales lituanos son los mejor situados para conocer del asunto que se examina en el litigio principal.

66. Así pues, en un asunto como el que se examina en el litigio principal, los órganos jurisdiccionales competentes en materia de responsabilidad parental son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor. En el presente caso, el órgano jurisdiccional remitente designa como órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor a los tribunales neerlandeses.

67. Por consiguiente, corresponde a dichos órganos jurisdiccionales pronunciarse sobre unas pretensiones como las de W, destinadas a modificar el lugar de residencia del menor, el importe de las obligaciones de alimentos y el régimen de visitas de dicho progenitor.

68. Procede subrayar que, como afirmó el Abogado General en los puntos 43 a 49 de sus conclusiones, los tribunales que se pronunciaron en materia de divorcio, en el presente caso los tribunales lituanos, no disfrutaban de una prórroga de competencia en un asunto como el que se examina en el litigio principal. Incluso en el supuesto de que, con arreglo al art. 12, ap. 1, letra b), del Reglamento nº 2201/2003, X hubiera aceptado expresamente o de cualquier otra forma inequívoca la competencia de esos tribunales, esa competencia habría cesado, en cualquier caso, en el momento en que adquirió firmeza la resolución que estimó la demanda de divorcio y se pronunció sobre la responsabilidad parental, conforme a lo dispuesto en el art. 12, ap. 2, letras a) y b), de este Reglamento.

69. El hecho de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor no hayan reconocido, total o parcialmente, la resolución firme en la que se basa el progenitor de que se trata para presentar su demanda de modificación no impide, tanto si esa denegación de reconocimiento es fundada como si no lo es, que tales órganos jurisdiccionales sean competentes para conocer de dicha demanda, dado que esta última inicia un nuevo procedimiento.

70. Se deduce del conjunto de consideraciones expuestas que procede responder a la cuestión planteada que el art. 8 del Reglamento nº 2201/2003 y el art. 3 del Reglamento nº 4/2009 deben interpretarse en el sentido de que, en un asunto como el que se examina en el litigio principal, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que han adoptado una resolución firme en materia de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos en lo que respecta a un menor de edad no siguen siendo competentes para conocer de una demanda de modificación de las medidas establecidas en esa resolución en el caso de que la residencia habitual del menor esté situada en el territorio de otro Estado miembro. Los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de esa demanda son los órganos jurisdiccionales de este último Estado miembro.
[...]

[W y V]

Obs.: Vid. S. Álvarez González, “Competencia judicial internacional para la modificación de sentencia en materia de responsabilidad parental y de obligaciones alimenticias (STJUE de 15 de febrero 2017, asunto C-499/15: W y V)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 47, abril 2017.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR DAÑOS MERAMENTE PATRIMONIALES

2017/2.— Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 16 de junio 2016. Asunto C-12/15. Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil.— Reglamento (CE) nº 44/2001.— Competencias especiales.— Art. 5, punto 3.— Materia delictual o cuasidelictual.— Hecho dañoso.— Negligencia de un abogado en la redacción de un contrato.— Lugar donde se ha producido el hecho dañoso.

Normas aplicadas: Art. 5, punto 3 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

21. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si el art. 5, punto 3, del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que originó el litigio principal, puede considerarse como “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” el lugar, situado en un Estado miembro, donde se ha materializado el daño, cuando tal daño consiste exclusivamente en una pérdida económica que es consecuencia directa de un acto ilícito cometido en otro Estado miembro.

[...]

38. Por consiguiente, un daño meramente económico que se materializa directamente en la cuenta bancaria del demandante no puede, por sí solo, ser calificado de “punto de conexión pertinente” con arreglo al art. 5, punto 3, del Reglamento n° 44/2001. A este respecto, procede igualmente señalar que no cabe descartar que una sociedad como Universal Music haya elegido entre varias cuentas bancarias a partir de las cuales podía ordenar el pago del importe transaccional, de modo que el lugar donde se halla abierta dicha cuenta no constituye necesariamente un criterio de conexión fiable.

39. Sólo en el supuesto de que las demás circunstancias particulares del asunto contribuyan también a atribuir la competencia al tribunal del lugar donde se haya materializado un daño meramente económico, ese daño podría permitir al demandante, de manera justificada, interponer la demanda ante dicho tribunal.

40. A la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 5, punto 3, del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, no puede considerarse como “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, a falta de otros puntos de conexión, el lugar situado en un Estado miembro donde se haya producido un daño, cuando tal daño consiste exclusivamente en una pérdida económica que se materializa directamente en la cuenta bancaria del demandante y que es consecuencia directa de un acto ilícito cometido en otro Estado miembro.

[...]

42. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el tribunal remitente solicita, en esencia, que se dilucide si el órgano jurisdiccional que conoce de un asunto debe examinar, a la hora de comprobar si es competente con arreglo al Reglamento n° 44/2001, todos los elementos de que disponga, incluidas, en su caso, las objeciones formuladas por el demandado.

[...]

45. Aunque el tribunal nacional que conoce del asunto no esté obligado, en el supuesto de que el demandado refute las alegaciones del demandante, a llevar a cabo una práctica de la prueba en la fase de determinación de la competencia, el Tribunal de Justicia ha declarado que tanto el objetivo de una buena administración de la justicia, que subyace en la aplicación del Reglamento n° 44/2001, como el respeto debido a la autonomía del juez en el ejercicio de sus funciones exigen que el tribunal que conoce del asunto pueda examinar su competencia internacional a la luz de toda la información de la que dispone, incluidas, en su caso, las objeciones expuestas por el demandado (sentencia de 28 enero 2015, Kolassa, C-375/13, ap. 64).

46. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el órgano jurisdiccional que conoce de un asunto debe examinar, a la hora de comprobar si es competente con arreglo al Reglamento n° 44/2001, todos los elementos de que disponga, incluidas, en su caso, las objeciones formuladas por el demandado.

[UNIVERSAL MUSIC INTERNATIONAL HOLDING]

Obs.: Vid. E. Torralba Mendiola, “La competencia judicial internacional en las reclamaciones de responsabilidad extracontractual por daños meramente patrimoniales y la inutilidad de la regla de la ubicación (STJUE de 16 de junio 2016, asunto C–12/125: Universal Music International Holding)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 42 noviembre 2016.

COMPETENCIA JUDICIAL EN MATERIA MATRIMONIAL: DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE SE INICIA UN PROCEDIMIENTO

2017/3.— Tribunal de Justicia, Sala Sexta, Auto de 22 junio 2016. Asunto C–173/16. Ponente: C.G. Fernlund.

Competencia judicial en materia matrimonial.— Reglamento (CE) nº 2201/2003.— Art. 16, ap. 1, letra a).— **Determinación del momento en que se inicia un procedimiento.**— Concepto de “momento en que se [presenta ante un órgano jurisdiccional] el escrito de demanda o documento equivalente”.

Normas aplicadas: Art. 16, ap. 1, letra a), Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

[...]

20. El tribunal remitente pregunta, en esencia, si el art. 16, ap. 1, letra a), del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que el “momento en que se [presenta ante un órgano jurisdiccional] el escrito de demanda o documento equivalente”, con arreglo a dicha disposición, es el momento en que dicha presentación tiene lugar ante el órgano judicial de que se trate, aun cuando la misma no inicie por sí misma, de manera inmediata, el procedimiento según el Derecho nacional.

[...]

28. De las consideraciones anteriores resulta, como mencionó el tribunal remitente, que una vez determinada cuál de las dos opciones previstas en el art. 16, ap. 1, letras a) y b), del Reglamento nº 2201/2003 se aplica, según la elección realizada por el Estado miembro de que se trate, el momento en que se inició un procedimiento se fundamenta únicamente en la apreciación objetiva —en la primera opción, prevista en dicho art. 16, ap. 1, letra a)— del momento en que se presentó ante dicho órgano jurisdiccional el escrito de demanda o documento equivalente, con independencia de cualquier norma procedimental nacional que tenga por objeto determinar cuándo y en qué circunstancias se inicia el procedimiento o se considera pendiente, siempre que posteriormente el demandante no haya dejado de cumplir la condición relativa a su notificación o traslado.

29. En consecuencia, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el art. 16, ap. 1, letra a), del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que el “momento en que se [presenta ante un órgano jurisdiccional] el escrito de demanda o documento equivalente”, con arreglo a dicha disposición, es el momento en que dicha presentación tiene lugar ante el órgano judicial de que se trate, aun cuando la misma no inicie por sí misma, de manera inmediata, el procedimiento según el Derecho nacional.

[M. H. Y M. H.]

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

2017/4.— Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Quinta, Sentencia nº 180/2016 de 27 junio 2016. Ponente: Santiago Oliver Barceló. JUR 2016\187737.

Contrato de arrendamiento de servicio de arquitecto.— Ejecución defectuosa.— Vicios ruinógenos en la edificación.— Competencia judicial internacional.— Declinatoria.— Legitimación pasiva.— Competencia judicial internacional en materia de seguros.

Normas aplicadas: Arts. 14 y concordantes Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil; arts. 7 y 10 ss; Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis); art. 118 CE; art. 18 y 271 LOPJ.

PRIMERO: Formulada demanda de juicio ordinario por parte de la entidad “Lightbreeze SRL”, contra las entidades “Atelier d’Architecture Bruno Erpicum & Partenaires, Sprl” y “Euromaf Assurances des Ingenieurs et Architectes Europeens”, en suplico de que se dicte “sentencia estimando esta demanda, con los siguientes pronunciamientos: A) Se declare el cumplimiento irregular y defectuoso, en que ha incurrido la entidad “Atelier d’Architecture Bruno Erpicum & Partenaires, SPRL” de sus obligaciones profesionales así como del contrato de arrendamiento de servicios de arquitecto suscrito con “Lightbreeze, SRL”, dados los defectos constructivos de carácter ruinógeno expuestos en el cuerpo de esta demanda, imputables a negligencia del arquitecto “Atelier d’Architecture Bruno Erpicum & Partenaires, SPRL”.

B) Se condene a “Atelier d’Architecture Bruno Erpicum & Partenaires, SPRL” y a la entidad Euromaf, SA. Assurance des Ingenieurs et Architectes Europeens, con carácter solidario, a pagar a la demandante el importe de 173.628,36 Euros, en concepto de indemnización para cumplimiento por equivalencia de las obligaciones de subsanación de defectos descritas en el cuerpo de esta demanda.

C) Se condene a la parte demandada al pago de los intereses correspondientes desde la interposición judicial, así como los del art. 20 Ley de Contrato de Seguro respecto de la entidad aseguradora demandada.

D) Se condene a la parte demandada al pago de las costas judiciales.

E) Se condene a la parte demandada a estar y pasar por los pronunciamientos que anteceden “, las condenadas fueron declaradas en situación de rebeldía procesal a 8 febrero 2013, y confirmada por Auto de 25 septiembre 2013; y, tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, incluidas las periciales técnicas, recayó Sentencia a 20 noviembre 2015, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: “Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador D. Juan Antonio Landáburu Riera en nombre y representación de Lightbreeze SRL representada por el Procurador D. Juan Antonio Landáburu Riera y contra Atelier d’Architecture Bruno Erpicum & Partenaires, SPRL y contra Euromaf SA Assurance des Ingenieurs et Architectes Europeens debo condenar y condeno a Atelier d’Architecture Bruno Erpicum & Partenaires, SPRL a pagar a la parte actora la suma de 173.628,36 euros y a la code demandada Euromaf SA Assurance des Ingenieurs et Architectes Europeens a responder solidariamente de dicha cantidad hasta el importe de 46.799 euros con sus intereses legales desde el 16.11.12. Se imponen las costas conforme se declara en el FD 7º de la presente resolución”.

Contra la anterior resolución se alza la representación procesal de la entidad “Atelier d’Architecture Bruno Erpicum & Partenaires, SPRL”, alegando error de derecho por desestimación de la cuestión de declinatoria de jurisdicción, pues los únicos tribunales competentes para conocer de cualquier divergencia son los de Bruselas; otro error de derecho por desestimación de la excepción de cosa juzgada material (art. 222 LEC); error en la valoración de los hechos juzgados, por vulneración del principio non bis in idem; error en la valoración de la prueba documental, error de derecho, vulneración del principio de cosa juzgada, y contravención de resoluciones judiciales anteriores, e incongruencia interna de la sentencia apelada, pues “Atelier” no ha actuado como proyectista ni como diseñador de la obra, ni como Director de obra; error en la valoración de la prueba por errónea atribución de agente de la edificación a la entidad demandada, e incongruencia interna frente a la cosa juzgada; vulneración de la tutela judicial efectiva por ausencia de motivación al desestimar la excepción de cosa juzgada; por todo lo cual

interesa que “ con estimación de los motivos de impugnación alegados en el presente recurso, solicitamos a la sala que revocando la sentencia de 20 noviembre 2015, dicte nueva resolución con acogimiento de los motivos de impugnación expuestos, se resuelva conforme a los mismos; con la expresa absolución de todos los pedimentos de la demanda frente al Atelier D’Architecture Bruno Erpicum & Partenaires, SPRL”; incluida la cuestión previa de declinatoria de la jurisdicción, así como la cosa juzgada; incluyendo la expresa condena en las costas causadas en la primera instancia; y las de apelación en caso de oposición al recurso por parte de la apelada”.

La representación procesal de la entidad “Lightbreeze SRL” se opone al recurso formalizado por la entidad “Atelier, SPRL”, alegando la bondad del emplazamiento, la formulación tardía de la declinatoria, y la competencia de los Tribunales españoles para la ejecución del contrato cuyo cumplimiento por equivalencia se solicita; que no tiene cabida en derecho, en este caso, la excepción de cosa juzgada; que la demandada ha intervenido en la construcción de la vivienda como proyectista y director de obra, y ha asumido expresamente la responsabilidad que pueda dimanar del diseño o ejecución de la construcción y que la entidad demandada fue la contratada por la actora para realizar los servicios, redactó el proyecto, y supervisó la obra, en calidad de arquitecto; y que no llevó a cabo, previamente a la ejecución del proyecto de modificación, un estudio del suelo, por lo que debe responder de los vicios ruinógenos; y que no procede prosperar la alegada vulneración de la tutela judicial efectiva por ausencia de notificación efectiva de la demanda; por todo lo cual interesa que “ se dicte resolución por la que con desestimación total del recurso de apelación se confirme íntegramente la resolución recurrida en todos sus extremos, con condena en costas a la parte apelante/demandada”.

Asimismo se alza contra la resolución dictada en la instancia la representación procesal de la entidad “Euromaf, SA”, alegando la existencia de cosa juzgada material; inexistencia de acción directa contra la aseguradora “Euromaf, SA”; autoridad de la cosa juzgada sobre la supuesta relación contractual entre las partes, e incongruentemente petición y fallo; que ni “Atelier” ni “Euromaf” pueden responder por aplicación de la LOE; que no procede la condena a “Euromaf”, conforme al contrato de seguro firmado con la aseguradora; la prescripción de la acción respecto de la habitabilidad; y que no procede la condena al pago de intereses; por todo lo cual interesa que “ se dicte sentencia en virtud de la cual se estime el recurso de apelación presentado por Euromaf SA, se revoque la sentencia de fecha 20 noviembre 2015, dictada por el Juzgado de Instancia número 4 de Ibiza en los autos 963/2012, dictando otra en virtud de la cual se absuelva a mi representada Euromaf SA, con todos los pronunciamientos favorables a la misma, y en especial de la condena solidaria que consta a la misma, con expresa imposición de costas a la parte actora–apelada, en caso de oposición al presente recurso de apelación”.

La representación procesal de la entidad “Lightbreeze SRL” se opone al recurso formalizado por la entidad “Euromaf, SA”, alegando que en el anterior procedimiento no se entró en el fondo del asunto al estimarse la falta de legitimación pasiva de D. Jose Ramón como persona física; que en el caso no hay identidad de partes, siquiera de la aseguradora, quien concurre en el presente, por sus obligaciones frente a “Atelier”, y no frente Don. Jose Ramón como persona física, por lo que no tiene cabida la excepción de cosa juzgada; que la actora ejercita la acción directa del art. 76 LCS; que la entidad demandada “Atelier” ha intervenido en la construcción de la vivienda, en calidad de proyectista y director de la obra, y ha asumido expresamente la responsabilidad que pudiera dimanar del diseño o ejecución de la construcción, y la entidad codemandada es responsable de los vicios ruinógenos de la obra edificada, por cumplimiento defectuoso o irregular del contrato, y como agente según la LOE; que el Arquitecto firmante del certificado de final de obra, Sr. Arcadio, meramente firmó la documentación en nombre de su compañero José Ramón, según documento de fecha 23 mayo 2005; que la acción ejercitada no ha prescrito por interrumpida su curso en los procedimientos judiciales tramitados, amén de que tal excepción es extemporánea; por todo lo cual interesa que “ se dicte resolución por la que con desestimación total del recurso de apelación se confirme íntegramente la resolución recurrida en todos sus extremos, con condena en costas a la parte contraria”.

SEGUNDO: Sobre el emplazamiento de los demandados, cierto es que cuando la Comisión Rogatoria tenga por objeto la notificación o traslado de documentos (notificación, citación o emplazamiento) el

propio juzgado deberá enviar directamente la Comisión Rogatoria a la Central del Estado requerido, en la que al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4º del Convenio, deberá contener:[...].

Es necesario distinguir la diligencia del ciudadano del conocimiento del proceso, porque el derecho a la tutela efectiva y a la consiguiente interdicción de la indefensión, no tiene porque verse menoscabado por un eventual y más o menos previsible conocimiento no probado de estar siguiendo el proceso a espaldas de quien ostente ese derecho. Un proceso en el que se ventila una cuestión que afecta su esfera jurídica.

Sólo la prueba fehaciente de que el conocimiento del proceso se tuvo por el demandado –prueba que corresponde aportar, naturalmente, a quien alega la existencia de dicho conocimiento– podría llevar a desestimar la pretensión de un emplazamiento personal y directo, y ello siempre que por la fecha en que el repetido conocimiento se tuvo, hubiera permitido al demandado no sólo a comparecer en el proceso, sino ser oído en el mismo en el momento procedimental oportuno y pertinente, porque el emplazamiento y todos y cada uno de los actos de un proceso no son un mero formalismo sino una garantía para el demandado. Y se han seguido las fases de traslado, transmisión, recepción, aún por vía de correo, según los arts. 14 y concordantes del Reglamento (CE) nº 1.393/2007, de 13 noviembre 2007, que deroga el Reglamento (CE) nº 1348/2000; siendo, en definitiva que el emplazamiento judicial ha parecido útil.

[...]

En el marco europeo comunitario, el Reglamento sobre notificaciones autoriza expresamente la remisión directa por correo a personas que residan en cualquier otro Estado miembro (art. 14.1º). Sin embargo, el Reglamento autoriza que los Estados miembros impongan condiciones específicas para que este procedimiento de notificación sea aceptable en su territorio (art. 14.2º). España ha declarado expresamente su aceptación de las notificaciones transmitidas por el “servicio oficial de correos” con acuse de recibo. Asimismo, deberán respetarse las normas sobre traducción previstas en los arts. 5 y 8 del Reglamento. De todos modos, hay que tener en cuenta que para que la notificación postal sea válida ha de serlo conforme al Derecho del tribunal que conoce del asunto.

Conforme al Derecho interno español, en tanto no se acredite que el demandado ha recibido en tiempo y forma el emplazamiento o la citación o se constate que se han tomado las diligencias adecuadas a tal fin (incluida la comunicación edictal), no comienzan a correr los plazos para la contestación. La notificación se rige por el principio de la recepción formal, no del conocimiento, por lo que no se exige que el demandado o llamado haya tenido conocimiento efectivo: es suficiente con que se hayan llevado a cabo los actos formales que exige la ley (recepción personal por el demandado; en su defecto, recepción por las personas enumeradas en el art. 161.3º LEC y, por último, publicación edictal) para darle por notificado.

Las notificaciones a las demandadas, a efectos de debidos y correctos emplazamientos, resultaron efectivas y positivas (...); y, no habiendo contestado la demanda, fueron declaradas en rebeldía; al igual que fueron cumplimentadas de la misma forma, el señalamiento para el acto de la audiencia previa (...); y prueba de todo ello son las respectivas personaciones a 29 y 31 julio 2013, a la vez que promovieron un incidente de nulidad de actuaciones, que fue desestimado por Auto y ya eran conocedoras de las precedentes reclamaciones (...); siendo que en el acto de la audiencia previa ya se formularon las declinatorias de jurisdicción, la excepción de cosa juzgada, seguidas de protesta, tras su desestimación in voce, y fueron desestimadas por Auto de fecha 25 septiembre 2013, e impugnación de todos los documentos presentados por la actora, salvo los nº 24, 25, 26 y 28 (véase soporte audiovisual).

Tal situación de rebeldía voluntaria, o cuando menos propiciada por las demandadas, ha sido resuelta por esta Sala, en resoluciones de fechas 24 noviembre 2008, 17 julio 2009, 5 junio 2012, y de 21 marzo 2015; entre otras, en supuestos similares.

TERCERO: En el caso, son competentes los tribunales especiales al solicitarse el cumplimiento contractual, bien en obligación de hacer, bien abonando un valor al reclamante.

Por otra parte, de los foros alternativos que se enumeran en el art. 5, es el nº 1 que regula la competencia en materia contractual en el que ha suscitado mayores problemas de interpretación, hasta el punto de que puede afirmarse que es el precepto que más jurisprudencia del TJC ha provocado de todos los del

Convenio, refiriéndose a dicho art. 5.1º las dos primeras sentencias del TJC dictadas en interpretación del Convenio.

El ap. 1 del art. 5 establece la posibilidad de demandar a una persona: “ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiera ser cumplida la obligación que sirviera de base a la demanda”.

El TJCE ha interpretado el concepto “materia contractual” a que se refiere el ap. 1 del art. 5, de manera autónoma y en base a tal concepción ha ido perfilando las nociones recogidas en el precepto, así, se refirió a que el término “obligación” debe entenderse como “la obligación que sirve de base a la demanda” (sentencia de 6 de octubre de 1976–As. 14/76), en la sentencia Kalfelis de 27 de septiembre de 1988 el tribunal siguiendo la interpretación restrictiva del precepto, entendió que en el caso de acumulación de diferentes acciones de un demandante contra varios demandados, si el tribunal era competente para el ejercicio de una acción extracontractual.

Como excepción al criterio general de noción autónoma, en el problema de la determinación del “lugar de cumplimiento de la obligación” el TJCE acude al concepto nacional o interno, y así en la sentencia de 6 octubre 1976 en el asunto Tessili / Dunlop afirma que es el juez ante el que se plantea el litigio el que: “debe determinar, en virtud de sus propias normas de conflicto, cual es la ley aplicable a la relación jurídica objeto del proceso y definir, conforme a esta ley, el lugar de cumplimiento de la obligación contractual objeto del litigio”.

Y, por último, en materia de acumulación de una acción contractual con otra de derechos reales inmobiliarios, serán competentes los jueces del lugar en que estuviere sito el inmueble.

Una de las finalidades del Convenio de Bruselas, como es la de protección de la parte más débil en una relación jurídica (el tomador del seguro, o más ampliamente consumidor), protección de los consumidores que forma una parte cada vez más importante de los objetivos de la Unión Europea como puede ser reflejo la proyectada Directiva de responsabilidad del prestador de servicios o la ya aprobada de responsabilidad por productos defectuosos. En el ámbito del Convenio esta protección se proyecta sobre el consumidor concediéndole una mayor libertad para demandar o el derecho a ser demandado en el Estado de su domicilio; se trata por tanto de evitar que en una materia tan extendida actualmente como la de contratos de adhesión, la parte teóricamente más débil se vea obligada a demandar o a defenderse en un país distinto del de su domicilio donde probablemente desconoce el idioma y el ordenamiento jurídico le es extraño.

Por demás, la declinatoria de jurisdicción fue planteada tardíamente; el inmueble está en España y los servicios debían prestarse en España, lo que se pone en directa relación con lo prevenido en los arts. 1.1º, 6 y 7 “...”.

[...]

Por demás, una vez identificada la obligación relevante, conforme a los criterios anteriores, el paso siguiente es concretar el lugar de cumplimiento de dicha obligación. A estos efectos, habrá que estar a lo que las partes han establecido en el contrato y, en su defecto, a lo que disponga la ley material aplicable (lex contractus).

Pero las partes pueden designar el lugar de cumplimiento de las obligaciones y esta cláusula determina también, en virtud del art. 5.1º.a, el foro competente. Han de analizarse los términos explícitos e implícitos del contrato (interpretación integradora de la voluntad contractual).

En su defecto, el TJCE ha entendido que ese lugar se determina conforme a la lex contractus, esto es, la ley nacional (material) que rija el contrato (STJCE as. 12/76: para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda debe acudir a la lex contractus designada por la norma de conflicto del foro). Esta solución del TJCE se explica muy bien a partir de la ratio material del art. 5.1º: por el que el deudor de una obligación queda sujeto a la jurisdicción del Estado donde materialmente esté obligado a cumplirla; pues bien, sólo el Derecho material aplicable al contrato nos puede determinar cuál es ese lugar. Esto explica también que la regla valga tanto si es aplicable el Derecho conflictual del foro como si es aplicable el Derecho uniforme.

Conforme al tenor del precepto, el lugar relevante es el lugar “hubiere sido” o “debiere ser cumplida” la obligación. La regla no puede variar el programa de obligaciones de las partes contratantes. Por consiguiente, si el lugar de ejecución fáctica no se corresponde con el lugar donde la obligación era debida, el actor dispone también de éste último como foro: salvo que el acreedor de la prestación lo haya aceptado, el cumplimiento en un lugar diferente del acordado equivale a incumplimiento y no tiene mucho sentido que mediante un incumplimiento defectuoso el deudor determinase el foro de competencia.

En los dos tipos contractuales más representativos, (la compraventa de mercaderías y la prestación de servicios), el art. 5.1º.b del Reglamento se basa en el principio de concentración de los litigios en el lugar de cumplimiento de la prestación característica del contrato. El objetivo de esta regla especial es evitar que, en aplicación de criterio general, el lugar de pago pueda utilizarse como foro artificial, sin conexión auténtica con el fondo de la disputa. Formalmente, la regla sigue siendo el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. Sin embargo, a los efectos de determinar la competencia, el art. 5.1º.b entiende que todas las obligaciones que se deriven del contrato han de cumplirse en el mismo lugar: allí donde se entreguen las mercancías o donde se presten los servicios, esto es, donde deba cumplirse la prestación característica del contrato. El lugar de pago en sentido material no sirve como criterio autónomo de conexión. Por eso puede decirse que, en estos dos tipos contractuales, la obligación relevante no es realmente la que sirve de base a la demanda, sino la que caracteriza el contrato. Donde se cumpla esta obligación deben concentrarse todos los litigios contractuales sobre el contrato correspondiente.

El concepto de “prestación de servicios”, por su parte, ha de construirse en términos amplios a partir de aquellos preceptos del Derecho comunitario donde se utiliza esa misma categoría, en particular el art. 50.1º del Tratado CE. Bajo ese concepto se podrán incluir los contratos de obra y de hospedaje, las actividades realizadas por profesionales liberales como arquitectos, médicos, asesores financieros o abogados, los servicios de intermediación y consultoría, los contratos con entidades de inversión (por ejemplo, gestión de cartera) o los contratos de agencia.

En estos casos, el lugar de cumplimiento de la prestación característica, (la entrega de las mercancías o la prestación de los servicios), se determina conforme a los criterios generales. En primer lugar, se estará a los términos explícitos del contrato, con lo que habrán de consultarse las cláusulas contractuales sobre dónde el comprador o alguien actuando por su cuenta ha de hacerse cargo de las mercancías.

El art. 6.1º del Reglamento permite acumular las pretensiones contra varios demandados, domiciliados en distintos Estados miembros, en el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos (para la regla especial en materia de seguros). Es un foro que opera como alternativo tanto al foro general del domicilio del demandado como –al menos, formalmente– a los foros especiales por razón de la material y, según su tenor literal, sólo puede invocarse frente a domiciliados en otro Estado miembro.

En este caso, y al utilizar el art. 6.1º el domicilio de la partes como criterio de conexión, sólo debe admitirse su juego cuando entre los demandados existiese un vínculo previo al nacimiento del litigio. No debería aplicarse, en cambio, cuando cada uno de los demandados ha actuado autónomamente y sin ningún tipo de coordinación. Y la cuestión de competencia a favor de los Tribunales de Bruselas fue correctamente desestimada, y la cláusula 8 va referida a la mera divergencia entre partes, no lleva fecha ni firma; y no sólo se prestaron los servicios en España, sino que en nuestro país se efectuaron los pagos (...).

En el mismo sentido y en supuesto de actos propios, incumplimiento contractual y declinatoria de jurisdicción, la STS de 5 mayo 2016.

[...]

SEPTIMO: La competencia judicial internacional en materia de seguros ha sufrido ajustes. Por una parte, el art. 9.1º.b) del Reglamento Bruselas I extiende la posibilidad de demandar al asegurador en el domicilio del tomador del seguro, contemplada en el art. 8.1º.2 del Convenio de Bruselas. Con la nueva redacción, esta posibilidad de demandar en los Tribunales de su propio domicilio la tienen asimismo el propio asegurado y un beneficiario, cuando actúan como demandantes frente al asegurador. Se trata de una extensión razonable, que responde al principio de protección de la parte débil que impregna la regulación de la sección dedicada a la competencia en materia de seguros. Ya en el Convenio de Bruselas,

no se distinguía entre tomador, asegurado (o beneficiario a la hora de brindar tal protección frente a las cláusulas de elección de fuero (art.12.2 °).

Por último, el art. 11.2° establece un régimen específico para las acciones directas. Los foros señalados en los apartados (a) a (d) pueden utilizarse también por el perjudicado para plantear una acción directa contra el asegurador (o incluso, reasegurador, vid. STJCE as. C 412/98), siempre que esta acción directa fuese posible en virtud de la ley aplicable (en nuestro caso, la posibilidad de esta acción directa la determina la ley aplicable según las normas de Derecho internacional privado del foro, por ejemplo, art. 9 del Convenio de La Haya sobre accidentes de circulación; y art. 18 del Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, donde se establece una conexión alternativa entre la ley aplicable al daño y la lex contractus; y en el Derecho material español el art. 76 LCS, permite esa acción directa). El tercero dañado, titular de esa acción directa, dispone frente al asegurador de los mismos foros que el tomador del seguro, el beneficiario o el asegurado. Para evitar connivencias fraudulentas entre el asegurado y el tercero dañado, así como para prevenir decisiones inconciliables, el Reglamento “Bruselas I” permite que el asegurador demandado en virtud de la acción directa pueda llamar al proceso al tomador del seguro y/o al asegurado, si la ley aplicable a esa acción directa previere dicha posibilidad (art. 11.3°).

Una cláusula de elección de foro entre el asegurador y el asegurado no es oponible al tercero titular de la acción directa.

La entidad aseguradora debe responder solidariamente con “Atelier” en base a Seguro de Responsabilidad Civil Profesional de los Arquitectos:

Contrato n° 57529 G Reemplazo n° Póliza adicional n° 5 Con efecto desde 01/01/2006 a las 00H.

[...]

Art. 2 – Ámbito territorial

Salvo estipulación en sentido contrario, la garantía del presente contrato es válida para los proyectos realizados en todos los países de la CEE (Comunidad Económica Europea) así como en Suiza y en los Países Escandinavos.

Cabe señalar, no obstante, que la garantía Responsabilidad Civil Explotación está cubierta en todo el mundo.

[...]

Art. 17– Derecho aplicable– Tribunal competente.

Las relaciones contractuales entre el tomador y la compañía se regirán por la ley belga.

Todo desacuerdo entre las partes se someterá al Tribunal de 1ª Instancia de Bruselas”, ello como dtº 24 hasta f. 565 sobre la póliza suscrita, por vía directa.

OCTAVO: La acción relativa a la reclamación por inhabilitación NO ha prescrito, tanto porque fue interrumpido el plazo con el procedimiento anterior, como porque al mantener y agravarse, el cómputo no puede entenderse por iniciado sino desde las reparaciones pertinentes y hasta conocer el alcance definitivo de los daños y consecuencias.

[...]

VALIDEZ Y PRECISIÓN DE UNA CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA INCLUIDA EN UNAS CONDICIONES GENERALES

2017/5.– Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 7 julio 2016. Asunto C–222/15. Ponente: C. Toader.

Cláusula atributiva de competencia.– Cooperación judicial en materia civil.– Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.– Reglamento (CE) n° 44/2001.–

Art. 23.– Cláusula incluida en unas condiciones generales.– Consentimiento de las partes a dichas condiciones – Validez y precisión de una cláusula de este tipo.

Normas aplicadas: Art. 10, ap. 2 Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); art. 23, ap. 1 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (“Reglamento Bruselas I”).

[...]

27. [...] el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el art. 23, ap. 1, del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia, como la controvertida en el litigio principal, que, por un lado, viene estipulada en las condiciones generales de contratación de la entidad contratante, mencionadas en los instrumentos en los que constan los contratos entre dichas partes y transmitidas cuando se concluyeron, y que, por otro lado, designa como tribunales competentes a los de la ciudad de un Estado miembro, cumple los requisitos de dicha disposición relativos al consentimiento de las partes y a la precisión del contenido de tal cláusula.

[...]

45. En el presente caso, según las declaraciones del tribunal remitente, en virtud de la cláusula atributiva de competencia controvertida en el litigio principal, los litigios que surjan entre las partes quedan sometidos a la “jurisdicción exclusiva y definitiva de los tribunales de París”.

46. Por lo tanto, si bien dicha cláusula no designa expresamente al Estado miembro al que pertenecen los tribunales cuya competencia pactaron las partes, los tribunales mencionados son los de la capital de un Estado miembro, que, en el caso de autos, es también el de la ley que las partes designaron aplicable al contrato, de modo que no cabe duda alguna de que la referida cláusula, contenida en un contrato como el controvertido en el litigio principal, pretende conferir competencia exclusiva a los tribunales del sistema jurisdiccional propio de dicho Estado miembro.

47. Por consiguiente, de las circunstancias específicas del presente caso, como vienen declaradas por el tribunal remitente, se desprende que una cláusula atributiva de competencia, como la controvertida en el litigio principal, cumple los requisitos de precisión, recordados en el ap. 43 de la presente sentencia.

48. Por otra parte, como ha señalado el Abogado General en el punto 44 de sus conclusiones, es necesario destacar que una cláusula atributiva de competencia en la que se hace referencia a “los tribunales” de una ciudad de un Estado miembro se remite implícita pero necesariamente, para poder determinar exactamente el tribunal ante el cual debe entablarse la acción, al sistema de normas de competencia vigentes en dicho Estado miembro.

49. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión que el art. 23, ap. 1, del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia, como la controvertida en el litigio principal, que, por un lado, viene estipulada en las condiciones generales de contratación de la entidad contratante, mencionadas en los instrumentos en los que constan los contratos entre las partes y transmitidas cuando se concluyeron, y que, por otro lado, designa como tribunales competentes a los de una ciudad de un Estado miembro, cumple los requisitos de la citada disposición relativos al consentimiento de las partes y a la precisión del contenido de dicha cláusula.

[...]

[HÖSZIG]

COMPETENCIA JUDICIAL INTRNACIONAL EN UN CONTRATO DE AFILIACIÓN A UN CLUB PARA DISFRUTAR DE LAS VACACIONES

2017/6.— Audiencia Provincial de Málaga, Sección Cuarta, nº 388/2016 de 11 julio 2016. Ponente: D Joaquín Ignacio Delgado Baena. JUR 2016\258356.

Competencia judicial internacional.— Contrato de afiliación al *Vacation Club* para disfrutar de vacaciones.— Diferencia con contrato de arrendamiento de bien inmueble.— Posibles cláusulas abusivas en el contrato.— Partes contratantes domiciliadas en el Reino Unido.— Cláusula de sometimiento a los Tribunales ingleses y a la ley inglesa.— Incompetencia de los Tribunales españoles.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); art. 23 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I); Ley 42/1998 sobre comercialización de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles; art. 22 LOPJ; art. 36 LEC.

[...]

SEGUNDO: Una vez analizadas las alegaciones de las partes recurrentes se comenzará por la cuestión de competencia judicial internacional. Cuestión que fue planteada en primera instancia, siendo rechazada, y, a tenor de lo dispuesto en el art. 66 LEC, puede plantearse de nuevo en el recurso de apelación.

Esta cuestión, sobre un caso similar, casi idéntico, fue ya resuelto por esta Sala en el rollo 133/2014, en el que se decía lo que sigue: “Contra dicha resolución se alza la parte actora, solicitando que sea desestimada la presente declinatoria de jurisdicción, ya que considera: 1º Incurre en error en la aplicación del art. 23 del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre (Convenio de Bruselas I), relativo a la competencia y reconocimiento de ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, puesto que procede la aplicación del art. 22, que exceptúa la sumisión y establece competencia exclusiva para contratos sobre derechos reales inmobiliarios al Estado en que radiquen; 2º La cuestión planteada exige entrar en el fondo del asunto, de modo que siendo aplicación la Ley 42/98 de aprovechamiento por turnos lo ha de ser en todos sus aspectos, conforme a su Disposición Adicional Segunda, porque no puede ser un mandato a un Estado extranjero, sino al propio Estado español; 3º La aplicación de dicha Ley sobre comercialización de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles determina la competencia aunque no se especifique inmueble que radique en España y así lo establecen la AP Valencia, Sección 7ª, en sentencia de 23 noviembre de 2011, en un caso similar, declarando nulo el contrato y la Sección 5ª AP Málaga en sentencia 3 septiembre de 2004.

El recurso ha sido expresamente impugnado de contrario insistiendo en que el contrato tiene por objeto un arrendamiento de servicios y no un derecho real de aprovechamiento por turnos; el sistema de puntos se caracteriza, en esencia, porque se consumen anualmente y se restablecen a principio de año, es decir son duraderos y el Club asume una obligación de hacer: procurar alojamiento y mantenimiento de los apartamentos y villas de los complejos; la afiliación otorga derecho personal: no se comercializa con ningún inmueble; no es trascendente la ley aplicable al caso, porque, con arreglo al art. 36.1º LEC, la jurisdicción se rige por lo establecido en la LOPJ y Convenios internacionales, siendo el caso que el producto ofrecido no afecta a ninguna de las materias previstas en el art. 22 del Convenio de Bruselas I (sic), existiendo una cláusula de sumisión en la que se establece que el contrato se interpretará con arreglo a la ley inglesa y estará sujeto a la jurisdicción no exclusiva de los tribunales ingleses; ambas partes son de nacionalidad británica y tienen domicilio en Reino Unido, por lo que tanto el fuero general del domicilio del demandado como la excepción del fuero especial en materia de consumidores coinciden en otorgar la jurisdicción a los tribunales de Reino Unido (art. 15); por otra parte, según el Reglamento CE nº 593/2008 del Parlamento y del Consejo, de 17 junio 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), vigente para contratos posteriores a 17 de diciembre 2009, la ley aplicable es la elegida por las partes (art. 3) y en caso de tratarse de un consumidor la de su domicilio.

Delimitado el objeto del recurso, debe consignarse, además, que en el contrato que se aporta con la demanda se hace constar que la firmante reconoce haber leído y entendido las condiciones que se reflejan al dorso, al pie de las cuales aparece su firma, y en las mismas, entre otras cosas, se dispone que se entiende que Club la Costa no ofrece ningún sistema de compra-venta ni de locación, y que el objeto principal de la compra de afiliación al Vacation Club es para disfrutar de vacaciones y no para invertir en inmobiliaria.

El art. 22 LOPJ establece que los Tribunales españoles serán competentes, con carácter exclusivo, para conocer de las materias que se especifican en su ap. 1º, entre las que no se encuentra el supuesto enjuiciado, puesto que ni en la demanda ni en el escrito del recurso de apelación viene a concretarse un bien inmueble radicado en España sobre el que el contrato confiera derecho real o de arrendamiento, de modo que la representación de la demandante lo que viene a sostener es que la sujeción del contrato a la Ley 42/1998 sobre comercialización de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles ya determina que el objeto del contrato es un derecho real de cara, no a lo dispuesto en el citado art. 22 LOPJ, sino al Convenio de Bruselas I (Reglamento CE 44/2001, de 22 diciembre).

Aunque nada invoca la apelante sobre el arrendamiento de inmuebles a que se refiere este art. 22, consignamos que el contrato de hospedaje que respondería a la prestación asumida por Club la Costa Vacacion Club (Club La Costa) no supone arrendamiento de bien inmueble alguno, puesto que, como es comúnmente reconocido, el contrato de hospedaje es un contrato bilateral y de naturaleza compleja que en parte contiene obligaciones derivadas del arrendamiento de obra y en parte del de servicios, e incluso depósito.

Así las cosas ha de estarse, por ende, a lo establecido en el art. 36 LEC, según el cual “La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte”, y hemos de llamar la atención en que, como se ha dicho, la propia representación de la apelante vendría a reconocer que no es de aplicación ninguno de los criterios de competencia exclusiva de los tribunales civiles españoles que establece la LOPJ, puesto que se apoya precisamente en el art. 22 Convenio de Bruselas I. Dicho lo cual deviene inconsistente el argumento de que si la normativa aplicable al contrato es la española Ley 42/1998 sobre comercialización de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles (hoy derogada por la disposición derogatoria Única de Real Decreto-ley nº 8/2012, de 16 de marzo), necesariamente han de ser competentes los tribunales españoles, puesto que Disposición Adicional Segunda no establece un criterio sobre la jurisdicción de los tribunales españoles ni podría hacerlo en contra de lo dispuesto por la LOPJ, según el principio de reserva de ley orgánica y prevalencia de los tratados internacionales (art. 96 CE), al margen de que, como ya se ha dicho, la eventual utilización de un inmueble en España supone, según la norma, la aplicación de dicha Ley, pero no una reserva de jurisdicción que tenga cabida en el citado art. 22 LOPJ, porque el uso no es en régimen de arrendamiento del inmueble, sino en el de hospedaje en función del sistema de puntos objeto del contrato. En consecuencia, es pertinente, claro y acertado el primer fundamento del auto recurrido al establecer, sobre las mismas bases, que la cuestión relativa a la ley aplicable no es relevante de cara a la determinación de la competencia de los tribunales de la jurisdicción civil española, sino que ésta debe establecerse previamente para abordar después la ley aplicable al fondo de la cuestión controvertida. Lo dicho nos lleva, por tanto, al Convenio de Bruselas I para discernir, en atención al primer motivo de impugnación del auto recurrido, si concurre una errónea aplicación del art. 23, siendo procedente la del art. 22.1º, en el que se viene a establecer un fuero imperativo, excluyendo tanto el fuero general del domicilio como el de la sumisión, a favor del Estado en que se halle sito el inmueble en litigios sobre “derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles”; pero solo cabe reiterar lo expuesto sobre los mismos criterios establecidos en el art. 22 LOPJ. En este sentido, siendo indiscutido que entre las condiciones generales del contrato se incluye, en inglés, la de que se “interpretará de conformidad con la legislación inglesa y las partes de este documento se someten a la jurisdicción no exclusiva de los tribunales ingleses” no puede asumirse la controversia entre apelante y apelada sobre la aplicación del criterio establecido en el art. 23 del Convenio, según el cual “Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un

Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes “, puesto que, según la condición general transcrita, precisamente se pacta que la competencia de los tribunales ingleses no es exclusiva, lo que quiere decir que no la consideran excluyente de la jurisdicción civil española, si esta ostentara competencia, puesto que se desprende del propio art. 36.2º LEC que para sustraer el conocimiento de la controversia a la jurisdicción española la atribución a la de otro Estado ha de ser exclusiva; pero el caso es que el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia, consciente, es de suponer, de la trascendencia de esa circunstancia, no invoca para nada el citado art. 23 del Convenio para apreciar la falta de jurisdicción, sino que, excluido el criterio del fuero del lugar en que radique el inmueble por no tener por objeto la controversia un derecho real, se atiene al fuero general del domicilio del demandado (art. 2 del Convenio), excepcionado, se dice, “en materia de consumidores por el art. 15, que permite en estos casos acudir a los tribunales del Estado en que aquéllos tengan su domicilio”, de modo que, considerando que tanto la demandante como la demandada, consumidora, tienen su domicilio en el Reino Unido, ningún vínculo puede establecerse con los tribunales españoles. Ello ha de ratificarse, puesto que no se mantiene en el recurso que el domicilio de una y otra parte se hallen fuera del Reino Unido, teniendo en cuenta que efectivamente el art. 2 del convenio establece que “Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado” y el art. 15 “En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiese considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección” cuando (apartado c) “la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades”, en cuyo caso, según el art. 16 “La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor”. Como quiera que se trata de una acción entablada por D. Borja y Dª. Zaida, para obtener la nulidad del contrato suscrito con Club La Costa, ambas domiciliadas en Reino Unido, todos los criterios establecidos en el Convenio apuntan a la jurisdicción de los tribunales de dicho Estado. El auto recurrido cierra todo el abanico de criterios establecidos en el Convenio de Bruselas I, señalando que al art. 5.1º establece que, en materia contractual, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro “ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda”, concluyendo que no consta dónde la demanda ha de prestar sus servicios y que el pago debe efectuarse en Londres; sin que en el recurso se impugnen estas consideraciones. El Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), nos remitiría a la misma conclusión, puesto que, de acuerdo con el art. 3.1, el contrato se regirá por la ley elegida por las partes, en este caso la inglesa, porque no le afecta el pacto en contrario a la exclusividad que sí consta respecto a la jurisdicción.

Por último, ninguna duda de derecho sobre lo resuelto puede suscitarse con la invocación de las sentencias de la AP Valencia, Sección 7ª, de 23 noviembre de 2011, declarando nulo el contrato, y la Sección 5ª AP Málaga de 3 septiembre de 2004, puesto que ambas resuelven sobre el fondo de la cuestión litigiosa, determinando la ley aplicable, pero no la jurisdicción que, con arreglo al art. 22.2º LOPJ, ha de entenderse que estaba asumida en virtud de sumisión tácita, lo que no tiene cabida, obviamente, en este caso, puesto que se ha planteado declinatoria por falta de jurisdicción.”

Por todo lo expuesto se estima el motivo alegado resolviendo en el sentido de declarar la competencia de los Tribunales Ingleses para el conocimiento del asunto. Cuestión que nos lleva a estimar la declinatoria de jurisdicción, declarando nulo todo lo demás, y a desestimar el recurso de apelación planteado por la representación procesal de D. Borja y Dª. Zaida.

**NATURALEZA DELICTUAL O CUASIDELICTUAL DE UNA ACCIÓN DE
INDEMNIZACIÓN FUNDADA EN LA RUPTURA REPENTINA DE RELACIONES
COMERCIALES DE LARGA DURACIÓN**

2017/7.—Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 14 julio 2016. Asunto C-196/15. Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil y mercantil.— Reglamento (CE) n° 44/2001.— Art. 5, puntos 1 y 3 — Órgano jurisdiccional competente.— Conceptos de “materia contractual” y de “materia delictual” — Ruptura repentina de relaciones comerciales de larga duración.— Acción de indemnización.— Conceptos de “compraventa de mercaderías” y de “prestación de servicios”.

Normas aplicadas: Art. 5, puntos 1 y 3 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

15 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que una acción de indemnización fundada en la ruptura repentina de relaciones comerciales de larga duración, como la controvertida en el asunto principal, es de naturaleza delictual o cuasidelictual, en el sentido de dicha disposición.

[...]

22. De ello se desprende que, en un asunto como el que es objeto del litigio principal, a fin de determinar la naturaleza de la acción de responsabilidad civil entablada ante un órgano jurisdiccional nacional, éste debe verificar previamente si, con independencia de su calificación conforme al Derecho nacional, dicha acción es de naturaleza contractual.

23. Procede señalar que en un número significativo de Estados miembros las relaciones comerciales de larga duración que no hayan sido objeto de un contrato escrito pueden considerarse, en principio, nacidas de una relación contractual tácita, de cuyo incumplimiento se puede derivar una responsabilidad contractual.

24. A este respecto, cabe observar que, si bien el art. 5, punto 1, del Reglamento Bruselas I no exige la formalización de un contrato escrito, a efectos de aplicar esta disposición es indispensable identificar una obligación contractual. Se ha de precisar que tal obligación puede tener su origen en actos tácitos, en particular cuando se derive de actos que manifiesten inequívocamente la voluntad de las partes.

25. Por consiguiente, en el caso de autos corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar, en primer término, si en las circunstancias específicas del asunto del que conoce, la relación comercial de larga duración mantenida entre las partes se caracteriza por la existencia de obligaciones acordadas tácitamente entre ellas, de modo que dicha relación pueda ser calificada como contractual.

26. No obstante, no cabe presumir la existencia de tal relación tácita, sino que se ha de demostrar. Además, esta demostración debe basarse en una serie de elementos concordantes, entre otros, en particular, la existencia de relaciones comerciales de larga duración, la buena fe entre las partes, la regularidad de las transacciones y su evolución en el tiempo en términos de cantidad y de valor, los eventuales acuerdos sobre los precios facturados o sobre los descuentos aplicables, así como la correspondencia mantenida.

27. El órgano jurisdiccional remitente deberá realizar una evaluación global de tales elementos concordantes a efectos de decidir si, a pesar de que no exista un contrato escrito, cabe apreciar una relación tácita entre las partes.

28. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que una acción de indemnización fundada en la ruptura repentina de relaciones comerciales de larga duración, como la

que es objeto del litigio principal, no es de naturaleza delictual o cuasidelictual en el sentido de dicho Reglamento si entre las partes existía una relación contractual tácita, lo que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente. La demostración de la existencia de tal relación contractual de carácter tácito se debe basar en una serie de elementos concordantes, entre otros, en particular, la existencia de relaciones comerciales de larga duración, la buena fe entre las partes, la regularidad de las transacciones y su evolución en el tiempo en términos de cantidad y de valor, los eventuales acuerdos sobre los precios facturados o sobre los descuentos aplicables, así como la correspondencia mantenida.

[...]

29 Mediante la segunda cuestión prejudicial planteada, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 5, punto 1, letra b), del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que las relaciones comerciales de larga duración, como las que son objeto del litigio principal, deben ser calificadas como “contrato de compraventa de mercaderías” o como “contrato de prestación de servicios”, con arreglo a dicha disposición.

[...]

41. A este respecto, se ha de tener en cuenta que el contrato de distribución descansa, como norma general, en la selección de los distribuidores por parte del proveedor. Esa selección puede conferir a los distribuidores una ventaja competitiva consistente en que sólo ellos tienen derecho a vender los productos del proveedor en un territorio dado, o al menos en que un número limitado de distribuidores disfrutarán de ese derecho. Además, el contrato de distribución prevé a menudo una ayuda a los distribuidores en materia de acceso a los soportes de publicidad, de transmisión de conocimientos técnicos mediante acciones de formación o también de facilidades de pago. El conjunto de esas ventajas, cuya realidad corresponde comprobar al tribunal remitente, representa para los distribuidores un valor económico que puede considerarse constitutivo de una remuneración (véase, en este sentido, la sentencia de 19 diciembre 2013, Corman–Collins, C-9/12, ap. 40).

42. De ello se sigue que un contrato de distribución que comporte tales elementos típicos puede ser calificado como «contrato de prestación de servicios» a efectos de la aplicación de la regla de competencia enunciada en el art. 5, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento Bruselas I (sentencia de 19 diciembre 2013, Corman–Collins, C-9/12, ap. 41).

43. En el presente asunto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar el conjunto de las circunstancias y de los elementos característicos de la actividad desarrollada por Ambrosi en Francia a fin de vender en el mercado de este Estado miembro los productos de Granarolo.

44. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el art. 5, punto 1, letra b), del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que las relaciones comerciales de larga duración, como las que son objeto del litigio principal, deben ser calificadas como “contrato de compraventa de mercaderías” si la obligación característica del contrato de que se trate es la entrega de un bien o como “contrato de prestación de servicios” si tal obligación está constituida por la prestación de servicios, lo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente.

[...]

[GRANAROLO]

COMPETENCIA JUDICIAL RESPECTO DE LOS LITIGIOS EN RELATIVOS A LAS MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS BENELUX

2017/8.—Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 14 julio 2016. Asunto C-230/15. Ponente: M. Ilešič.

Cooperación judicial en materia civil.— Reglamento (CE) n° 44/2001.— Art. 22, punto 4.— Competencia judicial respecto de los litigios en materia de propiedad intelectual.— Art. 71.— Convenios

celebrados entre Estados miembros sobre materias específicas.– Convención del Benelux sobre propiedad intelectual.– Competencia judicial respecto de los litigios relativos a las marcas, dibujos y modelos Benelux.– Art. 350 TFUE.

Normas aplicadas: Arts. 22, punto 4, y 71 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

47 En este marco, mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente desea saber, en esencia, si el art. 71 del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la regla de competencia judicial respecto de los litigios en materia de marcas, dibujos y modelos Benelux, enunciada en el art. 4.6° Convención del Benelux sobre propiedad intelectual (CBPI), se aplique a estos litigios.

[...]

62. Sobre este particular, cabe observar que, en los litigios relativos a las marcas de la Unión Europea, el legislador de la Unión, con arreglo al art. 67 del Reglamento n° 44/2001, estableció también una excepción a esta regla de competencia judicial al instaurar en el art. 97 del Reglamento n° 207/2009 una regla diferente de competencia judicial, que se basa concretamente en el domicilio del demandando y garantiza así que en cada Estado miembro los tribunales puedan conocer de los litigios relativos a las marcas de la Unión Europea. Esta regla evita que los litigios se concentren en los tribunales del Reino de España, Estado miembro en cuyo territorio se centralizan las presentaciones y registros y en el que se lleva el registro.

63. Habida cuenta de que las marcas, dibujos y modelos Benelux forman parte de un régimen avanzado en los tres Estados miembros de que se trata, de la estructura judicial establecida por el Benelux, basada en un sistema descentralizado acompañado de un mecanismo de remisiones prejudiciales al Tribunal de Justicia Benelux, y del carácter multilingüe de esta unión regional, la regla codificada en el art. 4.6° CBPI, que se basa, en particular, en el domicilio del demandando y garantiza de este modo que los litigios relativos a las marcas, dibujos y modelos Benelux puedan ser examinados, según sea el caso, por un tribunal belga, luxemburgués o neerlandés, en lugar de concentrarse, en virtud del art. 22, punto 4, del Reglamento n° 44/2001, posteriormente del art. 24, punto 4, del Reglamento n° 1215/2012, ante los tribunales neerlandeses del lugar en que están centralizadas las solicitudes y los registros y se lleva el registro, puede, como señaló el Abogado General en el punto 41 de sus conclusiones, y por analogía a lo que observó el legislador de la Unión en lo que atañe a la competencia judicial respecto de los litigios relativos a las marcas de la Unión Europea, ser calificada de indispensable para el buen funcionamiento del régimen de las marcas, dibujos y modelos Benelux.

64. De ello se desprende que el art. 71 del Reglamento n° 44/2001, leído a la luz del art. 350 TFUE, no impide al Reino de Bélgica, al Gran Ducado de Luxemburgo y al Reino de los Países Bajos mantener en vigor, como excepción al art. 22, punto 4, del Reglamento n° 44/2001 y al art. 24, punto 4, del Reglamento n° 1215/2012, la regla de competencia judicial respecto de los litigios relativos a las marcas, dibujos o modelos Benelux que instauraron en el art. 37, apartado A, del LBM y en el art. 29, ap. 1, de la LBDM y posteriormente confirmaron en el art. 4.6° CBPI.

65. En lo que atañe a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual la aplicación de un convenio como excepción a una norma establecida por la Unión en materia de competencia judicial, de reconocimiento o de ejecución no puede menoscabar los principios que subyacen a la competencia judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión, como los principios, evocados en lo que atañe a la cooperación judicial en los considerandos 11 y 12 del Reglamento n° 44/2001, de seguridad jurídica para los justiciables y de buena administración de la justicia (véanse, en particular, las sentencias de 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ap. 49, y de 19 diciembre 2013, *Nipponkoa Insurance Co. (Europe)*, C-452/12, ap. 36), debe considerarse que una disposición como el art. 4.6° CBPI, que se articula alrededor de la competencia de principio del foro del domicilio del demandado, completada por

otros foros que presentan un vínculo estrecho con el objeto del litigio, es conforme con los principios enunciados en dichos considerandos 11 y 12.

66. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial planteada que el art. 71 del Reglamento nº 44/2001, leído a la luz del art. 350 TFUE, no se opone a que la regla de competencia judicial respecto de los litigios relativos a las marcas, dibujos y modelos Benelux, enunciada en el art. 4.6º CBPI, se aplique a esos litigios.

[...]

[BRITE STRIKE TECHNOLOGIES]

Obs.: M.A. Gandía Sellens, “Competencia judicial internacional y derechos de marca y diseño en el Benelux (STJUE de 14 de julio 2016, asunto C-230/15: Brite Strike Technologies Inc. c. Brite Strike Technologies SA)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 41, octubre 2016.

CONSIDERACIÓN DE “MATERIA CUASIDELICTUAL” DE UN CRÉDITO QUE TIENE SU ORIGEN EN LA DEVOLUCIÓN INJUSTIFICADA DE UNA MULTA POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

2017/9.—Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 28 julio 2016. Asunto C-102/15. Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil.— Reglamento (CE) nº 44/2001.— Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.— Ámbito de aplicación *ratione materiae*.— Acción de restitución del pago indebido.— Enriquecimiento sin causa.— Crédito que tiene su origen en la devolución injustificada de una multa por infracción de la normativa en materia de Derecho de la competencia.

Normas aplicadas: Art. 5, punto 3 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

26. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se considera comprendida en la materia cuasidelictual, en el sentido de esta disposición, una acción de restitución del pago indebido basada en el enriquecimiento sin causa mediante la cual la autoridad de competencia de un Estado miembro pretende obtener de una sociedad domiciliada en otro Estado miembro la devolución de los intereses que ha pagado a esta sociedad como consecuencia de la resolución de los tribunales contencioso-administrativos del primer Estado miembro que redujo la multa que la citada autoridad había impuesto a dicha sociedad, teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo anuló posteriormente esta última resolución y fijó de nuevo esta multa en el importe inicialmente determinado.

[...]

35. En el caso de autos, aunque el litigio principal no tiene directamente por objeto la multa que la autoridad de competencia impuso a Siemens por infracción de disposiciones en materia de Derecho de la competencia, no es menos cierto que este litigio está intrínsecamente unido a esta multa y a la controversia que existe entre las partes en el litigio principal con respecto a la legalidad de ésta. En efecto, los créditos que invoca la autoridad de competencia en el marco de dicho litigio tienen su origen en que dicha multa, en un primer momento, fue pagada por Siemens, en que, en un momento posterior, fue parcialmente devuelta por esta autoridad como consecuencia de la resolución de los tribunales contencioso-administrativos de primera instancia y de apelación que redujeron su importe y en que, finalmente, fue

pagada de nuevo íntegramente por Siemens tras la resolución de la Kúria (Tribunal Supremo) que fijó de nuevo su importe en el establecido inicialmente.

36. En lo que respecta al crédito correspondiente a los intereses que la autoridad de competencia había pagado a Siemens en el momento de la restitución parcial de la multa, es decir, la cantidad de 52 016 230 HUF, es preciso constatar que, según observa el Abogado General en el punto 39 de sus conclusiones, ésta nace de manera automática por la aplicación del art. 83, ap. 5, de la Ley sobre prácticas desleales.

37. En efecto, de la práctica procesal húngara parece desprenderse que, cada vez que los tribunales contencioso-administrativos anulen o reduzcan una multa impuesta por dicha autoridad, la empresa afectada recibirá intereses en aplicación del art. 83, ap. 5, de la Ley sobre prácticas desleales, intereses que esta misma autoridad intentará recuperar en caso de que la multa sea fijada de nuevo en el importe inicialmente determinado.

38. De ello se deduce que el litigio principal, en el que la autoridad de competencia pretende obtener de Siemens el pago de un crédito derivado de una multa que ella misma impuso a esta empresa, está comprendido en la materia administrativa.

39. El hecho de que la autoridad de competencia haya interpuesto un recurso ante los tribunales civiles húngaros contra Siemens no tiene incidencia alguna al respecto.

40. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado que, independientemente de la naturaleza del procedimiento de que disponga al efecto con arreglo al Derecho nacional, el hecho de que un demandante pretenda recuperar gastos sobre la base de un derecho de crédito que deriva de un acto de poder público basta para que su acción se considere excluida del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas (véase, en este sentido, la sentencia de 16 diciembre 1980, Rüffer, 814/79, ap. 15).

41. Además, a diferencia del asunto que dio lugar a la sentencia de 11 abril 2013, Sapir y otros (C-645/11), que trataba de una acción de restitución del excedente pagado por error por una autoridad administrativa, el crédito controvertido en el litigio principal no se pagó a Siemens por error, sino que se originó en virtud de la ley aplicable al procedimiento administrativo objeto del litigio principal.

42. De ello resulta que una acción de restitución del pago indebido basada en el enriquecimiento sin causa como la que es objeto del litigio principal no está comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento nº 44/2001.

43. A la vista de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión prejudicial que una acción de restitución del pago indebido basada en el enriquecimiento sin causa, como la controvertida en el litigio principal, que tiene su origen en la devolución de una multa impuesta en el marco de un procedimiento en materia de Derecho de la competencia, no está comprendida en la “materia civil y mercantil” en el sentido del art. 1 del Reglamento nº 44/2001.

[...]

[SIEMENS AKTIENGESELLSCHAFT ÖSTERREICH]

CLÁUSULA DE JURISDICCIÓN EN CONOCIMIENTO DE EMBARQUE: EXTENSIÓN A LA ASEGURADORA

2017/10.— Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid Auto de 13 septiembre 2016. Ponente: Francisco Javier Vaquer Martín. JUR 2016/209381.

Competencia judicial internacional.— Transporte internacional de mercancías por vía marítima en régimen de conocimiento de embarque.— Cláusulas generales.— Sometimiento a los Tribunales de Londres.— Alegada sumisión tácita a los tribunales españoles por admisión de reclamaciones extra-judiciales.— Extensión de la cláusula a la aseguradora.— Declinatoria.

Normas aplicadas: Art. 23 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 25 Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis); art. 22.bis LOPJ; art. 43 LCS.

PRIMERO. Posición de las partes:

A.— *La cuestión a resolver en la presente declinatoria viene determinada por el alcance de la cláusula de sumisión expresa [—a favor de los Tribunales de Londres—] contenida como condición general de la contratación en el conocimiento de embarque [doc. n° 3 de la declinatoria] formalizado entre la mercantil E. Guillem, S.L. [asegurada de la demandante Zurich] y la demandada Maersk Line; sosteniendo la demandante que dicha cláusula resulta nula por no consentida y por resultar ilegible e incomprensible al estar redactada en inglés, así como que existe una sumisión tácita de la demandada a favor de los tribunales españoles al haber admitido y tramitado reclamaciones extrajudiciales previas.*

B.— *Frente a ello afirma la demandada que dicha cláusula es conocida por la actora, ampliamente utilizada en éste y en otros conocimientos de embarque, habiendo sido asumida válidamente, encontrándose amparada por el art. 23 Reglamento CE n° 44/2001, de Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; recogido actualmente en el art. 25 Reglamento (UE) n° 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*

SEGUNDO. Cláusula de sumisión expresa a favor de determinados juzgados y tribunales nacionales.

A.— *Tanto el art. 23 Reglamento (CE) n° 44/2001 como el art. 25 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 admiten la validez y eficacia [—luego se analizará el alcance de la misma respecto de terceros no contratantes—] del pacto o acuerdo contractual en virtud del cual se somete a determinados tribunales nacionales el conocimiento de los litigios ya surgidos como los que puedan surgir con posterioridad, en relación a una determinada relación jurídica.*

B.— *Es doctrina común que la validez de dicha sumisión precisa:*

(i) *de la presencia de acuerdo de voluntades, bien incorporado a la relación jurídica principal [—contrato de transporte marítimo, en nuestro caso—] o formalizado de modo separado; de tal modo que de surgir controversia sobre la validez del acuerdo y vinculación de las partes por error o vicio en el consentimiento al negar el demandante eficacia a la cláusula que atribuye competencia a los órganos de un Estado miembro, la competencia para conocer de dicha disputa sobre el consentimiento corresponde a dicho Estado miembro, aplicando su normativa nacional [—en nuestro caso, los tribunales de Londres—];*

(ii) *la presencia de un litigio ya surgido o que pueda surgir con ocasión de determinada relación jurídica, evitando cláusulas genéricas o globales de atribución competencial;*

(iii) *que dicha relación litigiosa, ya surgida o que pueda surgir, presente bien elementos subjetivos, bien elementos objetivos o territoriales de carácter internacional, no siendo necesario que alguna de las partes esté domiciliada en el territorio de un Estado miembro, por lo que el art. 25 Reglamento (UE) n° 1215/2012 desplaza la aplicación del art. 22.bis LOPJ; y bastando que una de las partes cumpla esta exigencia [STJUE, de 17 noviembre 2011, asunto C-327/10, Hypoteczni Banka];*

(iv) *que dicho acuerdo de sumisión esté redactado por escrito, o que siendo verbal sea confirmado por escrito, resultando tal acuerdo independiente en su validez y eficacia del negocio principal al que acompaña o se une posteriormente; validez y eficacia del acuerdo de atribución competencial cuyo conocimiento corresponde al tribunal de dicho Estado miembro [—en nuestro caso, los tribunales de Londres—];*

(v) *que tratándose de pactos o acuerdos atributivos propios del comercio internacional, aquellos se adopten en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o puedan conocer, y que en dicho comercio sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo. [...]*

TERCERO. Examen de la cuestión.

A.— Haciendo aplicación de tal doctrina y presupuestos legales al presente supuesto resulta que en el mismo concurren los requisitos exigidos para su validez, en cuanto:

(i) aparece redactado por escrito y unido al negocio principal de transporte marítimo, siendo asumido expresamente por la asegurada de la actora; empresa dedicada profesionalmente desde hace años a la importación de productos de pescado congelado;

(ii) dicha cláusula de sumisión a los tribunales de Londres es habitual en el tráfico marítimo internacional de mercancías, siendo usada habitualmente tanto por la naviera demandada como por otras compañías de transporte marítimo;

(iii) que dicha cláusula de sumisión era conocida por la asegurada de la demandante al haber sido incluida en otros conocimientos de embarque previos, formalizados entre iguales partes;

(iv) porque tanto los elementos subjetivos como objetivos presentan elementos internacionales, por lo que la sumisión a un Estado miembro [cuestión distinta será tras la salida de Reino Unido de la Unión Europea] resulta admisible en base a aspectos internacionales del proceso [—transporte de pescado congelado desde la India hasta el puerto de Valencia en contenedor frigorífico a bordo del buque Maersk Memphis V, V/1504.

B.— No impide tal conclusión la alegada existencia de desconocimiento por el destinatario [asegurado de la demandante] del contenido de dicha cláusula, así como que esté redactada en letra de pequeño tamaño casi ilegible, pues tal como señala el AAP Madrid 28ª 21 diciembre 2012 “...”.

Añade la citada Resolución, dictada en igual cláusula de sumisión a favor de los Tribunales de Londres en transporte marítimo internacional, que “... A ello hemos de añadir que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 julio 2007, para que el uso al que se acomoda la forma de inclusión del acuerdo de elección del foro tenga virtualidad para atribuir validez y eficacia a éste es preciso que, desde luego, sea conocido o deba serlo por las partes en la relación jurídica concreta, pero, al tiempo, es necesario que sea ampliamente conocido por los operadores en el sector comercial considerado y regularmente observado por éstos, y no necesariamente por las partes de la relación jurídica, en los contratos del mismo tipo en dicho sector comercial. Señala la citada resolución que la expresión «sector comercial considerado» no puede ser interpretada en el sentido de atender al específico tráfico o a la concreta actividad que constituye el objeto de la relación jurídica litigiosa, sino que ha de estarse al género en donde se incluye ese específico tráfico o actividad. Así, basta con atender al ámbito del comercio, definido por la clase de relación jurídica y las circunstancias que la modalizan, en que se desarrolla la relación comercial internacional entre las partes, de manera que, si ésta se traduce en un contrato de transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, será éste, independientemente del objeto del transporte y del espacio geográfico en que se desenvuelva, el sector comercial afectado al que habrá de estarse para comprobar la regular observancia de la práctica que conforma el uso al que ha de ajustarse la forma de celebración del convenio atributivo de competencia, al no haber constancia de que el objeto del transporte o su ámbito geográfico caractericen singularmente la relación jurídica...”.

CUARTO. Extensión de efectos del acuerdo a terceros no contratantes vinculados contractualmente con éstos.

A.— Tampoco impide la eficacia y aplicación la cualidad de tercero de la aseguradora demandante respecto al acuerdo atributivo de la jurisdicción, señalando la STJUE 7 febrero 2013, asunto C-543/10, Refcomp, que para la válida extensión a terceros de un acuerdo atributivo de competencia es preciso:

(i) que sea válida entre los que la estipularon al inicio;

(ii) que en virtud del Derecho nacional señalado aplicable al negocio jurídico pro el sistema de derecho internacional privado del Estado del juez que conoce del asunto, el tercero se subrogue o suceda a una de las partes originarias en su derechos y obligaciones;

(iii) que, si esto último no ocurre, el juez compruebe que el tercero ha dado efectivamente su consentimiento efectivo a la cláusula de elección de fuero invocada contra él.

B.– Invocada por la actora la aplicación del Derecho interno nacional en materia de subrogación derivada del contrato de seguro (art. 43 LCS), procede estimar la válida extensión de efectos a la aseguradora que indemnizó a su asegurado subrogándose así en sus derechos y obligaciones.

Y todo ello sin perjuicio de que la demandante haga valer [–como antes se indicó–] los posibles vicios o defectos en el consentimiento, o la propia validez de la cláusula, ante los Tribunales del Estado miembro [–se entiende que en tanto lo sea–] cuya competencia niega.

[...]

LITISPENDENCIA INTERNACIONAL: RECURRIBILIDAD DEL AUTO DE SUSPENSIÓN

2017/11.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décima, Auto nº 323/2016 de 28 septiembre 2016. Ponente: José Manuel Arias Rodríguez. JUR 2016/249065.

Litispendencia internacional.– Procedimientos paralelos en España y en el Reino Unido.– Suspensión del procedimiento español en tanto el tribunal inglés no se pronuncie sobre su competencia.– Apelación contra el auto de suspensión.– Auto no susceptible de recurso.

Normas aplicadas: Art. 24 CE; arts. 25 y 31.2º Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis); arts. 66.1º, 393.5º LEC.

[...]

PRIMERO: Se recurre en apelación por la representación procesal de la entidad mercantil Codere SA el auto dictado el día 18/4/2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcobendas, en cuya virtud se acordó la suspensión del procedimiento originador hasta que el Tribunal inglés que conoce de la demanda formulada por la entidad apelada se pronuncie sobre su jurisdicción declarándose incompetente con arreglo al acuerdo de atribución de competencia incluido en la cláusula 9.1 del contrato celebrado entre las partes litigantes. Se insta la revocación de dicha resolución y su sustitución por otro desestimando la solicitud de suspensión y condenando en costas a las partes litigantes, exponiéndose la base impugnativa en el escrito de interposición del recurso de apelación, redactado conforme a lo dispuesto en el art. 458 LEC, asentado en dos motivos a través de los que se denuncia respectivamente la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva y la aplicación indebida del art. 25º del Reglamento de Bruselas I bis en relación con el art. 31.2º del mismo texto; motivos que delimitan el ámbito del enjuiciamiento de esta instancia, al igual que el motivo de inadmisión esgrimido por la parte apelada con apoyatura en el art. 393.5º LEC, al entender que no es susceptible de recurso de apelación el auto apelado.

Sentado lo anterior, es de poner de relieve que hemos de ocuparnos liminarmente del motivo de inadmisión propuesto por la representación procesal de Perella Weinberg Partners UK llp y de Perella Weinberg Partners Europe LP en el escrito de oposición al recurso, dado que, caso de concurrir dicho motivo de inadmisión se tornaría en causa de desestimación, según reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuya cita se hace ociosa por conocida. En el desarrollo integrador del reparo se aduce que el auto recurrido puso fin a una cuestión incidental de previo pronunciamiento, que no puso fin al proceso, sino que simplemente acordó su suspensión, habiendo de continuar el proceso en España tanto si los tribunales ingleses se declaran incompetentes como si se declaran competentes, bien para resolver en el primero de los casos la declinatoria interpuesta en su día por PWP y, en su caso, el fondo y, en el segundo de ellos, para dictar nueva resolución que ponga fin al proceso mediante la abstención a favor de los tribunales ingleses. Se redargüye por la parte apelante que de adverso se sugiere que debe realizarse una interpretación absolutamente literal y estrecha del art. 393.5º LEC, en cuya vir-

tud de la cual sólo sería apelables los autos que acuerden poner fin al proceso, con lo que se está queriendo decir que, aunque se estime una cuestión de previo pronunciamiento que impida la normal continuación del proceso, ésta estaría exenta de control y no sería susceptible de recurso de apelación, aún cuando de facto impida la prosecución del proceso y con ello la satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de una de las partes. Se adiciona, por una parte, que esa lectura del precepto es claramente contraria a su espíritu, ya que éste simplemente crea un régimen diferenciado de apelación dependiendo de si el auto que resuelve el incidente paraliza o no el proceso, pero no puede ser leído como una limitación a la posibilidad de apelar los autos que impiden la consecución del proceso y, por otra, que la cuestión es especialmente relevante si se tiene en cuenta el contenido de la resolución recurrida, la que resuelve la controversia sobre si concurre el supuesto de hecho previsto en el art. 31.2º Reglamento Bruselas I bis y, con ello, decide si la competencia para pronunciarse en primer lugar sobre su propia competencia judicial internacional corresponde a los tribunales especiales o a los ingleses, cuestión que, como todos los relatos a la competencia judicial internacional, afecta plenamente a la tutela judicial efectiva.

Dichos alegatos no pueden prosperar, en la medida en que se toman como premisas de la línea discursiva varias consideraciones que no pueden compartirse, habida cuenta que, por una parte, se orilla que la dicción del art. 393.5º LEC no plantea duda hermenéutica alguna y, por otra, no se ha afectado el derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto el tenor del ap. 5 del art. 393 del citado texto procesal es paladino en orden a que si la cuestión incidental planteada es de previo pronunciamiento, lo que resulta apodíctico en el supuesto enjuiciado, el auto que la resuelva será apelable si acordase poner fin al proceso, sin que quepa recurso alguno, si el auto decidiera su continuación. Como quiera que en el supuesto en litigio el auto recurrido no puso fin al proceso, es llano que sí concurre de forma palmaria el motivo de inadmisión argüido, con la consecuencia jurídica que se ha dejado expresada. No puede mantenerse con consistencia suasoria exégesis que no se atemperen a la letra y finalidad del precepto, el cual en absoluto hace parangonables los autos que impiden la continuación del proceso y los que las ponen fin, ya que sólo estos últimos justifican el distingo, conformando los que impiden su continuación un *tertium genus* no incardinable en el radio de acción del ap. 5 del art. 393 en términos de parificarlos con los que ponen fin al proceso, ya que ese efecto no se produce.

No puede tampoco argumentarse que no se produce control, caso de que se sustente una interpretación literal del precepto, en cuanto que el control se desplaza a un momento procesal ulterior, como tampoco que con ello se impide la satisfacción del derecho subjetivo público a la tutela judicial efectiva, pues que, abstracción hecha de si la cuestión relativa a la competencia judicial internacional puede afectar en alguna hipótesis al derecho entronizado en el art. 24.1º LEC la suspensión no cierra el acceso en el *casus datus* al procedimiento, no impide un pronunciamiento sobre el fondo de los derechos e intereses legítimos sometidos a la tutela de los Tribunales, (*ratio decidendi* de la STC nº 61/2000, de 13 marzo 2000, invocada por la parte apelante, dado que en la misma se contempló un supuesto diametralmente distinto del que nos ocupa, además desvinculado del Derecho de la Unión), en absoluto ni existe un pronunciamiento del órgano judicial a quo resolviendo la declinatoria de jurisdicción propuesta por la parte demandada siendo el auto que así lo declare susceptible de apelación (art. 66.1º LEC, precisamente por poner término al proceso, lo que es ontológicamente distinto de la suspensión acordada con acomodo en el art. 31.2º Reglamento 1215/2012. Ciertamente ello podría incidir en una inobservancia del art. 24.2º del texto constitucional, caso de que los tribunales ingleses dilatasen su resolución, pero no parece ser ese el escenario conjeturable, a la vista de las manifestaciones vertidas al efecto por las partes procesales en sus escritos de interposición del recurso y oposición al mismo. Tampoco entendemos que sea dable hablar de que los fines del Reglamento se verían doblemente mermados en España, pues que, caso de que se haya incidido en un fraude procesal, ello habrá de ser examinado por los Tribunales ingleses ante los que se invocará tal *fraus*, sin que ello autorice a los órganos judiciales nacionales para arrogarse facultades que no tiene atribuidos por la normativa nacional o como jueces de la Unión Europea y prescindir del cauce adjetivo delineado legalmente para hacer efectivos los derechos conferidos por el Derecho de la Unión, como hemos declarado reiteradamente (*ad ex.*, a la hora de acceder a la suspensión de un

procedimiento de ejecución hipotecaria impetrada en un procedimiento ordinario). Estamos, cual es obvio, ante un supuesto de operatividad del principio de autonomía institucional, particularmente en su vertiente procesal con todo lo que ello apareja, siendo irrefutable que todas las cuestiones de previo pronunciamiento se canalizan de la misma forma en virtud de la regulación legal, sean presididas o no por el Derecho de la Unión Europea, con lo que el principio de equivalencia siempre se vería respetado, sin que sea necesario descuidar si se observa el de efectividad, lo que ni siquiera se menciona. La problemática de si se ha incurrido en ese fraude del Reglamento nº 1215/2015 no puede ser examinado en esta resolución por vedarlo así el art. 393.5º LEC; razonamientos que comportan la quiebra del recurso, sin necesidad de motivación complementaria por la claridad meridiana de la materia litigiosa.

[...]

COMPETENCIA DE UN TRIBUNAL DESIGNADO EN MATERIA DE RECONVENCIÓN EN LA CUAL SE SOLICITA, SOBRE LA BASE DE UN ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, EL REEMBOLSO DE UNA CANTIDAD CORRESPONDIENTE AL IMPORTE PACTADO EN UN ACUERDO EXTRAJUDICIAL

2017/12.— Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 12 octubre 2016. Asunto C-185/15. Ponente: M. Safjan.

Cooperación judicial en materia civil.— Reglamento (CE) nº 44/2001.— Art. 6, punto 3.— Concepto de “reconvencción”.— Pretensión basada en un enriquecimiento sin causa.— Pago de un importe debido en virtud de una resolución judicial anulada.— Ámbito de aplicación temporal.

Normas aplicadas: Art. 5, punto 1, 6, punto 3, y 15, ap. 1 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

31. Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente solicita, en esencia, que se dilucide si el art. 6, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el tribunal designado en dicha disposición en materia de reconvencción es competente para conocer de una reconvencción mediante la cual se solicita, sobre la base de un enriquecimiento sin causa, el reembolso de una cantidad correspondiente al importe pactado en un acuerdo extrajudicial, cuando dicha reconvencción se formule en el contexto de un nuevo procedimiento judicial entre las mismas partes iniciado a raíz de la anulación de la resolución judicial dictada en el procedimiento inicial entre dichas partes y cuya ejecución había dado lugar al mencionado acuerdo extrajudicial.

[...]

34. En circunstancias como las del asunto principal, la pretensión de reembolso del pago efectuado en ejecución de la resolución judicial inicial, antes de que fuera anulada, constituye una pretensión autónoma del arrendatario del arriendo financiero, que tiene por objeto una condena distinta: que el arrendador devuelva lo que se le ha entregado indebidamente. Tal pretensión no constituye en consecuencia un mero medio de defensa contra la pretensión de pago de la parte contraria.

35. Por otro lado, el art. 6, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 exige, además, que la reconvencción derive “del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial”.

36. Como indicó el Abogado General en el punto 43 de sus conclusiones, el mencionado concepto debe interpretarse de modo autónomo, teniendo en cuenta los objetivos del Reglamento nº 44/2001.

37. A este respecto, debe señalarse que el foro especial en materia de reconvencción permite a las partes, en interés de una buena administración de la justicia, que se resuelva en el mismo procedimiento y ante el mismo juez acerca de todas sus pretensiones recíprocas que tienen un origen común. De este modo, se evitan múltiples y superfluos procedimientos.

38. En circunstancias como las del asunto principal, debe considerarse que la pretensión de reembolso formulada en la reconvención y basada en un enriquecimiento sin causa se deriva del contrato de arrendamiento financiero que originó la demanda inicial del arrendador. En efecto, el supuesto enriquecimiento por importe de la cantidad abonada en ejecución de la sentencia anulada posteriormente no se habría producido sin dicho contrato.

39. Por tanto, procede estimar que, en tales circunstancias, una pretensión de reembolso formulada en una reconvención y basada en un enriquecimiento sin causa deriva, conforme al art. 6, punto 3, del Reglamento nº 44/2001, del contrato de arrendamiento financiero celebrado entre las partes del asunto principal.

40. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 6, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el tribunal designado en dicha disposición en materia de reconvención es competente para conocer de una reconvención mediante la cual se solicita, sobre la base de un enriquecimiento sin causa, el reembolso de una cantidad correspondiente al importe pactado en un acuerdo extrajudicial, cuando dicha reconvención se formule en el contexto de un nuevo procedimiento judicial entre las mismas partes iniciado a raíz de la anulación de la resolución judicial dictada en el procedimiento inicial entre dichas partes y cuya ejecución había dado lugar al mencionado acuerdo extrajudicial.

[...]

[KOSTANJEVEC]

**COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA PARA EJECUTAR UNA
SENTENCIA DICITADA POR ÓRGANO JUDICIAL ESPAÑOL CONTRA DEMANDADO
DOMICILIADO EN FRANCIA**

2017/13.— Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Auto nº 668 de 26 octubre 2016.
Ponente: Ana Delia Muñoz Jiménez. Roj: AAP V 260/2016 – ECLI: ES:APV:2016:260A Id Cendoj: 46250370102016200011.

Ejecución forzosa en procesos de familia.— Sentencia dictada por un órgano judicial español.— Declaración de falta de competencia internacional del Juzgado para conocer de la demanda de ejecución.— Reglamentos 44/2001 y 2201/2003.— Apelación.— Estimación.

Normas aplicadas: Art. 29.2º Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

[...]

Se recurre en apelación por el demandante en ejecución el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Valencia en el que la Juzgadora había dispuesto que se abstenía de conocer y declaraba la falta de competencia internacional para conocer de la demanda de ejecución que se había formulado por la representación de D. Jenaro, remitiendo al mismo al ejercicio de la acción ante los Tribunales Franceses que correspondían al domicilio de la demandada Dª Encarnación, si le convenía. Tal resolución se había dictado con aplicación del Reglamento 44/2001 (Convenio de Bruselas) que regula la ejecución de títulos judiciales en el ámbito de la unión europea así como el Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos de la Unión Europea, considerando que la competencia venía determinada por el domicilio de la demandada. Para resolver el recurso de apelación ha de partirse de que el procedimiento versa sobre ejecución de sentencia nº 720– 12 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Valencia en fecha 27 noviembre 2012, en procedimiento de medidas respecto a hijo común de los litigantes, en la que se había dispuesto la custodia paterna sobre el

hijo (residiendo padre e hijo en Valencia) y un régimen de visitas para la progenitora (que reside en Montelimar, Francia) con patria potestad compartida y la obligación de la progenitora de abonar una pensión de alimentos de 200 € mensuales. El recurrente alega que, a pesar de citarlo y basarse en él la resolución recurrida, no se había tenido en cuenta que el art. 39.2º del Reglamento CE nº 44/2001 del Consejo disponía que el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil se determinaría por el domicilio de la parte contra la que se solicitare la ejecución o por el lugar de ejecución, debiendo considerarse que Valencia era el lugar de ejecución. El Ministerio Fiscal interesa la confirmación del auto apelado. Ha de decirse que, si bien en la demanda se instó ejecución por pensión de alimentos y sobre visitas (alegando el incumplimiento por la progenitora del régimen establecido, sobre todo con relación a las fechas de devolución del hijo, por retrasos de la progenitora), tras providencia de 18 febrero 2016 se dispuso que el demandante optase por una o por otro, lo que determinó que se presentase escrito por el solicitante en el que optó por continuar el procedimiento con referencia al régimen de visitas, indicando que plantearía la reclamación de alimentos en otra demanda posterior. Por ello quedó limitada la reclamación de ejecución al régimen de visitas. La determinación de la competencia ha de hacerse conforme a lo dispuesto en el Reglamento comunitario 2201/2003, de 27 de noviembre, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (“Bruselas II bis”). En este sentido, en el art. 1.b) se dispone que está dentro de su ámbito de aplicación la atribución, ejercicio, delegación, restricción y finalización de la responsabilidad parental y en el nº 2 se dice que la responsabilidad parental comprende el derecho de custodia y el derecho de visita, en particular el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado. En el capítulo III del Reglamento, relativo a reconocimiento y ejecución, el art. 29.2 dispone que la competencia se determina por el lugar de residencia de la persona contra la que se solicita la ejecución o por el lugar de residencia habitual del menor o, en su defecto, del lugar de ejecución. Por tanto, no siendo fueros excluyente el lugar de residencia de la demandada y el de la residencia habitual del menor ante el que se planteó la demanda, sin ser objeto de cuestión que el menor tiene su residencia habitual en Valencia, donde convive con el progenitor custodio, ha de estimarse que el Juzgado tenía competencia para la ejecución de la sentencia que se solicitó y por ello debe ser estimado el recurso de apelación, dejando sin efecto lo dispuesto en el auto recurrido. Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación.

**INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA AL DETERMINAR EL
CONTRATO QUE EL LUGAR DE ENTREGA DE LA MERCANCÍA ES EL PUERTO DE
ORIGEN QUE NO PERTENECE A NINGÚN PAÍS MIEMBRO DE LA UE**

2017/14.— Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Sexta, Sentencia nº 324/2016, de 10 noviembre 2016. Ponente: Ángel Manuel Pantín Reigada. JUR 2016\275942.

Competencia judicial internacional.— Transporte internacional de mercancías.— Incoterm CFR (cost and freight).— Puerto de carga en tercer Estado.— Demandado domiciliado en Francia.— Apreciación de la competencia judicial internacional: art. 7 Reglamento 1215/2012.— Competencia territorial.

Normas aplicadas: Arts. 4, 5, 7, 26, 27 y 28 Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis); arts. 38, 39, 50.2º y 56.2º LEC.

PRIMERO: A.— Plantea la parte vendedora demandada, con domicilio social en Francia, la falta de competencia internacional del Juzgado de Ribeira al ser aplicable el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que determinaría la aplicación del criterio general en materia de competencia contenido en los arts. 4 y 5 según los cuáles las

personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas específicamente en el Reglamento.

Debe indicarse que en el recurso se hace una somera alusión a supuestos defectos del emplazamiento, pero tal alegación no va acompañada de peticiones anulatorias que se funden en los mismos por lo que no se pide, en definitiva, una respuesta judicial a aquéllos.

Desde una perspectiva procesal ha de destacarse que la impugnación de la competencia se ha alegado por la parte demandada en el recurso de apelación, después de haberse tramitado la primera instancia en rebeldía, sin que por lo tanto se formulara la declinatoria prevista en el art. 39 LEC para denunciar la falta de competencia internacional; y que en el recurso de apelación se han formulado también alegaciones relativas al fondo del asunto.

B.— Esta actuación de la parte demandada no puede impedir el examen de la competencia en esta segunda instancia. Ello no se ha de fundamentar propiamente en el deber de oficio de apreciar la competencia internacional que establece la normativa procesal española (art. 38 LEC), sino en el principio de primacía de la normativa de la Unión Europea y en el carácter de norma obligatoria y directamente aplicable del Reglamento. [...]

SEGUNDO: A) El art. 7 del Reglamento establece que “una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro:

1) a) en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda;

b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

— cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías (...)

c) cuando la letra b) no sea aplicable, se aplicará la letra a)”

El contrato, respecto del cual se aporta la factura (...), establece como condiciones “CFR Vigo (Spain)”, constando que la mercancía fue cargada en un barco en Ghana y trasladada a Vigo, donde la autoridad española no autorizó su importación.

No se discute por las partes que, como se deriva de la definición normativa que el ap. b) del artículo establece como lugar de cumplimiento de la obligación, es el lugar de entrega de la mercancía el criterio que permitiría la eventual existencia de un fuero electivo para el demandante. La parte apelante postula que el incoterm CFR (cost and freight, coste y flete) integrado en el contenido contractual determina, conforme a su significado propio, que la entrega se ha de reputar producida en el puerto de origen, en Ghana, donde el riesgo se transfiere al comprador en el momento que la mercancía se encuentra cargada en el buque. La parte demandante, a su vez, postula que la entrega real se debería haber producido en España, al ser Vigo el puerto de destino de la mercancía adquirida como consta en la misma cláusula.

B) La aplicación del Reglamento determina que deban aceptarse las tesis de la parte demandada.

Ha de atenderse a la doctrina que la recurrente invoca, establecida en la STJUE 9 junio 2011 (Elektrosteel / Edil Centro), que para el Reglamento 44/2001 —no variado al efecto en el actualmente vigente— y en un supuesto de venta por correspondencia pero con una razón decisoria plenamente aplicable al caso presente, decide que “el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato”; que “a fin de comprobar si el lugar de entrega está determinado «según el contrato», el órgano jurisdiccional nacional que conozca del asunto debe tener en cuenta todos los términos y todas las cláusulas pertinentes de dicho contrato que designen de manera clara dicho lugar, incluidos los términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los Incoterms (international commercial terms) elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, en su versión publicada en 2000” (en el caso estarían vigentes la versión de 2010, pero ello en nada afecta al criterio aplicable); y que “si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de

la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa”.

Se sientan pues como criterios para determinar el lugar de entrega, primero, situar como objeto de examen el propio contrato, sin acudir a la ley nacional aplicable como se había estimado en otra época anterior (STJCE 6 octubre 1976 ó 15 enero 1987); tener en cuenta a tal efecto las cláusulas integrantes del contrato consistentes en usos mercantiles (Incoterms entre ellos) que puedan designar tal lugar; y, en caso de imposibilidad de establecer tal lugar, acudir al destino final de la mercancía como lugar en que se produce efectivamente la entrega al comprador, criterio éste que fue el establecido en la STJUE 25 febrero 2010, sentencia “Car Trim”, expresamente invocada como fuente en la STJUE 9 junio 2011, que también para un supuesto de venta por correspondencia y también “si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato”, considera como más adecuada la hipótesis de entender como lugar de entrega el de la entrega material de la mercancía al comprador, que la entrega de la mercancía al primer transportista para su transmisión al comprador.

Es decir, que el criterio principal es el de acudir al contenido contractual, incluidos los incoterms a los que las partes se hayan sometido, y el subsidiario en caso de imposibilidad de fijación del lugar de entrega con tal base, el de entrega material de la mercancía al comprador.

C) Como señala la sentencia nº 282/2014 de 24 julio Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) “las reglas Incoterms (acrónimo del inglés internacional commercial terms, o ‘términos internacionales de comercio’) son fórmulas que tienen por objeto concretar las condiciones de entrega de las mercancías entre la parte compradora y la parte vendedora en los contratos de compraventa internacional. Mediante estos criterios, que son de aceptación voluntaria entre las partes y que se usan en la práctica habitual del transporte internacional de mercancías para concretar los costes de las operaciones comerciales internacionales, se distribuyen los gastos y se delimitan las responsabilidades y los riesgos de la operación entre el comprador y el vendedor.

Así pues, los Incoterms regulan los cuatro aspectos básicos del contrato de compraventa internacional: la entrega de mercancías, la transmisión de riesgos, la distribución de gastos y los trámites de documentos aduaneros”.

En el caso presente –al igual que se entiende en la STJUE 9 junio 2011 respecto del Incoterm Ex Works– el Incoterm CFR, en la versión 2010, tiene como uno de sus contenidos el delimitar la entrega, que se entiende realizada por el vendedor poniendo la mercancía a bordo del buque, mientras que respecto del comprador la recepción en el lugar de destino se realiza del porteador, no del vendedor, cuya responsabilidad por los riesgos concluye cuando la mercancía está en el puerto de salida a bordo del buque.

En consecuencia, el lugar de entrega según el contenido contractual no es el puerto de destino, ni el establecimiento del comprador, sino el puerto de origen, que al no pertenecer a ningún país miembro hace que no exista un fuero alternativo al general del domicilio del demandado.

D) En todo caso, también asiste la razón a la parte apelante en cuanto, aún de admitirse el planteamiento de la parte demandante y deber atenderse al lugar de destino de la mercancía, éste –según el contrato– sería el puerto de Vigo, que no pertenece al partido judicial ante el cual se planteó la demanda –el del domicilio del demandante–. Establece la norma, con nitidez, que el fuero electivo se sitúa en el órgano jurisdiccional del lugar del Estado miembro donde se produce la entrega, no en el órgano jurisdiccional que determine la legislación del Estado miembro donde se produce la entrega, lo que es coherente con que estas competencias especiales se establezcan “en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión” (15) y “a causa de la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia. La existencia de una estrecha conexión debe garantizar la seguridad jurídica y evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente” (16).

[...] Por ello, y también desde esta perspectiva, que prima frente a la regla interna del art. 50.2º LEC, el Juzgado de Ribeira carecería de competencia internacional para la tramitación del proceso.

COMPETENCIAS ESPECIALES EN MATERIA CONTRACTUAL: ACCIÓN PARA LA ANULACIÓN DE UN ACTO DE DONACIÓN DE UN INMUEBLE Y LA CANCELACIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN DE UN DERECHO DE PROPIEDAD

2017/15.— Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 16 noviembre 2016. Asunto C-417/15. Ponente: C. Toader.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.— Reglamento (UE) n° 1215/2012.— Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.— Ámbito de aplicación.— Art. 24, punto 1, párrafo primero.— Competencias exclusivas en materia de derechos reales inmobiliarios — Art. 7, punto 1, letra a.— Competencias especiales en materia contractual.— Acción para la anulación de un acto de donación de un inmueble y la cancelación en el registro de la propiedad de la inscripción de un derecho de propiedad.

Normas aplicadas: Art. 24, punto 1, párrafo primero Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis).

[...]

23. *Con su cuestión, el tribunal remitente pregunta en sustancia si el art. 24, punto 1, párrafo primero, del Reglamento n° 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que una acción para la anulación de un acto de donación de un inmueble por incapacidad del donante para otorgarlo y para la cancelación en el registro de la propiedad de los asientos relativos al derecho de propiedad del donatario constituye una acción “en materia de derechos reales inmobiliarios”, prevista en esa disposición.*

[...]

36. *Como la Abogado General ha manifestado en el punto 40 de sus conclusiones, el hecho de que el acto cuya nulidad se solicita tenga relación con un bien inmueble no influye en la apreciación de su validez ya que la naturaleza inmobiliaria del objeto material del acto sólo tiene en ese contexto una importancia incidental (véase, por analogía, la sentencia de 18 mayo 2006, ČEZ, C-343/04, ap. 34).*

37. *También hay que añadir que esa interpretación no perjudica la exigencia de la buena administración de justicia, que según resulta del ap. 29 de esta sentencia, sustenta el art. 24, punto 1, del Reglamento n° 1215/2012, dado que, al resolver sobre la pretensión de anulación de un acto de donación por incapacidad para otorgarlo, el juez que conoce de la demanda no tiene que llevar a cabo verificaciones estrictamente ligadas al inmueble afectado que pudieran justificar la aplicación de la regla de competencia exclusiva establecida en ese artículo.*

38. *No obstante, como la Abogado General ha expuesto en el punto 50 de sus conclusiones, y el Gobierno checo ha señalado en sus observaciones escritas, el tribunal remitente puede fundamentar la competencia para conocer de la pretensión de anulación del acto de donación de un bien inmueble en el art. 7, punto 1, letra a), del Reglamento n° 1215/2012.*

39. *En efecto, a tenor de esa disposición, los litigios en materia contractual pueden ser enjuiciados por el tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación que sirva de base a la demanda, que es la obligación correspondiente al derecho contractual en el que se fundamenta la acción del demandante (véase, en ese sentido, la sentencia de 6 octubre 1976, De Bloos, 14/76, aps. 10 a 13). En el presente asunto, la acción en el litigio principal se basa en la supuesta nulidad de la obligación contractual consistente en la transmisión de la propiedad del inmueble, la cual, suponiendo que el contrato fuera válido, debía ser, y fue ejecutada en un primer momento en Austria (véase, en ese sentido, la sentencia de 6 octubre 1976, De Bloos, 14/76, ap. 14).*

40. En segundo término, la pretensión de cancelación en el registro de la propiedad del derecho de propiedad de la donataria se basa en la nulidad de la transmisión de propiedad y, por tanto, en un derecho real sobre el inmueble afectado que invoca el demandante en el litigio principal.

41. Esa pretensión, tendente a la protección de las prerrogativas derivadas de un derecho real, corresponde a la competencia exclusiva del tribunal del Estado miembro donde se halla el inmueble, en virtud del art. 24, punto 1, párrafo primero, del Reglamento nº 1215/2012.

42. Afirmada esa competencia exclusiva del tribunal del Estado miembro donde se halla el inmueble para conocer de la pretensión de cancelación en el registro de la propiedad del derecho de propiedad de la donataria, y según ha expuesto la Abogado General en los puntos 51 a 58 de sus conclusiones, ese mismo tribunal tiene también competencia jurisdiccional fundada en la conexión, en virtud del art. 8, ap. 4, del Reglamento nº 1215/2012, para conocer de la pretensión de anulación del acto de donación del inmueble, puesto que esas dos pretensiones se formulan contra un mismo demandado y pueden ser acumuladas por tanto, como se deduce de los datos obrantes en los autos ante el Tribunal de Justicia.

43. Por todas las consideraciones precedentes, se ha de responder a la cuestión planteada como sigue:

– Las disposiciones del Reglamento nº 1215/2012 deben interpretarse en el sentido de que una acción de anulación de un acto de donación de un inmueble por incapacidad para otorgarlo del donante no corresponde a la competencia exclusiva del tribunal del Estado miembro en el que se halla el inmueble, prevista en el art. 24, punto 1, de ese Reglamento, sino a la competencia especial prevista en el art. 7, punto 1, letra a), del mismo Reglamento.

– Una acción para la cancelación en el registro de la propiedad de los asientos relativos al derecho de propiedad del donatario corresponde a la competencia exclusiva prevista en el art. 24, punto 1, del Reglamento nº 1215/2012.

[SCHMIDT]

Obs.: Vid. S. Álvarez González, “Extensión de la competencia judicial internacional en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles (y en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos) (STJUE de 16 de noviembre 2016, asunto, C-417/15: Wolfgang Schmidt y Christiane Schmidt)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 46, marzo 2017.

COMPETENCIA JUDICIAL PARA CONOCER DE UNA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE VENDER FUERA DE UNA RED DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA

2017/16.— Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 21 diciembre 2016. Asunto C-618/15. Ponente: M. Safjan.

Cooperación judicial en materia civil.— Reglamento (CE) nº 44/2001.— Competencia judicial.— Materia delictual o cuasidelictual.— Red de distribución selectiva.— Reventa fuera de una red en Internet.— Acción de cesación de la perturbación ilícita.— Elemento de conexión.

Normas aplicadas: Art. 5, punto 3 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

24. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, cómo debe interpretarse el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 a los efectos de atribuir la competencia

judicial conferida por dicha disposición para conocer de una acción de responsabilidad por el incumplimiento de la prohibición de vender fuera de una red de distribución selectiva que supone la oferta, en sitios web que operan en diferentes Estados miembros, de productos objeto de esa red.

[...]

32. En el presente asunto, por una parte, el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conoce del asunto sanciona el incumplimiento de la prohibición de reventa fuera de la red, de modo que existe una conexión natural entre dicho órgano jurisdiccional y el litigio principal que justifica la atribución de la competencia a ese tribunal.

33. Por otra parte, el daño que se invoca se materializa en el territorio de dicho Estado miembro. En efecto, en caso de incumplimiento, a través de un sitio web, de las condiciones de una red de distribución selectiva, el daño que un distribuidor puede invocar es la reducción del volumen de sus ventas como consecuencia de las realizadas incumpliendo las condiciones de la red, así como la pérdida de ingresos que de ello se derive.

34. A este respecto, carece de pertinencia el hecho de que los sitios web en los que aparece la oferta de productos objeto del derecho de distribución selectiva operen en otros Estados miembros distintos al del órgano jurisdiccional que conoce del asunto, siempre que los hechos cometidos en esos Estados miembros hayan producido o puedan producir el daño que se invoca en la circunscripción territorial del tribunal que conoce del asunto, extremo que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente (véase en este sentido la sentencia de 5 junio 2014, *Coty Germany*, C-360/12, *aps*, 57 y 58).

35. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse, a los efectos de atribuir la competencia judicial conferida por dicha disposición para conocer de una acción de responsabilidad por el incumplimiento de la prohibición de vender fuera de una red de distribución selectiva que supone la oferta, en sitios web que operan en diferentes Estados miembros, de productos objeto de dicha red, en el sentido de que debe considerarse que el lugar donde se ha producido el daño es el territorio del Estado miembro que protege dicha prohibición de venta mediante la acción en cuestión, territorio en el cual el demandante afirma haber sufrido una reducción de sus ventas.

[...]

[CONCURRENCE]

Obs.: Vid. J. Suquet Capdevila, “El lugar del hecho dañoso en Internet: criterios de atribución de competencia judicial internacional (STJUE de 21 de diciembre 2016, asunto C-618/15: *Concurrence SARL v Samsung Electronics France SAS y Amazon Services Europe Sàrl*)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 47, abril 2017.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL POR CONEXIDAD EN LOS LITIGIOS SOBRE DIBUJOS Y MODELOS COMUNITARIOS

2017/17.— Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencia nº 1/2017 de 10 enero 2017. Ponente: Rafael Saraza Jimena. Roj: STS 24/2017 – ECLI: ES:TS:2017:24 Id Cendoj: 28079110012017100008.

Competencia judicial internacional.— Infracción de modelos comunitarios registrados.— Foro de la pluralidad de demandados: art. 6.1º Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.— Reglamento (CE) nº 207/2009, del Consejo, de 26 febrero 2009, sobre la marca de la Unión Europea.— Codemandados con domicilios en España y en Italia.— Allanamiento del demandado domiciliado en España.— Procedimientos en Italia entre el demandante y uno de los codemandados en relación con otros modelos similares.— “Cláusula de reparación”.— *Forum shopping*.

Normas aplicadas: Arts. 5.3º y 6.º1 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; arts. 1.3, 19, 79, 81, 82, 110 del Reglamento 6/2002, del Consejo, de 12 diciembre 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios; arts. 94 y siguientes del Reglamento (CE) nº 207/2009, del Consejo, de 26 febrero 2009, sobre la marca de la Unión Europea.

PRIMERO: Antecedentes del caso

1.— *Para entender mejor las cuestiones objeto de este recurso es conveniente resumir los antecedentes del caso. Bayerische Motoren Werke AG (en lo sucesivo, BMW) interpuso ante los Juzgados Mercantiles de Alicante, en tanto que tribunales de dibujos y modelos comunitarios, una demanda contra Acacia S.R.L. (en lo sucesivo, Acacia), que es un fabricante italiano de llantas de réplica y uno de los mayores proveedores de tales llantas en toda la Unión Europea. Acacia fabrica unos modelos de llantas cuya impresión general no difiere de las de varios modelos industriales registrados por BMW. La demanda también se dirigió contra Autohaus Motorsport S.L. (en lo sucesivo, Autohaus), que es un taller de automóviles español, con el que Acacia no mantiene relaciones societarias ni comerciales directas, pero ofrece en venta esos modelos de llantas fabricadas por Acacia. En la demanda se acumulaban las acciones ejercitadas frente a Acacia y Autohaus. En su demanda, BMW solicitó que se declarara la existencia de la vulneración de sus modelos comunitarios registrados por el ofrecimiento, la promoción, la comercialización y la posesión con esos fines de las llantas protegidas por una serie de modelos industriales comunitarios registrados por BMW, y que se condenara a las demandadas a cesar en el ámbito de la UE de cualquier acto de comercio de esas llantas, y a destruir las que tuvieran en su poder.*

La demandante fundaba la competencia judicial internacional de los tribunales españoles de dibujos y modelos comunitarios en el foro de conexión del art. 6.1º del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, Reglamento 44/2001), al tener Autohaus su domicilio en España y estar vinculados los demandados entre sí por una relación tan estrecha que resultaba oportuno tramitar y juzgar las acciones ejercitadas contra ambos al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente.

2.— *Acacia formuló una declinatoria por falta de competencia internacional, por considerar que la conducta de BMW era constitutiva de forum shopping, pues pretendía eludir el tribunal de Nápoles, que había fallado en un asunto en que se discutía la misma cuestión en un sentido desfavorable para BMW y favorable a Acacia, y que resultaba competente para conocer de la acción ejercitada contra el fabricante y proveedor de las llantas por ser el del domicilio de dicho fabricante, Acacia. El Juzgado Mercantil desestimó la declinatoria, pues consideró que existía la conexidad entre las acciones ejercitadas contra uno y otro demandado que exige el art. 6.1º del Reglamento 44/2001 y no había motivos que permitieran afirmar que la acumulación de acciones tuviera por finalidad alterar el juez natural de la sociedad italiana.*

3.— *Autohaus se allanó a la demanda, por lo que el proceso continuó exclusivamente contra la sociedad italiana, Acacia, que contestó a la demanda. Negó haber suministrado llantas a Autohaus. No negó que las llantas que fabricaba causaran la misma impresión general que los modelos comunitarios registrados por BMW. Pero invocó la cláusula must-much o de reparación del art. 110 del Reglamento 6/2002, conforme a la cual “no existirá protección como dibujo o modelo comunitario respecto del dibujo o modelo que constituya un componente de un producto complejo utilizado en el sentido del ap. 1 del art. 19 con objeto de permitir la reparación de dicho producto complejo para devolverle su apariencia inicial”, que sería aplicable porque sus llantas son piezas de recambio que permiten la reparación de un producto complejo, el automóvil.*

4.— *El Juzgado Mercantil estimó la demanda, porque existía una línea consolidada en la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante que declaraba que en el caso de las llantas no es aplicable la cláusula de reparación.*

5.— *En su recurso de apelación, Acacia planteó tanto cuestiones de fondo como la relativa a la falta de competencia internacional por incorrecta aplicación del art. 6.1º del Reglamento 44/2001.*

6.— La Audiencia Provincial revocó la decisión del Juzgado Mercantil relativa a la competencia judicial internacional. Constató la existencia de varias resoluciones dictadas por ese tribunal en procedimientos instados por BMW en que se le había dado la razón en asuntos de llantas de réplica, de la misma naturaleza que este caso, pues se había negado la aplicación de la excepción prevista en el art. 110 del Reglamento 6/2002. Constató también que BMW había demandado a Acacia ante el tribunal del domicilio de esta, el de Nápoles, para que se declarara la vulneración de sus modelos industriales por la comercialización de llantas de réplica con diseños registrados por BMW, distintos de los aquí cuestionados. El tribunal italiano había desestimado la demanda porque aplicó la cláusula de reparación, al considerar que las llantas fabricadas y comercializadas por Acacia no constituyen accesorios sino piezas de repuesto. A la vista de estas circunstancias, e invocando la sentencia del TJUE del caso Painer, la Audiencia Provincial consideró que no existía coincidencia entre la situación de hecho y de derecho de ambas acciones, y que el art. 6.1º Reglamento 44/2001 no podía aplicarse de manera que permitiera al demandante formular una demanda dirigida contra varios demandados con la única finalidad de que uno de ellos se sustraiga a la competencia de los tribunales del Estado donde se encuentra su domicilio, por lo que la actuación de BMW al intentar arrastrar a Acacia a un tribunal español favorable a la tesis de BMW, mediante la acumulación de la acción ejercitada contra Acacia a una acción ejercitada contra un taller español que vendía estas llantas, era constitutiva de forum shopping y vulneraba el principio de previsibilidad que inspira la regulación de la competencia judicial internacional del Reglamento.

7.— BMW ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, que se compone de cinco motivos, y recurso de casación, con dos motivos, todos los cuales han sido admitidos. Recurso extraordinario por infracción procesal.

[...]

SÉPTIMO.— Decisión de la sala. Inexistencia de las infracciones alegadas.

1.— La disconformidad de la recurrente con la resolución recurrida no la convierte en arbitraria. Si la recurrente considera que la Audiencia Provincial infringe algún precepto legal aplicable para resolver el recurso, ha de plantearlo en el recurso de casación, y si considera que incurre en alguno de los defectos procesales previstos en los distintos apartados del art. 469.1º LEC, ha de hacerlo en el recurso extraordinario por infracción procesal, como de hecho lo ha hecho. Recurrir a la imputación de arbitrariedad cuando no se está de acuerdo con una resolución judicial que está motivada en Derecho resulta injustificado. 2.— Las contradicciones que se imputan a la Audiencia o bien no son tales, puesto que la recurrente retuerce artificiosamente algunas declaraciones de la sentencia para hacerlas aparecer como contradictorias, o se refieren a aspectos accesorios que no son determinantes para la solución adoptada, que sería la misma si elimináramos esos argumentos de la sentencia. 3.— Las razones expuestas al resolver el primer motivo justifican la corrección y razonabilidad de la solución adoptada por la Audiencia Provincial, sin perjuicio de que algunos de sus argumentos accesorios no se consideren correctos. La tutela judicial efectiva se otorga no solo cuando se dicta una resolución que resuelve el fondo de la cuestión debatida, sino también cuando se dicta una resolución de inadmisión o de absolución en la instancia por concurrir un obstáculo procesal que impide entrar a resolver el fondo. Como se he expresado, la Audiencia Provincial, al declarar la falta de competencia internacional de los tribunales españoles y dejar imprejuizadas las cuestiones de fondo planteadas en la acción ejercitada contra Acacia, lo ha hecho aplicando correctamente el sistema de competencia judicial internacional del Reglamento comunitario, por lo que no se ha infringido el art. 24 CE.

Recurso de casación.

OCTAVO.— Formulación del primer motivo del recurso de casación.

1.— El epígrafe con que se encabeza este motivo dice así: “Al amparo de los arts. 477.1º, 477.2.3º y 477.3º LEC, por infracción del art. 1.3 del Reglamento 6/2002, de 12 diciembre 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios (RDMC), al contravenir la Jurisprudencia que lo interpreta y que confirma que los modelos industriales comunitarios tienen carácter unitario y producen los mismos efectos en toda la Unión Europea”. 2.— Los argumentos que se alegan para fundar el motivo consisten, resumidamente, en que la AP,

al afirmar que son de aplicación Derechos diferentes y que no se trata de un ámbito jurídico armonizado, y al afirmar que los actos imputados a los demandados no coinciden en un mismo ámbito territorial, niega el carácter unitario del modelo comunitario, establecido en el art. 1.3 del Reglamento 6/2002.

NOVENO.— Decisión de la sala. Desestimación del motivo.

1.— La propia recurrente está reconociendo de algún modo la artificiosidad de los motivos de casación cuando invoca la importancia de la admisión del recurso de casación para que pueda admitirse el recurso extraordinario por infracción procesal, dado el régimen previsto en la regla 5.ª de la disposición final 16.ª LEC, que condiciona la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal a la admisión del recurso de casación, cuando el cauce de acceso a este recurso es el del interés casacional, como es el caso. Difícilmente pueden vulnerarse preceptos legales sustantivos cuando la pretensión ha sido desestimada por razones procesales, en concreto, por carecer el tribunal de competencia judicial internacional, y el fondo ha quedado imprejuizado. 2.— Que los actos imputados a Acacia y a Autohaus tengan un ámbito territorial distinto dentro de la propia Unión Europea, puesto que los primeros se produjeron en Italia y los segundos en España, es constatar una simple circunstancia de hecho, pertinente, junto con otras expresadas en la sentencia, para apreciar la procedencia de aplicar el foro de conexidad para la determinación de la competencia judicial internacional, que no afecta al carácter unitario del modelo comunitario. El propio Reglamento 6/2002, en su art. 83.2º, toma en consideración el Estado en que hayan podido producirse las infracciones del dibujo o modelo comunitario para delimitar el ámbito de la competencia judicial internacional del tribunal por haberse producido los actos infractores en el territorio del Estado y circunscribirla a las infracciones cometidas en el Estado donde radica el tribunal que conozca del litigio. Y el TJUE (sentencia de 5 junio 2014, asunto C-360/12, caso Coty Germany) ha exigido incluso que, para que pueda aplicarse este criterio de determinación de la competencia judicial internacional, es necesario que en el territorio de ese Estado se haya producido un comportamiento activo del autor de la infracción. Parece claro que, en el sistema de la competencia judicial internacional del Reglamento 6/2002, la relevancia que para ciertas cuestiones tiene el hecho de que la infracción se haya cometido en uno u otro Estado, o que la conducta activa del infractor se haya producido en uno u otro Estado, no infringe el carácter unitario del dibujo o modelo comunitario. 3.— El argumento de la Audiencia Provincial relativo a que no se da una misma situación de Derecho porque serían aplicables Derechos parcialmente distintos, en virtud del art. 88 del Reglamento 6/2002, y no se trata de un ámbito jurídico totalmente armonizado, no se considera correcto. La cuestión debatida es acertadamente delimitada en la sentencia de la Audiencia Provincial: “[...] la interpretación que haya que darse al art. 110 Reglamento de Dibujos y Modelos Comunitarios (que consagra la llamada cláusula must-match o de reparación); a saber, si las llantas de automóvil (que copian modelos comunitarios registrados) se pueden considerar, o no, componentes de un producto complejo (que sería el automóvil) y si su utilización (en los términos del art. 19 de dicho Reglamento) tiene por objeto permitir, o no, la reparación de dicho producto complejo para devolverle su apariencia inicial. Caso de considerarse que la utilización del dibujo o modelo registrado, que constituye componente de un producto complejo, tiene por objeto permitir la reparación del mismo para devolverle su apariencia inicial, no habría infracción alguna de dicho dibujo o modelo; sí que la habría, en caso de estimarse lo contrario”. Se discutía, por tanto, en el caso de ambas acciones, una misma cuestión jurídica, regulada por el Reglamento 6/2002. Para resolverla, la diferente actuación de una y otra demandada (una, fabricante y primera distribuidora de los productos, otra, revendedora final) tiene una importancia accesorio, y, en todo caso, se desarrolla en un ámbito jurídico armonizado. 4.— Ahora bien, el tratamiento incorrecto de esta cuestión por parte de la Audiencia Provincial carece de trascendencia práctica, por cuanto que lo fundamental para desestimar la pretensión de BMW radica en que, habida cuenta de las circunstancias del caso, la utilización del foro de conexidad del art. 6.1º Reglamento 44/2001, aplicable en virtud de la remisión contenida en el art. 79.1º Reglamento 6/2002, se ha realizado con la finalidad de sustraer al demandado cuya conducta tenía más trascendencia, Acacia, de la competencia del tribunal del Estado en el que tiene su domicilio, tribunal que había fallado en un litigio muy similar en contra de los intereses de BMW, y en que tal conducta suponía un quebranto de la previsibilidad exigible a un sistema de competencia judicial internacional. Por tanto, la ausencia de efecto útil de este argumento del motivo debe determinar su desestimación.

DÉCIMO.— Formulación del segundo motivo del recurso de casación.

1.— El segundo motivo del recurso de casación se formula bajo este título: “Al amparo de los arts. 477.1º, 477.2.3º y 477.3º LEC, por infracción del art. 19 del Reglamento 6/2002, de 12 diciembre 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios (RDMC), al contravenir la Jurisprudencia que lo interpreta y que define en qué consiste el ius prohibendi conferido por los dibujos y modelos industriales comunitarios» 2.— Los argumentos que se exponen para fundamentar el motivo consisten, sucintamente, en que la jurisprudencia del TJUE afirma que el ius prohibendi del titular del modelo comunitario se extiende a cualquiera que haya utilizado el modelo sin su consentimiento. Cualquier utilización del modelo comunitario es infractora, y el precepto no establece ninguna diferenciación sobre la gravedad de la infracción en función del tipo de utilización llevada a cabo. Por ello, infringiría el art. 19 del Reglamento 6/2002 la apreciación por parte del tribunal de apelación de una distinta gravedad en las actuaciones infractoras de las demandadas y, por tanto, en la entidad de la acción ejercitada contra una y otra.

UNDÉCIMO.— Decisión de la sala. Inconsistencia del motivo.

1.— Este último motivo del recurso es manifiestamente inconsistente. Que el art. 19 del Reglamento 6/2002 enumere las actuaciones a las que se extiende el ius prohibendi del titular del modelo comunitario sin realizar gradaciones ni atribuir a unas conductas mayor gravedad que otras no impide que el tribunal, al apreciar las circunstancias de hecho concurrentes para determinar la corrección del foro de conexión utilizado, considere de mayor entidad la acción ejercitada contra quien fabrica todos los productos supuestamente infractores que la acción ejercitada contra un taller que es simplemente uno de los muchos vendedores finales de tales productos. 2.— No se ha producido ninguna infracción del art. 19 del Reglamento 6/2002 porque la Audiencia Provincial no ha negado que el ius prohibendi de BMW se extienda a todas las conductas previstas en dicho precepto.

[...]

[BAYERISCHE MOTOREN WERKE AG C. ACACIA S.R.L.]

VALIDEZ DE UNA CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA A LOS TRIBUNALES SUIZOS

2017/18.— Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, Auto nº 45/2017, de 18 enero 2017.
Ponente: Pedro Antonio Pérez García. Roj: AAP Z 65/2017 – ECLI: ES:APZ:2017:65A Id Cendoj: 50297370052017200004.

Contrato de agencia.— Pacto de sumisión a los tribunales de Lenzburg/AG—Suiza.— Reserva del principal para plantear su demanda ante el domicilio social del agente.— Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 octubre 2007.— Inexistencia del pacto: no.— Ineficacia del pacto: no.— Excepcionalidad de los pactos de sumisión a tribunales extranjeros: no.— Infracción de la Jurisprudencia relativa a las condiciones generales de venta y confirmación de pedidos: no.

Normas aplicadas: Arts. 1281 ss Cc; Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; arts. 1, 2, 5, 22 y 23 Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 30 octubre 2007.

[...]

SEGUNDO: La primera cuestión que se plantea es la relativa a la validez de la cláusula de sumisión a la jurisdicción de los Juzgados de Lenzburg. Resulta obvio que esta cláusula era conocida, o debía haberlo sido, por la parte actora en virtud de los contratos que obraban en su poder, en los que aquella se había expresado, y debía haber hecho mención de ella en su escrito de demanda, al referirse a la

competencia del Juzgado para exponer lo que hubiera estimado conveniente sobre su validez, haciendo en su caso las consideraciones oportunas sobre su nulidad o imposibilidad de aplicarla al supuesto, explicando por las razones que entendiésemos pertinentes para justificar que no eran competentes para conocer del litigio los Tribunales de Zaragoza, motivando conforme a Derecho la causa que opusiera a aquella estipulación, lo que hubiera posibilitado que su parte contraria, conociendo los argumentos formulados, hubiera podido oponerse a los mismos, exponiendo los que fueran favorables a sus pretensiones, dando lugar a presentar en su momento la correspondiente prueba sobre la validez o nulidad de la referida cláusula atribuyendo la competencia a un Tribunal de un país extranjero, en un debate que se presentase con contradicción entre las partes, pero lo que no puede es formular la petición en el recurso que presenta, porque no es el trámite adecuado y no se puede entablar ahora, de modo extemporáneo, discusión alguna sobre esa primera cuestión que debe resolverse al iniciar el juicio, sancionándolo así el principio de procesal de preclusión, que se regula en el art. 136 LEC, conforme al cual, transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte, se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate.

TERCERO: El segundo motivo del recurso se fundamenta en afirmar la indeterminación del fuero competente, que es creencia que se base en tres consideraciones, como son: A) La falta de concreción del Tribunal al que se atribuye el conocimiento del litigio; B) La renuncia previa al fuero propio; C) La imposibilidad de que las partes señalen uno o más órganos jurisdiccionales para la resolución; y D) Falta de equilibrio entre las partes a la formular la cláusula de sumisión. La cláusula 15.2 del contrato, que es objeto de debate, presenta la siguiente redacción: “El lugar de jurisdicción y cumplimiento de todas las obligaciones surgidas de o relativas a este acuerdo es exclusivamente Lenzburg/AG–Suiza. No obstante, Mammut Export Group se reserva el derecho a seleccionar como lugar de jurisdicción el domicilio social del agente”. Es claro que en el pacto transcrito se determina con precisión la ciudad a cuyos Tribunales se somete el conocimiento del litigio, no existe renuncia previa al propio fuero porque no lo exige la vigente Ley de Enjuiciamiento, y ha sido admitido por la Jurisprudencia la posibilidad de que las partes designen dos o más órganos jurisdiccionales para la solución del posible litigio, conforme a las Sentencias que se citan por la parte opositora (...) en el respectivo escrito, que han de darse también por reproducidas. En cuanto a la alegada falta de equilibrio entre las prestaciones de las partes, no existe en las actuaciones evidencia alguna de que al redactarse aquella cláusula las partes no obraran libre y conscientemente, aceptando el pacto y todas sus consecuencias, o que una de aquellas impusiera a la otra una sumisión no previamente aceptada, o que se firmase sin conocer su contenido, o que determinase un desajuste entre las prestaciones de las partes, o cualquiera otra que permitiese razonar esa ausencia de equilibrio entre las respectivas obligaciones asumidas en justa correspondencia a las propias de la otra parte, de modo que pudiera ser contraria al principio de buena fe, aun cuando el contrato no se celebrase entre consumidores y no resulten de aplicación las normas promulgadas para la protección de éstos, o al menos nada de ello se ha demostrado en el pleito, ni la parte que ahora alega el motivo lo expuso con anterioridad, dando la oportunidad procesal a la otra parte de contradecir el fundamento que hubiera podido alegarse, ni se ha practicado prueba alguna, siendo por tanto improcedente la resolución que pudiera dictarse sobre ese desequilibrio.

[...]

SÉPTIMO: El último motivo del recurso ha de ser desestimado por los mismos que se argumentan en la resolución impugnada, que se dan expresamente por reproducidos. Es necesario citar, a este respecto, los siguientes artículos del Convenio de Lugano de 30 octubre 2007. Así, art. 1º: “Queda aprobada, en nombre de la Comunidad, la firma del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, para sustituir al Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988, a reserva de la celebración de dicho Convenio”. El art. 2º: “1. Salvo lo dispuesto en el presente Convenio, las personas domiciliadas en un Estado vinculado por el presente Convenio estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos Jurisdiccionales de dicho Estado...”. El art. 5: “Las personas domiciliadas en un Estado vinculado por el presente Convenio podrán ser demandadas en otro Estado vinculado por el presente Convenio:...5) si se tratare de litigios relativos a la explo-

tación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal en que se hallaren sitos;...”. El art. 22: “Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio:...”. El art. 23: “1. Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado vinculado por el presente Convenio, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado vinculado por el presente Convenio fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. Tal convenio atributivo de competencia deberá celebrarse: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita, o b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas, o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado...”. Y demás preceptos que resulten concordantes. En el presente litigio no se dan ninguna de las competencias exclusivas contenidas en el art. 22 del Convenio señalado, operando la sumisión expresa pactada en el contrato, conforme al art. 23 de aquel, y los Juzgados y Tribunales españoles carecen de jurisdicción para entender del presente caso. De igual modo, es de tener en cuenta, a los efectos procedentes, que el concepto de “Agencia” en la Jurisprudencia del TJUE, es distinto del que se mantiene en la Ley de Contrato de Agencia, como se sostiene en el Auto del Juzgado, y escritos de las partes opositoras. De tal modo es de tener en cuenta lo que se mantiene en el AAP Madrid 9º 4 marzo 2015, que se transcribe por la recurrida, en la que se dice lo siguiente: “...La solución aquí propugnada es la más acorde igualmente con la jurisprudencia europea sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha venido a reforzar la sustantividad de las citadas “sucursales” o “agencias”, en cuanto “centro de operaciones que se manifiesta de modo duradero hacia el exterior como la prolongación de una casa matriz, siempre que el mismo esté dotado de una dirección y materialmente equipado para poder negociar con terceros que, de ese modo, queden dispensados de dirigirse directamente a la casa matriz” (STJUE 19 julio 2012 y las que en ella se citan). Tal interpretación es también, sin duda, la más conforme con la esencia misma del seguro de asistencia de viaje como el que aquí nos ocupa y la que, en mayor medida, procura los objetivos explícitos que inspiran la normativa europea, a saber, “el mejor acceso a la justicia” o “facilitar una buena administración de justicia” favoreciendo “la estrecha conexión entre el órgano jurisdiccional y el litigio”. Piénsese que por los gastos devengados en España por una ciudadana inglesa se está remitiendo el resarcimiento a los tribunales franceses. Por lo anterior, es también la interpretación más respetuosa con los parámetros a que alude el art. 3.1º Cc, que exige que en interpretación de las normas se atienda a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, así como, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de aquéllas]...”. Igualmente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asimismo citada por la misma parte, que establece igual concepto.

[...]

[BENAS ESQUI Y MONTAÑA SL C. MAMMUT SPORT GROUP AG]

CLÁUSULA JURISDICCIONAL EN CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

2017/19.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoséptima, Auto de 26 enero 2017.
Ponente: Mireia Borguñó Ventura. Roj: AAP B 2083/2017 – ECLI: ES:APB:2017:2083A Id Cendoj: 08019370172017200059. JUR 2017\130394.

Competencia judicial internacional.– Declinatoria internacional.– Cláusula jurisdiccional a favor de Tribunales austriacos en condiciones generales del contrato.– Discusión sobre la incorporación de las condiciones al contrato celebrado entre las partes.– Falta de prueba.

Normas aplicadas: Art. 96 CE; arts. 5 (sic) y 25 Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis); art. 21 y 22 LOPJ; art. 1.5° Cc.

SEGUNDO: La declinatoria cuya resolución es objeto del presente recurso obedece a una posible falta de jurisdicción del Juzgado ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros. La Juez a quo ha declarado su incompetencia territorial con fundamento en el art. 22 LOPJ al no tener la demandada su domicilio social ni centro de administración en España.

El art. 21.1° LOPJ declara que “Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas”. Así, la competencia internacional de los tribunales españoles no sólo se regula por normas nacionales sino también por las internacionales; es más, no puede desconocerse el valor que se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico al tratado internacional, con la fuerza que le asignan el art. 96 CE y el art. 1.5 Cc, lo que justifica su prevalencia sobre la norma de origen interno.

Cuando en un litigio existe un elemento extranjero domiciliado en otro estado miembro de la Unión Europea, la competencia judicial internacional está regulada, con carácter general, por el Reglamento (UE) n° 1215/2012, 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El art. 5 de dicho Reglamento, y en cuanto resulta de interés en este caso, dispone que, en materia contractual, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, en concreto, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda, entendiéndose, salvo pacto en contrario, que dicho lugar será: 1) cuando se trate de una compraventa de mercancías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercancías; y 2) cuando se trate de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios.

Por otra parte el art. 25.1° del mismo Reglamento dispone que “Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: a)– por escrito o verbalmente con confirmación escrita; b)– en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas; o c)– en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”.

Este precepto convierte a los tribunales designados en el pacto en exclusivamente competentes, quedando obligados los tribunales de los restantes Estados a abstenerse de conocer, siempre que no se infrinjan con su aplicación al caso ninguna de las competencias inderogables exclusivas previstas legalmente.

TERCERO: La validez de la cláusula de sumisión expresa regulada en el art. 25 citado está sujeta a una serie de condiciones. La primera es que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado miembro, requisito que se cumple en el caso que se examina pues ambas partes tienen su domicilio en la UE. La segunda se refiere a que la cláusula de elección de fuero debe realizarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita, y éste es el requisito que la recurrente sostiene que no concurre, pues alega que no existe entre las litigantes ningún documento o contrato firmado que incluya cláusula de sumisión expresa a los tribunales austríacos.

La demandada afirma en su declinatoria que envió una copia de sus condiciones generales del contrato junto con su aceptación del pedido que previamente le había remitido la actora, por lo que esta conocía su existencia y contenido y aceptó la compra sin objeción alguna a la incorporación de tales

condiciones generales, y, por tanto, de la cláusula de sumisión expresa. Así lo deduce de que en su aceptación del pedido se hace constar que “realizamos el pedido de acuerdo a nuestros términos de compra y entrega”, entre los que se incluye la referida cláusula de sumisión expresa. Sin embargo, la parte actora niega que junto con la confirmación del pedido la demandada remitiera tales condiciones generales entre las que se incluía la cláusula de sumisión expresa a Austria.

Del examen de la documentación aportada por ambas partes en la cuestión de competencia planteada, es de ver que la actora remitió a la demandada a través de la empresa BTF System S.L. (Sr. Landelino), con domicilio en la ciudad de Barcelona, el detalle de las condiciones de suministro de mercancía (gases) y alquiler de equipos que interesaban a la demandada, mediante burofax de fecha 7 junio 2010 (doc. 1 declinatoria). Dicha oferta fue aceptada por la demandada Voith Paper mediante la remisión de un fax de fecha 9 julio 2010 (doc. 2 declinatoria) en el que si bien se dice “pedido efectuado sobre la base de los siguientes términos de compra y entrega”, lo que a continuación se relaciona en dos páginas son las mercancías objeto de la compraventa, las fechas de entrega, el lugar de entrega (Sangüesa-Navarra) el precio, y la persona de contacto (Sr. Landelino). La demandada no ha acreditado que remitiera junto a la aceptación de dicho pedido ningún clausulado de condiciones generales del contrato (entre las que se incluiría la cláusula de sumisión expresa referida), el cual aporta con su escrito y consta de dos páginas también.

Como con razón defiende la recurrente, la confirmación del pedido constaba de dos páginas, como así se plasma en el propio documento, y si la demandada hubiera remitido al mismo tiempo las condiciones generales aludidas, la transmisión constaría de cuatro páginas, por lo que cabe concluir que dichas condiciones no se enviaron junto a aquella. Así resulta tanto del doc. nº 2 aportado por la demandada en su escrito de declinatoria, como del doc. nº 1 aportado por la actora con su escrito de oposición a la declinatoria. Además, hay que destacar que tales condiciones no están firmadas, ni siquiera por la demandada.

No se cumplen así los requisitos exigidos por el art. 25 del Reglamento para estimar la existencia de la cláusula de sumisión expresa alegada, por lo que debe acudir entonces a los fueros dispuestos en el art. 5 del mismo Reglamento, y que recogía también el art. 22 ter LOPJ en su redacción vigente al momento de interponer la demanda, y declarar por ello la competencia de los Juzgados españoles para conocer del presente pleito, por cuanto tanto el lugar de entrega de las mercancías como el lugar de pago es en territorio español, y sin que se haya planteado cuestión de competencia territorial alguna entre tribunales españoles.

Todo lo expuesto conlleva la estimación del recurso y la revocación de la resolución apelada en el sentido de declarar la competencia de los Juzgados españoles para el conocimiento del presente procedimiento.

[HIDROCARBUROS METÁLICOS S.A. / VOITH PAPER ROLLS GMBH & CO.KG]

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL POR ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN ACAECIDO EN PORTUGAL

2017/20.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, Auto de 31 enero 2017. Ponente: Sagrario Arroyo García. Roj: AAP M 406/2017 — ECLI: ES:APM:2017:406A Id Cendoj: 28079370142017200009.

Competencia judicial internacional.— Accidente de circulación acaecido en Portugal.— Víctima que demanda ante los tribunales españoles.— Demanda dirigida contra el representante en España de la compañía aseguradora portuguesa.

Normas aplicadas: Directiva 2005/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, y su ulterior desarrollo en la Directiva 2009/103/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 septiembre 2009, relativa al Seguro de Responsabilidad Civil derivada de la Circulación de Vehículos Automóviles; arts. 10 ss Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012,

relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis); art. 22 quinquies LOPJ.

[...] La cuestión que se nos plantea viene dada respecto de si los Tribunales españoles tienen competencia para conocer de las acciones ejercitadas en la demanda con relación a un accidente de circulación acaecido el 31 octubre 2014 en la N-13, KM 8 perteneciente a Vila Nova Cerveira (Portugal), estando asegurado el vehículo Opel Corsa....-SR-.... (presuntamente responsable) en la compañía aseguradora "Tranquilidade Portugal", dirigiéndose la demanda contra su representante en España Línea Directa. A partir de estos presupuestos no puede ser de recibo la decisión del Juzgado de primera instancia, por cuanto la competencia de los tribunales españoles en el supuesto que nos ocupa se deduciría por aplicación de lo dispuesto en los arts. 8 ss Cc, Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil (aplicable a las acciones ejercitadas a partir del 10 enero 2015, de conformidad al art. 66), y art. 22 quinquies LOPJ. A su vez, debemos tener en cuenta lo dispuesto en el art. 21.1º LOPJ al remitirse a los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte, a las normas de la UE y a las leyes españolas. Por lo que hemos de examinar las disposiciones aplicables. El art. 22 quinquies LOPJ dispone: "Asimismo, en defecto de sumisión expresa o tácita y aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, los Tribunales españoles serán competentes:...b) En materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español.... e) En materia de seguros, cuando el asegurado, tomador o beneficiario del seguro tuviera su domicilio en España; también podrá el asegurador ser demandado ante los Tribunales españoles si el hecho dañoso se produjere en territorio español y se tratara de un contrato de seguro de responsabilidad o de seguro relativo a inmuebles, o, tratándose de un seguro de responsabilidad civil, si los Tribunales españoles fueran competentes para conocer de la acción entablada por el perjudicado contra el asegurado en virtud de lo dispuesto en la letra b) de este artículo". De este precepto no puede derivarse que Tribunales españoles solo puedan resolver cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español. El Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, en su art. 11 dispone "1. El asegurador domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado: a) ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde tenga su domicilio; b) en otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde tenga su domicilio el demandante, o c) si se trata de un coasegurador, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conozcan de la acción entablada contra el primer firmante del coaseguro. 2. Cuando el asegurador no esté domiciliado en un Estado miembro pero tenga sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro se le considerará, para los litigios relativos a su explotación, domiciliado en dicho Estado miembro". A su vez, en su art. 13 ap. 2 "Los arts. 10, 11 y 12 serán aplicables en los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa sea posible". Por lo tanto, en el presente supuesto, aunque el accidente ocurriera en Portugal, es de aplicación lo establecido en los arts. 11 y 13.2º del Reglamento transcrito, por lo que el perjudicado (demandante) que tiene acción directa contra la aseguradora del vehículo presuntamente responsable, podrá ejercitar su acción ante los tribunales españoles, al dirigirse la demanda contra su representante en España (art. 11.1º.b) y 2º Reglamento UE), en el presente supuesto la compañía aseguradora Línea Directa. Esta ha sido interpretación dada por esta AP de Madrid en supuestos similares al presente, pues si bien aplicando el art. 22 LPJ, en su redacción anterior, y los Convenios de Bruselas y Lugano (antecedentes del actual, como se deriva del art. 68 Reglamento UE 1215/2012), han entendido la competencia de los tribunales españoles, aunque el hecho se hubiera producido fuera del territorio nacional, si la aseguradora tiene representante en España. A tales efectos AAP Madrid 19º 21 septiembre 2011, Recurso: 247/2011 y Auto sección 20 del 28 enero 2008, Recurso: 690/2007. En consecuencia, procede estimar el recurso, declarar la competencia de los tribunales españoles, y por lo tanto no procede acordar la falta de competencia porque el accidente se produjera fuera del territorio nacional, que en definitiva es lo acordado en la resolución apelada, al aplicar la competencia con base al art. 52.1.9º LEC, lo que implica la revocación del auto apelado; sin embargo, y dado que en el presente recurso se resuelve exclusivamente las

cuestiones que quedan reseñadas (art. 465.4º LEC), el Juzgado procederá a admitir a trámite la demanda, salvo que concurra obstáculo distinto al removido en la presente resolución.

[...]

INCLUSIÓN EN EL REGLAMENTO DE BRUSELAS DE UN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN FORZOSA QUE TIENE POR OBJETO EL COBRO DE UN CRÉDITO DE APARCAMIENTO PÚBLICO IMPAGADO

2017/21.— Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 9 marzo 2017. Asunto C-551/15. Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil— Reglamento (UE) nº 1215/2012.— Ámbito de aplicación temporal y material.— Materia civil y mercantil.— Procedimiento de ejecución forzosa que tiene por objeto el cobro de un crédito de aparcamiento público impagado.— Inclusión.— Concepto de “órgano jurisdiccional”.— Notario que emite un mandamiento de ejecución en virtud de un “documento auténtico”.

Normas aplicadas: Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

29. Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide sustancialmente que se dilucide, si el art. 1, ap. 1, del Reglamento nº 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que un procedimiento de ejecución forzosa instado por una sociedad propiedad de una entidad local contra una persona física domiciliada en otro Estado miembro para el cobro de un crédito impagado de estacionamiento en un aparcamiento público, cuya explotación fue encomendada a esa sociedad por dicha entidad local, está incluido en el ámbito de aplicación de ese Reglamento.

[...]

35. En el caso de autos, como puso también de manifiesto el Abogado General en los puntos 49 a 51 de sus conclusiones, la gestión del aparcamiento público y la percepción de las tasas de estacionamiento constituyen una actuación de interés local que realiza Pula Parking, empresa propiedad del Ayuntamiento de Pula. No obstante, aunque las facultades de Pula Parking le han sido conferidas por un acto de una autoridad pública, ni la determinación del crédito de estacionamiento impagado —de naturaleza contractual— ni la acción para cobrarlo —que tiene por finalidad salvaguardar intereses privados y que se rige por las disposiciones nacionales de Derecho común aplicables en las relaciones entre los particulares— parecen requerir el ejercicio de prerrogativas de poder público por parte del Ayuntamiento de Pula o de Pula Parking.

36. A este respecto, parece resultar de la documentación con que cuenta el Tribunal de Justicia —extremo que, no obstante, corresponde comprobar al tribunal remitente— que el crédito de estacionamiento reclamado por Pula Parking ni va acompañado de sanciones que puedan considerarse derivadas del ejercicio del poder público ni reviste carácter punitivo, sino que constituye, por tanto, la mera contrapartida de la prestación de un servicio.

37. Por otra parte, tampoco parece que, al entregar un tique de aparcamiento a los interesados, Pula Parking expida en su favor un título ejecutivo, sustrayéndose a las normas de Derecho común, puesto que en virtud de esa entrega Pula Parking tiene simplemente la posibilidad —lo mismo que el titular de una factura— de valerse de un documento auténtico que le permita eventualmente iniciar un procedimiento de conformidad con lo dispuesto en la Ley sobre ejecución forzosa (véase, en este sentido, la sentencia de 12 septiembre 2013, Sunico y otros, C-49/12, ap. 39).

38. De ello resulta que la relación jurídica existente entre Pula Parking y el Sr. Tederahn debe calificarse, en principio, de relación jurídica de Derecho privado y está comprendida por ello en el concepto de “materia civil y mercantil” a efectos del Reglamento nº 1215/2012.

39. A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 1, ap. 1, del Reglamento nº 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que un procedimiento de ejecución forzosa instado por una sociedad propiedad de una entidad local contra una persona física domiciliada en otro Estado miembro para cobrar un crédito impagado de estacionamiento en un aparcamiento público, cuya explotación fue encomendada a esa sociedad por dicha entidad local, que no presenta carácter sancionador alguno y que constituye, en cambio, la mera contrapartida de la prestación de un servicio, está incluido en el ámbito de aplicación de ese Reglamento.

[...]

40. Mediante la segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el Reglamento nº 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que, en Croacia, los notarios están comprendidos en el concepto de “órgano jurisdiccional” a efectos de dicho Reglamento, cuando actúan en el marco competencial que les atribuye el Derecho nacional en los procedimientos de ejecución forzosa en virtud de un “documento auténtico”.

[...]

56. En el caso de autos, como alegó en la vista el Gobierno croata, los notarios en Croacia forman parte del servicio público notarial, que es distinto del sistema judicial. De conformidad con lo dispuesto en la Ley sobre ejecución forzosa, los notarios son competentes para resolver, por medio de mandamientos, sobre las solicitudes de ejecución basadas en documentos auténticos. Una vez notificado el mandamiento de ejecución al demandado, éste puede formular oposición. El notario ante el que se formule dentro de plazo una oposición admisible y motivada contra un mandamiento emitido por éste transmitirá el expediente para su evaluación al órgano jurisdiccional competente, que adoptará una resolución sobre dicha oposición.

57. De estas disposiciones resulta que el mandamiento de ejecución en virtud de un “documento auténtico” expedido por el notario sólo se notifica al deudor una vez adoptado, sin que se haya comunicado a éste la solicitud presentada ante el notario.

58. Si bien es cierto que el deudor puede formular oposición contra el mandamiento de ejecución expedido por el notario y que parece que el notario ejerce las funciones que se le atribuyen en el procedimiento de ejecución forzosa en virtud de un “documento auténtico” bajo el control del juez, al que el notario debe enviar las eventuales objeciones, no es menos verdad que en Croacia, el examen por el notario de la solicitud para que se expidan mandamientos de ejecución con tal fundamento no tiene carácter contradictorio.

59. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el Reglamento nº 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que, en Croacia, los notarios no están comprendidos en el concepto de “órgano jurisdiccional”, a efectos de dicho Reglamento, cuando actúan en el marco competencial que les atribuye el Derecho nacional en los procedimientos de ejecución forzosa en virtud de un “documento auténtico”.

[PULA PARKING]

**DETERMINACIÓN LA FECHA EN LA QUE SE INICIÓ UN PROCEDIMIENTO
DIRIGIDO A OBTENER UNA DILIGENCIA DE PRUEBA ANTERIOR, EN CASO DE
LITISPENDENCIA**

2017/22.— Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 4 mayo 2017. Asunto C-29/16. Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil.– Reglamento (CE) n° 44/2001.– Art. 27.– Litispendencia.– Órgano jurisdiccional ante el que se presentó la primera demanda.– Art. 30, punto 1.– Concepto de “escrito de demanda” o “documento equivalente”.– Demanda de peritaje judicial para asegurar o determinar, antes de cualquier proceso, pruebas de los hechos que puedan fundamentar una demanda judicial ulterior.

Normas aplicadas: Art. 30, punto 1 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

21. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si los arts. 27, ap. 1, y 30, punto 1, del Reglamento n° 44/2001 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de litispendencia, la fecha en la que se inició un procedimiento dirigido a obtener una diligencia de prueba anterior a cualquier proceso puede constituir la fecha en la que “se considerará que conoce de un litigio” en el sentido del art. 30, punto 1, un órgano jurisdiccional que ha de pronunciarse sobre una demanda en cuanto al fondo presentada en ese mismo Estado miembro con posterioridad al resultado de dicha diligencia.

[...]

31. En el presente asunto, se desprende del art. 145 del Código de Procedimiento Civil, que, en Derecho francés, si existe un motivo legítimo para asegurar o constituir, antes de cualquier proceso, pruebas de los hechos de los que pudiera depender la resolución de un litigio, podrán ordenarse las diligencias de prueba legalmente admisibles a petición de cualquier interesado, mediante demanda o en el marco de un procedimiento de medidas provisionales. Entre esas diligencias figura, en particular, el peritaje judicial.

32. El referido artículo indica expresamente que la solicitud de diligencia de prueba de que se trata se presenta “antes de cualquier proceso”. En sus respuestas a las cuestiones formuladas por el Tribunal de Justicia en virtud de las diligencias de ordenación del procedimiento, adoptadas en aplicación del art. 61, ap. 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, el Gobierno francés señaló, en primer lugar, que el tenor del art. 145 del Código de Procedimiento Civil afirma la autonomía de las diligencias de prueba acordadas con fundamento en él con respecto al procedimiento sobre el fondo que se refiere a las mismas partes, puesto que deben solicitarse “antes de cualquier proceso”. A continuación, según dicho Gobierno, una demanda basada en el art. 145 del Código de Procedimiento Civil ha de tramitarse ante un órgano jurisdiccional distinto del que pueda conocer el procedimiento sobre el fondo. Por último, el referido Gobierno subrayó que el juez que conoce del asunto sobre la base del art. 145 del code de procédure civil agota su competencia al acordar la diligencia de prueba solicitada.

33. De la interpretación del art. 145 del Código de Procedimiento Civil se desprende, tal como expuso el Gobierno francés, que, si bien es cierto que puede existir un vínculo entre el órgano jurisdiccional que conoce del asunto en virtud de dicho artículo y el competente para conocer del procedimiento sobre el fondo para el que se ordenó la diligencia de prueba, no es menos cierto que tal procedimiento de prueba tiene un carácter autónomo con respecto al procedimiento sobre el fondo que, en su caso, puede iniciarse a continuación.

34. No obstante, ha de precisarse que incumbe al juez nacional apreciar si ha de darse tal interpretación al referido artículo, pues, según reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el Derecho interno de un Estado miembro (véase, en particular, la sentencia de 13 diciembre 2012, Caves Krier Frères, C-379/11, ap. 35 y jurisprudencia citada).

35. Habida cuenta de dicho carácter autónomo y de la clara distinción entre el procedimiento de prueba, por un lado, y el eventual procedimiento sobre el fondo, por otro, el concepto de «documento equivalente» a un escrito de demanda, previsto en el art. 30 del Reglamento n° 44/2001, no puede interpretarse en el sentido de que el documento por el que se abre un procedimiento de prueba debe también

considerarse escrito de demanda por el que se inicia el procedimiento sobre el fondo, a efectos de apreciar una situación de litispendencia y de determinar cuál es el órgano jurisdiccional que conoce del asunto en primer lugar en el sentido del art. 27, ap. 1, del mismo Reglamento. Una interpretación como ésta sería, además, difícilmente compatible con el objetivo que persigue el referido art. 30, punto 1, que, tal como se ha señalado en el ap. 30 de la presente sentencia, es permitir determinar de manera simple y uniforme la fecha en la que un tribunal conoce de un litigio.

36. A la luz de todas las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el art. 27, ap. 1, y el art. 30, punto 1, del Reglamento nº 44/2001 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de litispendencia, la fecha en la que se ha iniciado un procedimiento dirigido a obtener una diligencia de prueba antes de cualquier proceso no puede constituir la fecha en la que “se considerará que conoce de un litigio”, en el sentido del referido art. 30, punto 1, un órgano jurisdiccional que ha de pronunciarse sobre una demanda en cuanto al fondo presentada en ese mismo Estado con posterioridad al resultado de dicha diligencia.

[HANSEYACHTS]

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE JURISDICCIÓN CELEBRADA ENTRE PROFESIONALES

2017/23.— Juzgado de Primera Instancia Moncada nº 3 Auto de 10 mayo 2017. Magistrada: Natalia Blasco Martínez. Roj: AJPII 4/2017 – ECLI: ES:JPII:2017:4A Id Cendoj: 46171410032017200001.

Competencia judicial internacional.— Cláusula jurisdiccional incluida en condiciones generales del contrato a favor de tribunales estadounidenses.— Alegación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.— Interpretación restrictiva de la cláusula de jurisdicción aun celebrada entre profesionales.

Normas aplicadas: Art. 22 quinquies LOPJ; Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; art. 25 Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis).

UNICO: Alega la parte demandada que este Juzgado carece de jurisdicción ya que el demandante suscribió una cláusula de sumisión a la jurisdicción de los tribunales extranjeros, en concreto al Tribunal del Distrito Norte de California o a un Tribunal Estatal del Condado de San Mateo, California. Entiende por ello la parte demandada comparecida que esa sumisión, perfectamente admisible a tenor de lo que dispone el art. 22 quinquies LOPJ, sin que pueda invocar la demandante la aplicación de la normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación dada su condición de persona jurídica. Efectivamente, tal y como sostiene la demandada la redacción del art. 22 LOPJ permite, salvo en aquellas materias cuyo conocimiento exclusivo reserva para los tribunales españoles, que las partes puedan someterse expresa o tácitamente a tribunales distintos de los españoles, debiendo no obstante tenerse en cuenta, como resalta el AAP Valencia 6º 6 marzo 2000 que “la cláusula de sumisión a Tribunales extranjeros tiene un carácter rigurosamente excepcional (STS 10 julio 1990)”. Por ello dado ese carácter excepcional las normas que se entiendan aplicables no pueden ser objeto de una interpretación extensiva. Tal conclusión lleva a rechazar de plano la aplicación, para interpretar la cláusula de sumisión 15.1 de la DDR, del art. 25 del Reglamento Bruselas I bis y ello ya que en este caso la sumisión no lo es a un Estado miembro. Por otra parte, frente a lo que sostiene la demandada el carácter de persona jurídica de la demandante no le impide invocar la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y con base a esa norma cuestionar la validez de esa cláusula 15.1 que impuesta por la parte “predominante” en ese relación, una red social con incuestionable trascendencia mundial dado los millones de personas que hacen uso de la misma, obliga a quién con ella contratan, sea persona física o

jurídica, a someterse a la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos, lo que desde un punto de vista práctico dificulta o limita de forma significativa el derecho a la tutela judicial efectiva de esos usuarios, sean personas físicas o profesionales que, como en este caso, pretenden utilizar la proyección comercial que puede suponer la presencia en esa red y que, como sostiene la demandante, pueden verse perjudicadas en su imagen pública en su imagen publicitaria y prestigio comercial por las decisiones que pueden adoptarse por la demandada. Ese coste desproporcionado que supondría para el demandante tener que presentar una demanda en los Estados Unidos para interesar, entre otros pronunciamientos una condena al pago de 6000 € es claramente contrario a lo dicho por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 61/2000 que cita la parte actora. En este sentido la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, en su Sentencia de 30 enero 2007 ha admitido la aplicación de la citada normativa en la contratación entre profesionales “Y no por ser un profesional no le es aplicable la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, porque en el art. 1 de la misma se dice que deben considerarse como tales “las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sean impuestas por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cuales quiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una serie de contratos”, condiciones que en principio son válidas siempre que no contradigan las previsiones de la Ley, y el art. 8 dice que serán nulas las que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ella se establezca un efecto distinto para el caso de contravención...” Por todo lo expuesto, cuestionándose la validez de la cláusula de sumisión que como afirma el Ministerio Fiscal podría ser nula conforme a la legislación española debe desestimarse la declinatoria planteada, con condena en costas a la parte que la ha promovido.

[...]

**ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DE UN LITIGIO
ENTRE EX CÓNYUGES RELATIVO A LA PROPIEDAD DE UN BIEN MUEBLE
ADQUIRIDO A LO LARGO DEL MATRIMONIO CIVIL**

2017/24.— Tribunal de Justicia, Sala Sexta, Auto de 14 junio 2017. Asunto C-67/17. Ponente C.G. Fernlund.

Cooperación judicial en materia civil.— Art. 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.— Reglamento (UE) n° 1215/2012.— Art. 1, ap. 2, letra a).— Ámbito de aplicación – Materias excluidas – Regímenes matrimoniales.— Disolución del matrimonio.— Liquidación de un bien adquirido durante el matrimonio

Normas aplicadas: Art. 1, ap. 2, letra a) Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

22. Mediante sus tres cuestiones prejudiciales, que deben examinarse conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 1, ap. 2, letra a), del Reglamento n° 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que un litigio como el del procedimiento principal, relativo a la liquidación, a raíz del pronunciamiento de un divorcio, de un bien mueble adquirido durante el matrimonio por los cónyuges, nacionales de un Estado miembro, pero con domicilio en otro Estado miembro, está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 1215/2012 o si se encuadra en el ámbito de los regímenes matrimoniales y, por tanto, está excluido de dicho Reglamento en virtud del referido art. 1, ap. 2, letra a).

[...]

30. De ello se desprende que, por lo que respecta a un litigio entre ex cónyuges relativo a la liquidación de un bien mueble adquirido durante el matrimonio, dado que tal litigio afecta a las relaciones jurídicas patrimoniales entre esas personas que resultan directamente de la disolución del matrimonio, no está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1215/2012, sino en la segunda categoría mencionada en el apartado precedente.

31. Por otra parte, es preciso añadir que, si bien el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, tiene por objeto, en virtud de su art. 1, ap. 1, letra a), las materias civiles relativas al divorcio, únicamente se aplica, como se desprende su considerando 8, a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias.

32. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el art. 1, ap. 2, letra a), del Reglamento nº 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que un litigio como el del procedimiento principal, relativo a la liquidación, a raíz del pronunciamiento de un divorcio, de un bien mueble adquirido durante el matrimonio por los cónyuges, nacionales de un Estado miembro, pero con domicilio en otro Estado miembro, no está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento, sino que se encuadra en el ámbito de los regímenes matrimoniales y, por tanto, está excluido del citado Reglamento en virtud del referido art. 1, ap. 2, letra a).

[...]

[ILIEV]

ACCIÓN DE REPETICIÓN ENTRE LOS CODEUDORES SOLIDARIOS DE UN CONTRATO DE PRÉSTAMO: DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE CUMPLIMIENTO

2017/25.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 15 junio 2017 Asunto C-249/16. Ponente: M. Safjan.

Competencia judicial en materia civil y mercantil.– Reglamento (UE) nº 1215/2012.– Art. 7, ap. 1.– Conceptos de “materia contractual” y de “contrato de prestación de servicios”.– Acción de repetición entre los codeudores solidarios de un contrato de préstamo.– Determinación del lugar de cumplimiento del contrato de préstamo.

Normas aplicadas: Art. 7, ap. 1 Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

29. A este respecto, debe recordarse, en primer lugar, que los criterios de vinculación definidos en el art. 5, punto 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001 deben aplicarse a todas las demandas basadas en el mismo contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 9 julio 2009, Rehder, C-204/08, ap. 33).

30. Asimismo, debe entenderse que se incluyen en la materia contractual todas las obligaciones que nacen de un contrato cuyo incumplimiento se invoca para justificar la acción del demandante (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 octubre 1976, De Bloos, 14/76, aps. 16 y 17, y de 8 marzo 1988, Arcado, 9/87, ap. 13).

31. Lo mismo sucede con las obligaciones nacidas entre dos codeudores solidarios, como las partes en el procedimiento principal y, en particular, con la posibilidad de que un codeudor que ha pagado total o parcialmente la parte del otro en la deuda común recupere el importe abonado ejercitando una acción de repetición (véase, por analogía, la sentencia de 12 octubre 2016, Kostanjevec, C-185/15, ap. 38). En efecto, como ha señalado el Abogado General en el punto 31 de sus conclusiones, puesto que la razón de

esta acción está vinculada en sí a la existencia de este contrato, sería artificial, a efectos de la aplicación del Reglamento nº 1215/2012, separar estas relaciones jurídicas del contrato del que han nacido y que constituye su fundamento.

32. Finalmente, aun cuando las disposiciones del Reglamento nº 1215/2012 deben interpretarse de manera autónoma, refiriéndose al sistema y los objetivos de éste (véase, en este sentido, la sentencia de 16 enero 2014, Kainz, C-45/13, ap. 19), debe tenerse en cuenta el objetivo de coherencia en la aplicación, en especial, de este último Reglamento y del Reglamento Roma I (véase, en este sentido, la sentencia de 21 enero 2016, ERGO Insurance y Gjensidige Baltic C-359/14 y C-475/14, ap. 43). Pues bien, la interpretación según la cual una acción de repetición, como la debatida en el asunto principal, debe considerarse incluida en la materia contractual, a efectos del Reglamento nº 1215/2012, también está en consonancia con dicho objetivo de coherencia. En efecto, el art. 16 del Reglamento Roma I equipara de forma expresa la relación entre varios deudores con la que existe entre el deudor y el acreedor.

33. Habida cuenta de lo anterior, debe responderse a la primera cuestión que el art. 7, ap. 1, del Reglamento nº 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que una acción de repetición entre los codeudores solidarios de un contrato de préstamo está incluida en la “materia contractual” mencionada en ese precepto.

[...]

34. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el tribunal remitente desea averiguar, en esencia, si el art. 7, ap. 1, letra b), segundo guion, del Reglamento nº 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que un contrato de préstamo, como el debatido en el procedimiento principal, celebrado entre una entidad de crédito y dos codeudores solidarios, debe calificarse como “contrato de prestación de servicios”, contemplado en ese precepto.

[...]

35. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de “servicios”, en el sentido del art. 5, punto 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001, cuyo tenor es idéntico al del art. 7, ap. 1, letra b), del Reglamento nº 1215/2012, implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración (véase, en este sentido, la sentencia de 14 julio 2016, Granarolo, C-196/15, ap. 37 y jurisprudencia citada).

36. Como ha señalado el Abogado General en el punto 40 de sus conclusiones, en un contrato de préstamo celebrado entre una entidad de crédito y un prestatario, la prestación de servicios consiste en que la primera entregue al segundo una suma de dinero a cambio de una remuneración pagada por el prestatario, en principio, en forma de intereses.

37. Por lo tanto, cabe entender que un contrato de préstamo así descrito puede calificarse como «contrato de prestación de servicios», a efectos del art. 7, ap. 1, letra b), segundo guion, del Reglamento nº 1215/2012.

38. Por consiguiente, debe responderse a la segunda cuestión que el art. 7, ap. 1, letra b), segundo guion, del Reglamento nº 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que un contrato de préstamo, como el debatido en el litigio principal, celebrado entre una entidad de crédito y dos codeudores solidarios, debe calificarse de “contrato de prestación de servicios”, comprendido en ese precepto.

[...]

39. En su tercera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el art. 7, ap. 1, letra b), segundo guion, del Reglamento nº 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que, cuando una entidad de crédito concede un préstamo a dos codeudores solidarios, el “lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios”, en el sentido de dicho precepto, es, salvo pacto en contrario, el del domicilio de dicha entidad, incluso para determinar la competencia territorial del juez que deba conocer de la acción de repetición entre dichos codeudores.

[...]

41. Pues bien, como ha señalado el Abogado General en el punto 45 de sus conclusiones, en un contrato de préstamo, la obligación característica es la propia entrega de la cantidad prestada. En cambio,

la obligación del prestatario consistente en reembolsar la suma prestada no es más que la consecuencia del cumplimiento de la prestación del prestamista.

42. Por lo tanto, cabe entender que, salvo en el supuesto de un pacto en contrario, mencionado por el tribunal remitente en su cuestión, el lugar en que se prestaron los servicios, a efectos del art. 7, ap. 1, letra b), segundo guion, del Reglamento nº 1215/2012 —en caso de concesión de un préstamo por una entidad de crédito— es el lugar en que está situado el domicilio de dicha entidad.

43. Acerca de si esta consideración también es pertinente para determinar el órgano jurisdiccional competente por razón del territorio para conocer de una acción de repetición entre los codeudores solidariamente obligados al reembolso, debe recordarse que, como se desprende del ap. 31 de la presente sentencia, el fundamento de esa acción reside en el contrato de préstamo celebrado entre los codeudores solidarios y la entidad de crédito.

44. Se deriva de lo anterior y de los objetivos de previsibilidad, unificación y recta administración de la justicia perseguidos de acuerdo con el Reglamento nº 1215/2012, de conformidad con sus considerandos 15 y 16, que debe interpretarse el art. 7, ap. 1, letra b), segundo guion, de dicho Reglamento en el sentido de que el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción de ese tipo es el del Estado miembro en que se encuentre el domicilio de dicha entidad de crédito, como lugar de cumplimiento de la obligación que fundamenta la citada acción de repetición.

45. A este respecto, no es pertinente la observación formulada por ambas partes del litigio principal, según la cual las dos tienen la condición de consumidores y pueden, por consiguiente, acogerse a las normas de competencia establecidas en materia de contratos celebrados por los consumidores en los arts. 17 y 18 del Reglamento nº 1215/2012. En efecto, como ha señalado el Tribunal de Justicia respecto a los arts. 15 y 16 del Reglamento nº 44/2001, dichas normas no pueden aplicarse a las relaciones entre dos consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 5 diciembre 2013, Vapenik, C-508/12, ap. 34).

46. Por cuanto antecede, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el art. 7, ap. 1, letra b), segundo guion, del Reglamento nº 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que, cuando una entidad de crédito ha concedido un préstamo a dos codeudores solidarios, el «lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios», a efectos de este precepto, es, salvo pacto en contrario, el del domicilio de la entidad, y asimismo lo es a efectos de determinar la competencia territorial del órgano jurisdiccional que haya de conocer de la acción de repetición entre dichos codeudores.

[...]

[KAREDA]

CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA QUE FIGURA EN UN CONTRATO CELEBRADO ENTRE DOS SOCIEDADES

2017/26.— Tribunal de Justicia, Sala Séptima, Sentencia de 28 junio 2017. Asunto C-436/16. Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil.— Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.— Reglamento (CE) nº 44/2001.— Art. 23.— Cláusula atributiva de competencia.— Cláusula de prórroga de competencia que figura en un contrato celebrado entre dos sociedades.— Acción indemnizatoria.— Responsabilidad solidaria de los representantes de una de estas sociedades por actos delictuales.— Posibilidad de que dichos representantes invoquen esa cláusula.

Normas aplicadas: Art. 23, ap. 1 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

30. En la cuestión que ha planteado, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 23 del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato celebrado entre dos sociedades puede ser invocada por los representantes de una de ellas a fin de negar la competencia de un tribunal para conocer de una demanda de indemnización en la que se solicite que se declare la responsabilidad solidaria de dichos representantes por actos supuestamente delictuales realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones.

[...]

39. En lo que respecta al art. 6 del Reglamento Bruselas I, relativo a la competencia judicial en caso de pluralidad de demandados, procede subrayar que las disposiciones del art. 23 del Reglamento Bruselas I deben interpretarse en sentido estricto en cuanto a los requisitos allí establecidos, dado que tal precepto excluye tanto la competencia determinada por el principio general del fuero del demandado, consagrado en el art. 2 de este Reglamento, como las competencias especiales de los artículos 5 a 7 del mismo (sentencia de 21 mayo 2015, El Majdoub, C-322/14, ap. 25 y jurisprudencia que allí se cita).

40. En particular, al celebrar un acuerdo atributivo de competencia con arreglo al art. 23, ap. 1, del Reglamento Bruselas I, las partes tienen la facultad de excluir, no sólo la competencia general establecida en el art. 2 de este Reglamento, sino también las competencias especiales establecidas en los artículos 5 y 6 del mismo. Así pues, el tribunal que conoce del asunto puede estar vinculado, en principio, por una cláusula atributiva de competencia celebrada por las partes con arreglo a dicho art. 23, ap. 1, que excluya las competencias establecidas en los mencionados arts. 5 y 6 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 mayo 2015, CDC Hydrogen Peroxide, C-352/13, aps. 59 y 61).

41. Por último, para responder a los temores expresados por el órgano jurisdiccional remitente en cuanto al eventual riesgo de resoluciones contradictorias, es preciso recordar que el Reglamento Bruselas I dispone de diferentes mecanismos destinados a prevenir tales situaciones.

42. Éste es en particular el caso de los arts. 27 y 28 de dicho Reglamento, que conciernen respectivamente a las situaciones de litispendencia y de conexidad y permiten prevenir la aparición de resoluciones contradictorias, y del art. 34, aps. 3 y 4, de este Reglamento, que permite poner remedio al problema.

43. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión prejudicial que el art. 23, ap. 1, del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato celebrado entre dos sociedades no puede ser invocada por los representantes de una de ellas a fin de negar la competencia de un tribunal para conocer de una demanda de indemnización en la que se solicita que se declare la responsabilidad solidaria de dichos representantes por actos supuestamente delictuales realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones.

[LEVENTIS Y VAFIAS]

CONTRATOS

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. LEY MÁS ESTRECHAMENTE VINCULADA

2017/27.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimonovena, Sentencia nº 206/2016, de 26 mayo 2016. Ponente: José Manuel Regadera Sáenz. JUR 2016/238918.

Contrato de arrendamiento de servicios.— Ley aplicable.— Derecho de retención de muebles conforme al Derecho alemán.— Aplicación de la ley española por ser la ley más estrechamente vinculada: subcontratación del contratante residente en Alemania de su prestación a empresas españolas que prestan los servicios también para empresas españolas.

Normas aplicadas: Arts. 4.1º.b y 4.3º Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); arts. 502 y 1922 Cc; arts. 276, 704 y 842 Ccom.

PRIMERO: Por parte de las representaciones procesales de R. Wpíte & Partner, Steuerberatungsgesellschaft und Treuhand-Gesellschaft GmbH y de Voelker Service, S.L. se interpone recurso de apelación contra la Sentencia dictada el día 14 julio 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Barcelona en juicio ordinario 486/2013.

La mencionada resolución estimó la demanda presentada por Granca Sun Line, S.L. contra los apelantes, por lo que aquí interesa, en ejercicio de acción reivindicatoria de bienes muebles (documentación) que las demandadas tiene en su poder y que no han devuelto tras resolver unilateralmente la actora el contrato de arrendamiento de servicios (asesoramiento) que las partes suscribieron el día 7 abril 2011. Además, estimó parcialmente la demanda reconvenzional formulada por R. Wpíte & Partner, Steuerberatungsgesellschaft und Treuhand-Gesellschaft GmbH contra la actora, y otras sociedades, en reclamación de los honorarios correspondientes al antedicho arrendamiento de servicios por lo que respecta al último trimestre de 2012.

Las apelantes indican que no se reúnen los requisitos para la acción reivindicatoria que se ejercita, que les corresponde un derecho de retención sobre la documentación conforme al Derecho alemán, que es el que debe regir el contrato, y que su demanda reconvenzional debió ser estimada íntegramente, también por aplicación del Derecho alemán.

La apelada solicitó la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO: Desde el momento que la apelante R. Wpíte & Partner, Steuerberatungsgesellschaft und Treuhand-Gesellschaft GmbH señala en su escrito de apelación (...) que si no devuelve la documentación es porque no se le han abonado los honorarios, el recurso empieza a carecer de sentido.

La resolución de primera instancia, al no discutirse si la resolución unilateral del contrato de arrendamiento de servicios por parte de la actora fue ajustada a derecho o no, ordena por una parte la devolución de la documentación y, por la otra, el abono del último trimestre de honorarios por el arrendamiento de servicios.

Es decir, como la apelante no discute la resolución contractual (y lo podía haber hecho perfectamente conforme a lo prevenido por el art. 406 LEC, pues existiría conexidad al tratarse de la misma relación obligacional) y sólo reclama los honorarios del último trimestre de 2012, que le son concedidos, ya no tiene razón alguna para ejercitar el derecho de retención que dice le corresponde conforme al Derecho alemán.

En cualquier caso, atina la resolución de primera instancia al entender que al contrato de autos no le es aplicable el Derecho alemán. Y para decidirlo no es necesario plantear ninguna cuestión al TJUE. Resulta que conforme a lo dispuesto por el 4.3º Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) la ley aplicable será la española, ya que aunque la prestadora de servicios tenga su domicilio en Alemania (art. 4.1º.b) del citado Reglamento), lo cierto es que subcontrató los servicios a una empresa española (Voelker Service, S.L.) y estos se prestaban en España a empresas del grupo de la actora radicadas todas ellas en España, consistiendo la obligación contractual en el asesoramiento a esas empresas para trámites administrativos en España. Es decir, que conforme al art. 4.3º mencionada que dice: “Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los aps. 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país” será aplicable la ley española porque siendo esto así, en España no existe regulación sustantiva del derecho de retención. Señala la STS 7 julio 1987 que: “...notorio, como es, que por el Código civil español no ha sido regulado el derecho de retención como institución sustantiva, aunque sean numerosas sus aplicaciones en materia civil se da el caso, por falta de esa unidad conceptual y méritos de esa dispersión, de que sean también diversas las consecuencias jurídicas y económicas de ese derecho que, en unos supuestos, como el contemplado por el art. 502 Cc, lleva anejo un derecho de reintegro; en otros, se traduce en una preferencia

o prioridad como en la de los eventos a que aluden los n^{os} 4, 5 y 7 del art. 1922 que en algunos, como en los casos a que se refieren los arts. 276, 704 y 842 Ccom, el privilegio originario, se aproxima, casi hasta la confusión a un derecho de garantía”.

Y que en caso similar al que nos ocupa la SAP Almería Civil 2^a 2 mayo 2000 señaló que: “Mientras que el actor demanda el reintegro en la posesión de sus bienes, al demandado poseedor no propietario no puede concedérsele un derecho de retención, próximo a la realización arbitraria del propio derecho, so pretexto del cobro de una cantidad económica de la que pretende ser acreedor respecto de la sociedad, a la que, indudablemente, pudo demandar, sin privarla de la posesión de sus bienes muebles y libros obligados, con objeto de reclamación de pago de lo adeudado”.

Pero ya se mencionaba que todos estos argumentos se hacen ex abundancia porque ni siquiera hay que entrar a discutir si se reúnen los requisitos para el éxito de la acción reivindicatoria de bienes muebles. Las demandadas simplemente optan por la retención mientras no se les paguen sus honorarios, y como los honorarios que reclamaban les han sido concedidos por la resolución recurrida, ya no tiene motivo alguno para pretender la mencionada retención que, por otra parte, no sería amparable en Derecho español.

[GRANCA SUN LINE, S.L. / R. WPITE & PARTNER, STEUERBERATUNGSGESELLSCHAFT UND TREUHAND-GESELLSCHAFT GMBH Y DE VOELKER SERVICE, S.L.]

LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS

2017/28.— Audiencia Provincial de Navarra, Sección Tercera, Sentencia n° 323/2016 de 27 junio 2016. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto. JUR 2016/249644.

Contrato internacional de transporte de pasajeros por vía terrestre.— Ley aplicable.— Reglamento Roma I: ley española.— Incumplimiento de las obligaciones que corresponden al transportista.

Normas aplicadas: Art.10.5° Cc; art. 52 Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); art. 24 Reglamento (UE) n° 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 febrero 2011 sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004.

[...]

SEGUNDO: En palmaria contradicción con su demanda, alega la parte actora que resulta de aplicación el Derecho búlgaro ex art. 10.5° Cc. No obstante, aunque sea intrascendente como a continuación se verá, la apelante ni prueba cual sea el contenido de tal Derecho (art. 281.2° LEC) ni, por supuesto, señala de qué forma el mismo le sería favorable para obtener la estimación del recurso

La alegación no puede ser más desafortunada.

Al parecer las partes desconocen la existencia del Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como Reglamento Roma I).

Dicha norma comunitaria establece en su art. 5.2° que en defecto de elección por las partes de la ley aplicable al contrato para el transporte de pasajeros “el contrato se regirá por la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de origen o el lugar de destino también estén situados en ese país”.

La residencia habitual de la actora está en Pamplona, conforme a la demanda, de donde partió el viaje concertado, por lo que no ofrece duda de que la legislación aplicable es la española.

TERCERO: En su siguiente alegación la apelante expone, sin mayor argumento, que existió un incumplimiento del contrato de transporte por el demandado.

Y en la tercera altera sustancialmente los hechos alegados en la demanda, en armonía solo parcial con los considerados probados en la sentencia, viniendo a sostener que el demandado permitió a los viajeros bajar del autobús por el atasco, perdiéndose de vista el mismo algún tiempo, teniendo que caminar “una hora”, lo que provocó una “crisis de ansiedad” en la actora, que no ha olvidado, lo que le haría acreedora de la indemnización solicitada en la demanda.

El recurso se desestima pues el mismo no hace sino una petición de principio o supuesto de la cuestión, ya que no se combate adecuadamente la falta de prueba que la sentencia aprecia respecto a la propia existencia de esa “crisis de ansiedad” o experiencia estresante que refiere meses después.

En definitiva se fundamenta la apelación partiendo de premisas fácticas (existencia de una crisis de ansiedad “grave” y persistente, derivada los hechos) contrarias o distintas de las fijadas o consideradas en la resolución objeto de recurso, sin obtener previamente su sustitución, modificación o integración, extrayendo de ellas consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con la prueba, lo que significa hacer supuesto de la cuestión.

CUARTO: La impugnación deducida de contrario desenfoca el sentido de la sentencia impugnada. En contra de lo que se sostiene en la impugnación, la sentencia aprecia infracción contractual en la conducta del demandado y fija una indemnización que, sin duda alguna y a falta de cualquier otro daño sufrido por la demanda, lo es en concepto de daño moral; su importe es muy reducido en relación a lo solicitado en uso del arbitrio judicial.

Las alegaciones de la impugnación, combatiendo los hechos probados en la instancia, relativos a la inexistencia de incumplimiento contractual y no imputabilidad al demandado de lo ocurrido, no son atendibles porque no se encuentran fundados en ningún medio de prueba.

Atendiendo a los hechos probados, en contra de lo sostenido en la impugnación, es de apreciar el incumplimiento negligente de las obligaciones que incumbían al demandado como transportista, entre las que se cuenta suministrar “a los viajeros información adecuada a lo largo de su viaje” (vid. art. 24 Reglamento (UE) 181/2011 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 febrero 2011 sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004); en nuestro caso, sobre las prevenciones en caso de bajar del autobús y al retomar la marcha.

Y de tal incumplimiento, como en tantos otros casos, puede derivarse un daño moral.

CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CONDICIONES GENERALES QUE INCLUYEN UNA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN FAVOR DEL DERECHO EN EL QUE LA EMPRESA TIENE SU DOMICILIO SOCIAL

2017/29.— Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 28 julio 2016. Asunto C-191/15. Ponente: M. Safjan.

Cooperación judicial en materia civil.— Reglamentos (CE) nº 864/2007 y (CE) nº 593/2008.— Protección de los consumidores.— Directiva 93/13/CEE.— Protección de datos.— Directiva 95/46/CE.— Contratos de venta en línea celebrados con consumidores residentes en otros Estados miembros.— Cláusulas abusivas.— Condiciones generales que incluyen una cláusula de elección del Derecho aplicable en favor del Derecho del Estado miembro en el que la empresa tiene su domicilio social.— Determinación de la ley aplicable para apreciar el carácter abusivo de esas condiciones generales en el marco de una acción de cesación.— Determinación de la ley aplicable al tratamiento de los datos personales de los consumidores.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II); Reglamento (CE) nº 593/2008

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 octubre 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

[...]

35. *Mediante sus tres primeras cuestiones, que es preciso examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente trata de saber, en esencia, cómo deben interpretarse los Reglamentos Roma I y Roma II a efectos de determinar la ley o las leyes aplicables a una acción de cesación, en el sentido de la Directiva 2009/22, dirigida contra el uso de cláusulas supuestamente ilegales por una empresa establecida en un Estado miembro que celebra contratos por vía de comercio electrónico con consumidores residentes en otros Estados miembros y, en particular, en el Estado del órgano jurisdiccional ante el que se interpone la demanda.*

[...]

48. *Por consiguiente, procede considerar que la ley aplicable a una acción de cesación en el sentido de la Directiva 2009/22 debe determinarse, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1, ap. 3, del Reglamento Roma II, conforme al art. 6, ap. 1, de ese Reglamento, cuando se invoca la violación de una legislación que tiene como finalidad proteger los intereses de los consumidores frente al uso de cláusulas abusivas en las condiciones generales de venta.*

49. *En cambio, la ley aplicable al examen del carácter abusivo de las cláusulas que figuran en contratos de consumo y que son objeto de una acción de cesación debe determinarse de manera autónoma en función de la naturaleza de esas cláusulas. En este sentido, en el caso de que una acción de cesación se dirija a evitar que tales cláusulas se incorporen a contratos de consumo para crear así obligaciones contractuales, la ley aplicable a la apreciación de tales cláusulas debe determinarse con arreglo al Reglamento Roma I.*

50. *En el presente caso, las cláusulas supuestamente abusivas que son objeto de la acción de cesación en el litigio principal tienen, para los consumidores a los que se dirigen, la naturaleza de obligaciones contractuales en el sentido del art. 1, ap. 1, del Reglamento Roma I.*

51. *Esta conclusión no se ve desvirtuada en absoluto por el carácter colectivo de la acción mediante la cual se impugna la validez de tales cláusulas. En efecto, la circunstancia de que dicha acción no se dirija contra los contratos individuales efectivamente celebrados es inherente a la propia naturaleza de esa acción colectiva y preventiva, en el marco de la cual se efectúa un control abstracto.*

52. *Así pues, procede distinguir, a efectos de determinar el Derecho aplicable entre, por un lado, la apreciación de las cláusulas afectadas y, por otro, la acción de cesación del uso de dichas cláusulas, ejercitada por una asociación como VKI.*

53. *Esta distinción se impone para garantizar la aplicación uniforme de los Reglamentos Roma I y Roma II. Es más, el vínculo autónomo de las cláusulas de que se trata garantiza que el Derecho aplicable no varíe en función del tipo de acción elegida.*

54. *Si, en el marco de un procedimiento iniciado mediante la presentación de una acción colectiva, las cláusulas contractuales de que se trata debieran ser examinadas conforme al Derecho designado aplicable con arreglo al art. 6, ap. 1, del Reglamento Roma II, existiría riesgo de que los criterios de examen fueran diferentes de los utilizados en un procedimiento individual iniciado por un consumidor.*

55. *En efecto, en lo que atañe al examen de las cláusulas en un procedimiento individual iniciado por un consumidor, la ley designada como aplicable, como ley del contrato, puede ser diferente de la designada como aplicable, como ley delictual, a la acción de cesación. A este respecto, es preciso señalar que el nivel de protección de los consumidores varía también de un Estado miembro a otro, conforme al art. 8 de la Directiva 93/13, de modo que, aun permaneciendo igual el resto de factores, la apreciación de una cláusula puede variar en función del Derecho aplicable.*

56. Ese vínculo diferente de una cláusula, con arreglo a la ley designada como aplicable, en función del tipo de acción ejercitada tendría por efecto neutralizar la concordancia de apreciación entre acciones colectivas y acciones individuales que el Tribunal de Justicia ha establecido al obligar a los tribunales nacionales a extraer de oficio, también de cara al futuro, todas las consecuencias previstas en el Derecho nacional del reconocimiento del carácter abusivo de una cláusula que forma parte de los condiciones generales de los contratos de consumo en el marco de una acción de cesación, para que dicha cláusula no vincule a los consumidores que hayan celebrado un contrato que contenga esas mismas condiciones generales (véase la sentencia de 26 abril 2012, Invitel, C-472/10, ap. 43).

57. La incoherencia que resultaría de un vínculo diferente de una cláusula en función del tipo de acción ejercitada menoscabaría el objetivo perseguido por las Directivas 2009/22 y 93/13 que es hacer que cese eficazmente el uso de las cláusulas abusivas.

58. De las consideraciones anteriores resulta que la ley aplicable a una acción de cesación, en el sentido de la Directiva 2009/22, debe determinarse con arreglo al art. 6, ap. 1, del Reglamento Roma II cuando se invoca la violación de una legislación destinada a proteger los intereses de los consumidores frente al uso de cláusulas abusivas en las condiciones generales de venta, mientras que la ley aplicable a la apreciación de una cláusula contractual dada debe determinarse siempre con arreglo al Reglamento Roma I, en el marco de una acción individual o en el de una acción colectiva.

59. Sin embargo, es necesario precisar que, al apreciar el carácter abusivo de una determinada cláusula contractual en el marco de una acción de cesación, del art. 6, ap. 2, del Reglamento Roma I, resulta que la elección de la ley aplicable se hace sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones imperativas previstas por la ley del país en el que residen los consumidores cuyos intereses son defendidos mediante esa acción. Entre tales disposiciones pueden figurar las que transponen la Directiva 93/13 siempre que garanticen, conforme al art. 8, de ésta, un nivel de protección más elevado para el consumidor.

60. En consecuencia, procede responder a las tres primeras cuestiones prejudiciales que los Reglamentos Roma I y Roma II deben interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio del art. 1, ap. 3, de cada uno de esos Reglamentos, la ley aplicable a una acción de cesación, en el sentido de la Directiva 2009/22, dirigida contra el uso de cláusulas contractuales supuestamente ilegales por una empresa domiciliada en un Estado miembro que celebra contratos por vía de comercio electrónico con consumidores que residen en otros Estados miembros y, en particular, en el Estado del órgano jurisdiccional ante el que se interpone la demanda, debe determinarse conforme al art. 6, ap. 1, del Reglamento Roma II, mientras que la ley aplicable a la apreciación de una cláusula contractual dada debe determinarse siempre con arreglo al Reglamento Roma I, independientemente de que esa apreciación se efectúe en el marco de una acción individual o en el de una acción colectiva.

[...]

61. Mediante su cuarta cuestión, letra a), el órgano jurisdiccional remitente pregunta si una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un contrato celebrado por vía electrónica entre un profesional y un consumidor, en virtud de la cual la ley que rige ese contrato es la del Estado miembro del domicilio social de dicho profesional, es abusiva en el sentido del art. 3, ap. 1, de la Directiva 93/13.

[...]

67. En tales circunstancias, como ha señalado el Abogado General en el punto 94 de sus conclusiones, una cláusula de elección de la ley aplicable redactada previamente que designa al Derecho del Estado miembro donde se encuentra el domicilio del profesional sólo es abusiva si presenta ciertas características, propias de su tenor o contexto, que generan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

68. En particular, el carácter abusivo de esa cláusula puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en el art. 5 de la Directiva 93/13. Dada la situación de inferioridad en que se halla el consumidor con respecto al profesional en lo que se refiere, en particular, al nivel de información, esa exigencia debe ser objeto de una interpretación extensiva (véase, en este sentido, la sentencia de 23 abril 2015, Van Hove, C-96/14, ap. 40 y jurisprudencia citada).

69. Es más, cuando los efectos de una cláusula se determinen por disposiciones legislativas imperativas, es esencial que dicho consumidor sea informado por el profesional de dichas disposiciones (véase, en este sentido, la sentencia de 26 abril 2012, Invitel, C-472/10, ap. 29). Así sucede con el art. 6, ap. 2, del Reglamento Roma I, que dispone que la elección de la ley aplicable no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable.

70. Habida cuenta del carácter imperativo de la exigencia que figura en el art. 6, ap. 2, del Reglamento Roma I, un juez, ante una cláusula de elección de la ley aplicable, deberá aplicar, en el supuesto de que se trate de un consumidor que tenga su residencia principal en Austria, las exigencias de las disposiciones legales austriacas, a las que, según el Derecho austriaco, no pueden introducirse excepciones mediante acuerdo. Corresponderá, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente identificar esas disposiciones.

71. Por consiguiente, procede responder a la cuarta cuestión, letra a), que el art. 3, ap. 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un profesional, que no ha sido negociada individualmente, en virtud de la cual la ley del Estado miembro del domicilio social de ese profesional rige el contrato celebrado por vía de comercio electrónico con un consumidor, es abusiva en la medida en que induzca a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, sin informarle de que le ampara también, en virtud del art. 6, ap. 2, del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable, de no existir esa cláusula, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional a la luz de todas las circunstancias pertinentes.

[...]

72. Mediante su cuarta cuestión, letra b), el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 4, ap. 1, letra a), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que un tratamiento de datos personales efectuado por una empresa de comercio electrónico se rige por el Derecho del Estado miembro al que esa empresa dirige sus actividades.

[...]

80. Como ha señalado el Abogado General en el punto 128 de sus conclusiones, si el órgano jurisdiccional remitente demostrara que el establecimiento en el que Amazon EU efectúa el tratamiento de esos datos está situado en Alemania, el Derecho alemán debería regir ese tratamiento.

81. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuarta cuestión, letra b), que el art. 4, ap. 1, letra a), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que el tratamiento de datos personales efectuado por una empresa de comercio electrónico se rige por el Derecho del Estado miembro al que dicha empresa dirige sus actividades si esa empresa efectúa el tratamiento de los datos en cuestión en el marco de las actividades de un establecimiento situado en un Estado miembro. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si ése es el caso.

[VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION]

COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE EN EL EXTRANJERO POR VENDEDOR Y COMPRADOR EXTRANJEROS

2017/30.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimoprimer, Sentencia nº 436/2016, de 24 octubre 2016. Ponente: María de los Desamparados Delgado Tortosa. Roj: SAP M 13004/2016 – ECLI: ES:APM:2016:13004 Id Cendoj: 28079370112016100436.

Contrato de adquisición de vivienda a construir.— Vendedor y comprador extranjeros.— Promoción inmobiliaria situada en Brasil.— Contrato celebrado en España y sometido a la ley española.— Obligación del promotor de garantizar las cantidades adelantadas por el comprador.— Ley 57/1968, de

27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.— Responsabilidad subsidiaria de entidad bancaria española.

Normas aplicadas: Arts. 10.5º y 1255 Cc; art. 1 Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

PRIMERO: El presente recurso trae causa en la demanda presentada por D. Cecilio contra Banco Popular Español S.A. (en adelante Banco Popular), en reclamación de la cantidad de 27.602 euros, ejercitando acción de responsabilidad ex lege al amparo del art. 1 Ley 57/1968, de 27 de julio, por el que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, a fin de que se declare la responsabilidad de la demandada del perjuicio ocasionado al actor por inexistencia de la debida garantía, al no exigir a la entidad Promotora, conforme ordena el mencionado precepto legal, el cumplimiento de su obligación de garantizar la devolución de tales cantidades. Basa su pretensión en el contrato suscrito con fecha 27 noviembre 2007 con la entidad brasileña Lagoa do Coelho Empreendimentos Turísticos Ltda. (en adelante Lagoa), representada en dicho acto por la mercantil española Grupo Nicolas Mateos, S.L. (en adelante CNM), por el que el actor adquirió un apartamento a construir, que forma parte del conjunto residencial Lagoa do Coelho ubicado en el Estado de Rio Grande del Norte, en Brasil, anticipando en total, como parte del precio a su firma, la cantidad de 32102 euros. Con arreglo a lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato, en el plazo de tres meses desde la firma del mismo, la entidad vendedora se obligaba a hacer entrega de un aval garantizando las cantidades entregadas, pero ese aval nunca fue entregado, y las obras ni siquiera están iniciadas, tal como se hace constar en Auto de fecha 25 junio 2008 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Murcia, en sede de Diligencias Previas por querrela por presunto delito de estafa y apropiación indebida presuntamente cometidos por Romualdo, como legal representante del Grupo Nicolas Mateos, S.L. y de Lagoa do Coelho Empreendimentos Turísticos Ltda.. Añade en fecha 26 enero 2009 presentó querrela frente a Grupo Nicolas Mateos S.L. por los delitos de apropiación indebida y estafa, y asimismo se interesó la imputación como responsable civil subsidiario a la entidad aquí demandada Banco Popular.

[...]

SEGUNDO: La sentencia desestima la demanda conforme a un parco argumento que reproducimos íntegramente: “Segundo: Que las cantidades objeto de protección por mor de la citada Ley 57/1968 son todos aquellos(as) que fueron anticipadas por el comprador mediante el correspondiente ingreso en una entidad bancaria sea o no la cuenta especial concertado(a) entre el promotor y el vendedor y la entidad bancaria como cuenta ligada a la línea de avales. Que en el caso de autos la reclamación resulta impropiable la cuenta señalada en el contrato de compraventa, la cuenta donde se ingresaron las cantidades en (es) una cuenta corriente ordinaria tal y como se acredita con el documento 9 de la contestación, titularidad de Grupo Nicolas Mateo S.L. que actuaba en representación de Lagoa do Coelho Empreendimentos Turísticos Ltda Banco Popular no ha realizado operación alguna de financiación para la construcción, ni ha suscrito contratos de afianzamiento o aval; avales que según resulta de la documental obrante en los autos, si parece que fueron concertados con otras entidades como así consta en el documento que se aporta por la actora en el acto de la Audiencia previa. No existió como señala la actora cuenta abierta por la promotora en la entidad demandada y la obligación de aportar aval bancario no era del banco sino de la Promotora”.

[...]

TERCERO: No se aceptan los fundamentos de la sentencia de primera instancia. Ante todo, en adecuada sistemática y ante la omisión en la sentencia de instancia de concreta respuesta a la cuestión planteada por la parte demandada en su contestación a la demanda, en términos que reitera en su escrito oponiéndose al recurso de apelación, relativa a la falta de aplicación del derecho interno español para resolver el litigio suscitado en autos, que podemos entender que tácitamente rechaza en cuanto que entra en el fondo del asunto, se hace preciso determinar en primer término si es de aplicación al supuesto litigioso la normativa española y por ello la Ley 17/1968, en cuyo marco se ejercita la acción frente a la

demandada de responsabilidad por incumplimiento de la obligación legal establecida en el ap. 2 del art. 1 de dicha Ley, al no haber exigido la entidad financiera demandada a la promotora/vendedora la constitución de aval para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas en caso de frustración de la construcción. Se trata, en efecto, de un litigio en el que concurre elemento extranjero, pero en el que en el contrato, celebrado en España, existe pacto de sumisión expresa a la ley nacional española: “Las partes acuerdan que el presente contrato será sometido a las leyes españolas para todas las cuestiones relacionadas con la existencia, cumplimiento, validez, ejercicio e interpretación, excepto para aquellas cuestiones relacionadas con la transferencia de la propiedad objeto del presente contrato, para las cuales se regirá por las leyes brasileñas”. Remisión contractual que resulta jurídicamente válida, en virtud de la libertad de pacto que se establece en el art. 1255 Cc, puesto que tal estipulación no es contraria a las leyes. Conforme a las normas de conflicto españolas contenidas en el art. 10, regla 5ª Cc, “Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato”, entendemos que resulta aplicable, en cuanto a la reclamación y a la acción ejercitada por el actor recurrente, el Derecho español, pues aunque ni el actor comprador ni la promotora vendedora son nacionales españoles –aquél tiene nacionalidad británica y ésta es brasileña–, ni residen en España –no habiendo residencia común–, y la finca objeto del contrato de compraventa está fuera del territorio español, resulta que el contrato en el que la demandante funda sus pretensiones se ha formalizado en España, rigiéndose por el derecho español por elección expresa de las dos partes contratantes, que resulta aplicable a la reclamación y acción ejercitada frente a Banco Popular aquí demandado por conexión con el negocio, pues conforme a las exigencias del art. 1 de la Ley 57/1968, las cantidades anticipadas por el comprador se depositaron en una cuenta de dicha entidad financiera en Murcia, a la cual se le reclama ahora su restitución en base a su responsabilidad en el perjuicio ocasionado al actor por inexistencia de la debida garantía, al no exigir a la entidad Promotora, conforme ordena el mencionado precepto legal, el cumplimiento de su obligación de garantizar la devolución de tales cantidades.

[...]

IMPORTACIÓN Y SUMINISTRO DE CERVEZA. PRESCRIPCIÓN CONFORME A LA LEY ALEMANA VS. CALENDARIO EXPRESO DE PAGOS

2017/31.– Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Tercera, Sentencia nº 430/2016, de 28 diciembre 2016. Ponente: Catalina María Moragues Vidal. Roj: SAP IB 2287/2016 – ECLI: ES:APIB:2016:2287 Id Cendoj: 07040370032016100412.

Contrato de importación, suministro y distribución de cerveza.– Sometimiento a la ley alemana y a los tribunales alemanes.– Sucesivos suplementos del contrato inicial.– Competencia judicial internacional.– Sumisión tácita a los tribunales españoles.– Ausencia de verificación de oficio de la competencia internacional.– Ley aplicable: prescripción conforme a la ley alemana.– Prevalencia del calendario de pagos pactado en sucesivos suplementos.

Normas aplicadas: Arts. 4 y 26.1º Reglamento UE 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; arts. 9.1º y 22 LOPJ; arts. 36, 38, 56.2º y 57 LEC.

PRIMERO: Frente a la reclamación de la entidad actora, consistente en el pago de la suma de 174.379,33 euros, que, afirma dicha parte, le adeudan los demandados por causa de las relaciones comerciales habidas entre ambas entidades, constituyéndose el Sr. Pascual como fiador personal de la entidad demandada, oponen los demandados al contestar a la demanda: i) la falta de competencia territorial del juzgado, ii) que al ser la legislación aplicable a la presente reclamación la alemana, la acción ejercitada habría prescrito en aplicación del art. 195 Cc alemán, por haber transcurrido más de tres años

desde la fecha del suministro hasta la primera reclamación. El primero de los antedichos motivos fue desestimado por auto de 10 abril 2015, y el segundo mediante la sentencia que concluye la primera instancia y que constituye el objeto de la presente alzada al haber sido impugnada por la parte demandada que solicita, de este Tribunal, su revocación y el dictado de otra, en su lugar, por la que se desestime la demanda absolviéndola de los pedimentos deducidos en su contra.

[...] La parte actora hoy apelada se opone al recurso interpuesto de adverso y solicita la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO: El recurso no puede prosperar por las razones que seguidamente pasamos a exponer:

1º) Frente a la demanda origen del presente procedimiento, la parte demandada –que tiene su domicilio en España, exactamente en el término municipal de Luchmajor, tanto Cowasa como el Sr. Pascual –, no formuló en tiempo y forma la declinatoria de jurisdicción, sino que al personarse y contestar a la demanda en su contra interpuesta alegó en primer lugar la “falta de competencia territorial internacional” afirmando que las partes habían pactado la sumisión expresa al tribunal alemán. Dicha alegación dio lugar a que de oficio la jueza a quo ordenara oír a las partes y al ministerio fiscal por el plazo de 10 días y, posteriormente, dictó el auto de fecha 10 abril 2015 por el que se declaró la competencia del Juzgado para conocer del presente procedimiento. Resolución frente a la que se aquietaron las partes, continuándose el procedimiento con el señalamiento de la audiencia previa. Debe señalarse que la apreciación de oficio de la falta de competencia internacional prevista en el art. 38 LEC solo es posible cuando concurra alguno de los tres supuestos contemplados en el art. 36.2º LEC, es decir, (i) cuando se trate de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución, (ii) cuando un convenio internacional establezca la competencia exclusiva de los tribunales de otro Estado y (iii) en caso de incomparecencia del demandado, si la competencia solo pudiera fundarse en la sumisión tácita. Ello sin perjuicio de que el demandado pueda alegar la falta de competencia internacional de los tribunales españoles por medio de declinatoria.

2º) El art. 36 LEC determina la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales españoles de acuerdo con lo dispuesto en la LOPJ, así como por los tratados y convenios internacionales en los que España es parte, señalando la obligada abstención de los tribunales españoles cuando, y así se ha dicho antes, la causa afecte a ciudadanos o bienes con inmunidad declarada por las normas de Derecho internacional público, cuando en virtud de tratado se atribuya el conocimiento del asunto a la jurisdicción de otro Estado, cuando no comparezca el demandado si solo correspondiera la jurisdicción a los tribunales españoles por la sumisión tácita de las partes. En el art. 39 de la Ley Procesal se regula tanto la apreciación de oficio de ésta como el modo, a través de declinatoria, en el que el demandado podrá denunciar esta ausencia de competencia internacional o falta de jurisdicción para conocer de este asunto. También en este sentido el art. 9.1º LOPJ dispone que los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley, y el art. 22 de la propia Ley establece las reglas que determinan la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles, con carácter imperativo y no dispositivo, por lo que su observancia ha de ser apreciada de oficio por el Juzgador, sin que la autonomía de la voluntad de las partes pueda alterar su aplicación de no existir sumisión. De este modo, tras realizar minuciosa expresión de la competencia que con carácter exclusivo se hace en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España; en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como, respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos; en materia de inscripciones o de validez de patente y otros derechos sometidos a depósito o registro cuando se hubiere solicitado o efectuado en España el depósito o registro; en materia de reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero, se realiza otra atribución, esta vez con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España (supuesto que es el de autos).

3º) Reconoce la juzgadora a quo, y se comparte por la Sala, que en el presente caso y en el documento suscrito por las partes en el año 1993, se incluyó un acuerdo atributivo de competencia al tribunal alemán. Ahora bien, y conforme se preceptúa en el art. 24 del Reglamento 44/2001, “Con independencia de

los casos en los que su competencia resultara de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el tribunal de un Estado miembro ante el que compareciera el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tuviera por objeto impugnar la competencia o si existiera otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del art. 22". Siendo que, y como ya se ha dicho, los demandados, con domicilio en Lluchmajor, comparecieron para contestar a la demanda sin haber formulado la declinatoria en tiempo y forma, y sin que en el presente caso nos hallemos ante un supuesto de competencia exclusiva del art. 22. Debe recordarse que los arts. 56.2º y 57 LEC que regulan la sumisión tácita dentro de la competencia territorial, y respecto al demandado se entiende dicha sumisión por el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria. También se considerará tácitamente sometido el demandado que, emplazado o citado en forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer la declinatoria". En el presente caso concurre la circunstancia destacada de que los demandados, se reitera, tienen su domicilio social y personal en Mallorca, siendo emplazados en tal domicilio en debida forma, y se personaron en autos contestando a la demanda sin plantear la declinatoria, por lo que puede entenderse que existió sometimiento a la competencia territorial.

4º) En igual sentido se prevé en el Reglamento UE nº 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento de Bruselas I bis), que establece en su art. 26.1º que la impugnación de la competencia deberá realizarse mediante el mecanismo legalmente establecido, que en España, es la declinatoria. Además, podría operar la previsión del art. 4 del citado Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Consejo de 12 diciembre 2012, en la medida en que una persona, en este caso jurídica, tuviera su domicilio en España, supuesto de autos, que entrañaría su sumisión a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia, en este caso los españoles. En el supuesto de autos, no gozando de inmunidad de jurisdicción la entidad demandada ni entrando en juego fueros exclusivos, nada impide la determinación de la competencia internacional de los tribunales españoles en virtud de sumisión tácita.

5º) En cuanto al Derecho aplicable, este tribunal comparte el parecer de la jueza a quo relativo a que, de la interpretación de los sucesivos contratos suscritos por las partes, se concluye, sin género de duda, que si bien en el año 1993 se pactó expresamente (cláusula 13 del contrato de 7 abril 1993) que "la relación comercial queda sujeta a las disposiciones del derecho alemán", dicho acuerdo quedó sin efecto por los pactos a los que llegaron las partes en el año 2001, sin que exista discusión entre los litigantes respecto del contenido literal de tales contratos, siendo que, en el último de ellos, el suscrito el 6 diciembre 2001 y denominado como un nuevo suplemento, se fija la deuda pendiente en 204517 euros, y se establece el calendario de pagos, estableciéndose de forma clara que "La empresa Cowarsa declara estar de acuerdo con seguir el procedimiento de cobro español", y que "a fin de asegurar los créditos "Don Pascual asume una fianza de deuda propia personal mediante la firma de este contrato de forma privada como fiador". Afirmando, como lo hace la parte apelante, que tales acuerdos no guardan relación alguna con la reclamación que se efectúa en autos, únicamente se entiende como una manera de sustentar su tesis exculpatoria, pero ello no se mantiene a la vista del contenido del meritado contrato, en virtud del cual se demanda una cantidad determinada resultado del calendario de pagos previsto en dicho contrato que fue incumplido por la demandada, incumplimiento que no se discute, y que, además, facultaba a reclamar la deuda de forma solidaria contra el Sr. Pascual al asumir éste la deuda en calidad de fiador, extremo que tampoco se discute.

6º) Pero es que, además, el contrato de 7 abril 1993 había sido resuelto por las partes en el citado contrato de 6 diciembre 2001, y así expresamente se dice en el acto 1 in fine de dicho contrato (al folio 26), "Por último, las partes están de acuerdo en que el acuerdo de asociación del 18.03/07.04.1993 queda rescindido con efectos a partir del 01.03.2001", sin realizar salvedad alguna.

7º) En consecuencia, indiscutida la deuda reclamada, y la obligación solidaria del pago que incumbe a los demandados, deberá ser mantenido el fallo de la sentencia apelada.

[WARSTEINER BRAUEREI HAUS CRAMER KG / COMERCIAL WARSTEINER SA Y DON PASCUAL]

CONTRATO INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS. LEY APLICABLE

2017/32.— Audiencia Provincial de Zamora, Sección Primera, Sentencia nº 107/2017 de 7 abril 2017. Ponente: Ana Descalzo Pino. JUR 2017\138448.

Contrato internacional de mercancías.— Ley aplicable: Reglamento Roma I.— Ley italiana de la residencia habitual del vendedor.— Ausencia de alegación y prueba del Derecho extranjero.— Aplicación de la ley española.— Inaplicación de los principios UNIDROIT por no haber sido elegidos por las partes.

Normas aplicadas: arts. 3 y 4 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 abril 1980.

[...]

SEGUNDO: Se acepta en su integridad la Fundamentación Jurídica contenida en la sentencia de instancia.

Expuesta la posición que mantienen las partes en la presente alzada la resolución del problema debatido pasa por determinar qué legislación es aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías que nos ocupa, calificación del contrato no discutida por las partes, pues de ser el Derecho español la acción no habría prescrito en virtud de lo dispuesto en el art. 1964 Cc español, y de entender aplicable los principios UNIDROIT alegados por el demandado, habría que entender prescrita la acción ejercitada conforme a lo previsto en el art 10.2 de dichos principios.

La sentencia apelada, entiende aplicable el Convenio de las Naciones Unidas, hecho en Viena, 11 abril 1980 (CCIM), ratificado por España el 17 julio 1990 (BOE 30.1.1991), y en cuanto a las obligaciones y derechos derivados del contrato también por el Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como por el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que incorpora al Derecho interno UE el Convenio de Roma de 1980. En este Reglamento, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 29), se establece como regla general que el contrato se regirá por la ley elegida por las partes (art. 3.1º) y, en defecto de elección, la ley aplicable al contrato se determinará por los criterios que se fijan en el art. 4, cuyo apartado 1º letra a) establece que “el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual”. Por lo anterior entiende aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías la ley italiana, pues es ese País el de residencia del vendedor de las mercaderías. Ahora, al no haberse acreditado ni el contenido ni vigencia en materia de prescripción del derecho italiano pues ni siquiera se invoca, debe aplicarse subsidiariamente el derecho español, en aplicación de reiterada jurisprudencia que así lo establece.

Frente a dicha argumentación el demandado alega infracción de la normativa de aplicación pues entiende que en el supuesto que se examina resultan aplicables los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, en cuyo art. 10.2º establece un plazo de prescripción de tres años. Frente a dicha argumentación esta Sala comparte lo resuelto por la sentencia de instancia en el sentido de que de acuerdo con el preámbulo, los principios de UNIDROIT son de aplicación cuando las partes del contrato hayan decidido que el mismo se rija por estos principios (autonomía de la voluntad). También serán de aplicación cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del Derecho, la lex mercatoria o expresiones semejantes, pudiendo también acudir a los mismos para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme del comercio internacional por parte de jueces y tribunales. Dichos principios ni tienen rango normativo ni tienen carácter vinculante.

Examinado el supuesto de enjuiciamiento y dado que las partes no acordaron someterse a dichos principios en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, reconocido igualmente en el Reglamento 593/2008 en su art. 3, resulta aplicable en defecto de elección lo previsto en el art 4.1º de dicho Reglamento, que establece sin lugar a dudas en defecto de elección de ley distintos fueros territoriales en función del contrato de que se trate, previendo que para la compraventa de mercaderías: ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual.

Consecuencia de todo lo expuesto y dado que no se ha acreditado lo dispuesto en la ley italiana respecto al plazo de prescripción, procede aplicar supletoriamente la ley española, cuyo plazo prescriptivo a la fecha del contrato era de 15 años.

TERCERO: Respecto al fondo del asunto esgrime el apelante como motivo de apelación el error en la valoración de la prueba en que incurre el Juez a quo, error que sustenta en una serie de indicios que han de llevar, según el mismo, a afirmar la inexistencia de la deuda, indicios como: la tardanza en la reclamación por parte de la actora, más de seis años; la existencia de pagos que se imputan a facturas posteriores sin hacer referencia a la existencia de deuda más antigua, y la interpretación realizada por el Juez a quo de la declaración del testigo, colaborador del negocio.

Pues bien, ha de señalarse que esos indicios serían valorables de no existir prueba directa que acredite la existencia de la deuda, prueba esta que existe en el procedimiento pues todos los documentos aportados por la actora con su reclamación, documento nº 3, 17, 19 y 20 han sido enteramente reconocidos por el representante de la empresa actora en España, quien sin duda alguna afirma la existencia del impago, el plan de pagos pactado, el nuevo incumplimiento de dicho plan, reconociendo todos y cada uno de los documentos. Igualmente el testigo, hijo del demandado y trabajador del departamento comercial, reconoce el documento nº 17 relativo al plan de pagos y aun cuando dice no recordar muy bien el resto, si manifiesta que cree que la deuda estaba vencida, es decir liquidada; así como que existió un pago posterior a todos esos correos. Del resultado de dicha prueba se desprende la existencia y cuantía de la deuda a fecha septiembre de 2009, correspondiendo, tal y como se pronuncia la sentencia recurrida, la prueba del pago de dicha deuda a la parte demandada, parte que únicamente ha acreditado el pago con fecha enero de 2010 del importe de 1823,74 euros; suma, que minorada de la totalidad de la deuda reconocida en dichos correos, coincide exactamente con la cantidad reclamada.

Consecuencia de todo lo expuesto es que haya de desestimarse el recurso interpuesto en su integridad.

DERECHO DEL TRABAJO

DERECHO APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO: NORMATIVA DE UN ESTADO MIEMBRO QUE ESTABLECE UNA DISMINUCIÓN DE LOS SALARIOS EN EL SECTOR PÚBLICO DEBIDO A UNA CRISIS PRESUPUESTARIA

2017/33.— Tribunal de Justicia, Gran Sala, Sentencia de 18 octubre 2016. Asunto C-135/15. Ponente: C. Lycourgos.

Cooperación judicial en materia civil.— Derecho aplicable al contrato de trabajo.— Reglamento (CE) nº 593/2008 – Art. 28 – Ámbito de aplicación *ratione temporis*.— Art. 9.— Concepto de “leyes de policía”.— Aplicación de leyes de policía de Estados miembros distintos del Estado del foro.— Normativa de un Estado miembro que establece una disminución de los salarios en el sector público debido a una crisis presupuestaria.— Deber de cooperación leal

Normas aplicadas: Art. 9, ap. 3, y 28 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

[...]

25. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 28 del Reglamento Roma I ha de interpretarse en el sentido de que las disposiciones de dicho Reglamento se aplican únicamente a las relaciones laborales establecidas sobre la base de un contrato celebrado después del 16 diciembre 2009 o en el sentido de que se aplican igualmente a las relaciones laborales constituidas a más tardar en esa fecha y que las partes hayan decidido, después de dicha fecha, proseguir, con o sin modificación.

[...]

34. En efecto, mientras que la propuesta COM(2005) 650 final de la Comisión, de 15 diciembre 2005, de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), preveía que se incluyesen en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento las «obligaciones contractuales nacidas después de su entrada en vigor», la referencia a estas últimas fue reemplazada, en el art. 28 del Reglamento Roma I, por una referencia a los «contratos» celebrados a partir del 17 diciembre 2009. Pues bien, aunque la referencia propuesta por la Comisión a las obligaciones contractuales nacidas después de la entrada en vigor del referido Reglamento incluía, además de los contratos celebrados después de dicha entrada en vigor, los efectos futuros de los contratos celebrados con anterioridad, a saber, las obligaciones nacidas de estos últimos contratos después de la fecha de entrada en vigor mencionada, no cabe decir lo mismo de los términos del art. 28 del Reglamento Roma I, que se refieren exclusivamente a los contratos celebrados a partir del 17 diciembre 2009, fecha de entrada en vigor del referido Reglamento en virtud de su art. 29. De ello se desprende que, en contra de lo que pretende el órgano jurisdiccional remitente, todo consentimiento de las partes contratantes posterior al 16 diciembre 2009 con el que manifiesten su intención de proseguir con la ejecución de un contrato celebrado anteriormente no puede dar lugar a la aplicación del Reglamento Roma I a dicha relación contractual, puesto que de lo contrario se vulneraría la voluntad claramente expresada por el legislador de la Unión.

35. Esta elección quedaría desvirtuada si toda modificación, incluso mínima, introducida por las partes a partir del 17 diciembre 2009 en un contrato celebrado antes de esa fecha bastase para que dicho contrato entrase en el ámbito de aplicación del referido Reglamento.

36. Además, considerar que toda modificación del contrato inicial introducida de común acuerdo a partir del 17 diciembre 2009 pudiera llevar a incluir dicho contrato en el ámbito de aplicación del referido Reglamento y, en consecuencia, a someterlo a normas de conflicto de leyes distintas de las aplicables en el momento de la celebración inicial del citado contrato sería contrario al principio de seguridad jurídica y, más concretamente, resultaría desfavorable para la previsibilidad del resultado de los litigios y la seguridad en cuanto a la ley aplicable, que, según el considerando 6 del Reglamento Roma I, figuran entre los objetivos de éste.

37. En cambio, tal y como señaló la Comisión en sus observaciones escritas, no puede excluirse que un contrato celebrado antes del 17 diciembre 2009 sea objeto, con posterioridad a dicha fecha, de una modificación, acordada entre las partes contratantes, de tal envergadura que no pueda considerarse que se trate de una mera actualización o adaptación de dicho contrato, sino de la creación de una nueva relación jurídica entre las partes contratantes, de modo que deba considerarse que el contrato inicial queda sustituido por un nuevo contrato celebrado a partir de dicha fecha, en el sentido del art. 28 Reglamento Roma I.

38. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, en el caso de autos, el contrato celebrado entre el Sr. Nikiforidis y su empleador fue objeto, después del 17 diciembre 2009, de una modificación de tal envergadura acordada por las partes. De no ser así, el Reglamento Roma I no será aplicable al litigio principal.

39. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 28 del Reglamento Roma I debe interpretarse en el sentido de que una relación contractual nacida antes del 17 diciembre 2009 únicamente estará comprendida en el ámbito de aplicación del citado Reglamento si dicha relación ha sido objeto, como consecuencia del consentimiento mutuo de las

partes contratantes manifestado con posterioridad a la referida fecha, de una modificación de tal envergadura que deba considerarse que se ha celebrado un nuevo contrato después de esa fecha, extremo que habrá de dilucidar el órgano jurisdiccional remitente.

[...]

40. Mediante sus cuestiones prejudiciales segunda y tercera, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, por un lado, si el art. 9, ap. 3, del Reglamento Roma I debe interpretarse en el sentido de que excluye que el juez del foro pueda tomar en consideración, directa o indirectamente, en virtud del Derecho nacional aplicable al contrato, leyes de policía que no sean las del Estado del foro o las del Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas y, por otro lado, cuáles son las eventuales exigencias resultantes del principio de cooperación leal consagrado en el art. 4 TUE, ap. 3, para la toma en consideración, directa o indirecta, de esas otras leyes de policía por el juez del foro.

[...]

49. De cuanto antecede se desprende que la enumeración de las leyes de policía que el juez del foro puede aplicar contenida en el art. 9 Reglamento Roma I es exhaustiva.

50. De ello se deduce que el art. 9 Reglamento Roma I debe interpretarse en el sentido de que excluye que el juez del foro pueda aplicar, como normas jurídicas, leyes de policía que no sean las del Estado del foro o las del Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas. Por consiguiente, en la medida en que, según el órgano jurisdiccional remitente, el contrato de trabajo del Sr. Nikiforidis se ha venido ejecutando en Alemania y el órgano jurisdiccional remitente es alemán, éste no puede aplicar, ni directa ni indirectamente, en el caso de autos, las leyes de policía griegas mencionadas en su petición de decisión prejudicial.

51. En cambio, el art. 9 del referido Reglamento no se opone a la toma en consideración, como circunstancia de hecho, de las leyes de policía de un Estado que no sea el Estado del foro o el Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, en la medida en que una norma material del Derecho aplicable al contrato en virtud de las disposiciones de ese mismo Reglamento lo prevea.

52. En efecto, el Reglamento Roma I armoniza las normas de conflicto de leyes en lo que respecta a las obligaciones contractuales pero no en lo que atañe a las normas materiales del Derecho de los contratos. Si estas últimas establecen que el juez del foro puede tener en cuenta, como circunstancia de hecho, una ley de policía perteneciente al ordenamiento jurídico de un Estado distinto del Estado del foro o del Estado de ejecución de las prestaciones contractuales, el art. 9 de dicho Reglamento no puede impedir que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto tenga en cuenta dicha circunstancia de hecho.

53. En estas circunstancias, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si, a la luz del Derecho material aplicable al contrato de trabajo controvertido en el litigio principal, es posible tomar en consideración las Leyes nº 3833/2010 y nº 3845/2010 en el marco de la apreciación de los hechos pertinentes del caso de autos.

54. El examen del principio de cooperación leal, consagrado en el art. 4 TUE, ap. 3, no permite llegar a otra conclusión. En efecto, este principio no autoriza a un Estado miembro a eludir las obligaciones que le impone el Derecho de la Unión ni permite, en consecuencia, al órgano jurisdiccional remitente hacer caso omiso del carácter exhaustivo de la enumeración de las leyes de policía a las que puede darse efecto, tal y como figura en el art. 9 Reglamento Roma I, para dar efecto, como normas jurídicas, a las leyes de policía griegas controvertidas en el litigio principal (véase, por analogía, la sentencia de 23 enero 2014, Manzi y Compagnia Naviera Orchestra, C-537/11, ap. 40).

55. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que el art. 9, ap. 3, del Reglamento Roma I debe interpretarse en el sentido de que excluye que el juez del foro pueda aplicar, como normas jurídicas, leyes de policía que no sean las del Estado del foro o las del Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, pero no se opone a que dicho juez tome en consideración esas otras leyes de policía como circunstancia de hecho en la medida en que el Derecho nacional aplicable al contrato en virtud de

las disposiciones de ese Reglamento lo prevea. Esta interpretación no queda desvirtuada por el principio de cooperación leal consagrado en el art. 4 TUE, ap. 3.

[...]

[REPUBLIK GRIECHENLAND Y GRIGORIOS NIKIFORIDIS]

LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO

2017/34.— Tribunal Superior de Justicia Illes Balears, Sala de lo Social, Sentencia de 1 junio 2017.
Ponente Antonio Oliver Reus .Roj: STSJ BAL 470/2017 – ECLI: ES:TSJBAL:2017:470 Id Cendoj: 07040340012017100214.

Contrato de trabajo.— Contrato celebrado en Alemania.— Sometimiento expreso al Derecho alemán.— Despido improcedente.— Despido de un trabajador español responsable de desarrollo comercial para España y Portugal.— Empresa alemana.— Legislación aplicable.— Art. 8 Reglamento Roma I.— Aplicación del Derecho español.

Normas aplicadas: Arts. 3.1º y 8º Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); arts. 218.1º LEC; art. 97.2º LRJS.

PRIMERO: La parte demandante formula recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social en la que se desestimó su demanda en la que ejercitaba con carácter alternativo las acciones de despido y de extinción del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial.

En el recurso se solicita con carácter principal que se declare la nulidad de la sentencia y subsidiariamente, que se estime la demanda y se condene a la empresa al abono de la indemnización procedente según la legislación española en los casos de despido improcedente o la que corresponda.

El recurso ha sido impugnado por la empresa demanda.

[...]

SEGUNDO. El recurso articula un primer motivo al amparo de lo establecido en el art. 193 a) LRJS para denunciar que la sentencia recurrida adolece del vicio de incongruencia e infringe lo dispuesto en los arts. 218.1º LEC y 97.2º LRJS en relación con el art. 24 CE, por lo que debe acordarse su nulidad y devolver lo actuado al juzgado de procedencia para que se proceda a la resolución de la cuestión planteada aplicando el Derecho español y no el Derecho alemán.

Se sostiene que la juez de instancia ha resuelto la cuestión planteada aplicando el Derecho alemán sin que ninguna de las partes invocase su aplicación, debiendo entenderse que hubo una tácita admisión de que debía operar el Derecho español.

Ciertamente, tanto la demanda como la contestación se fundaron por las partes en el Derecho español y sin embargo, en la sentencia recurrida se declara aplicable el derecho alemán cuyo contenido no aparece en las actuaciones y es desconocido por esta sala al no ser aplicable en relación al mismo el principio iura novit curiae.

[...]

TERCERO. Ahora, por la vía del art. 193 c) LRJS se plantean tres motivos de censura jurídica que tienen por objeto la determinación del derecho aplicable y la carga de la prueba de su contenido.

Pasamos a resolver el último de los motivos en el que se plantea la cuestión del Derecho aplicable, siendo innecesario resolver sobre la carga de la prueba de la legislación extranjera y sobre el Derecho aplicable en defecto de prueba del derecho extranjero porque a juicio de la sala resulta aplicable el derecho español por las razones que pasamos a exponer.

La norma que regula la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea es el Reglamento 593/2008 (Roma I). En dicha norma se establece como regla general la libre elección de la ley aplicable por las partes del contrato. La elección puede ser expresa o tácita y puede realizarse en cualquier momento e incluso puede modificarse la ley elegida con anterioridad.

A tal fin destacamos que en el art. 3.1º se establece lo siguiente:

“El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”.

Y en el apartado segundo lo siguiente:

“Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad.”

En el presente caso, con independiente del pacto contenido en el contrato de trabajo sobre sometimiento al derecho alemán, parece evidente que hubo una posterior elección tácita, que resulta de manera inequívoca de las circunstancias del caso, pues a la demanda formulada por el demandante invocando el Derecho español se opuso la empresa con fundamento en el Derecho español, lo que evidencia sin lugar a dudas una voluntad común de que la cuestión fuera resuelta aplicando el derecho español.

Por otra parte, aunque no resulta aplicable el art. 3.3º del reglamento porque todos los elementos pertinentes para establecer el Derecho aplicable no están localizados fuera de España, sí resulta aplicable el art. 8 del Reglamento que regula la ley aplicable en los contratos individuales de trabajo.

Conforme a tal norma la elección de la ley aplicable no puede tener por resultado privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los aps. 2, 3 y 4 del mismo artículo.

Y en el ap. 2 se establece que si la ley aplicable no ha sido elegida por las partes el contrato se regirá por la ley del país en el cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente.

En el presente caso el demandante desarrollaba su trabajo en Madrid, tal como se recoge en el hecho probado primero y por tanto, la elección de la ley alemana contenida en el contrato de trabajo no podía privar al demandante de la protección de las disposiciones del derecho español que no pueden excluirse mediante acuerdo y tal es el caso de las normas reguladoras del despido y de la extinción por incumplimiento empresarial contenidas en los arts. 49 ss del Estatuto de los Trabajadores.

Por tanto, prospera el motivo en cuanto postula que el conflicto entre las partes debe resolverse a la vista de las disposiciones del Derecho español, que además fueron las invocadas en la contestación a la demanda para oponerse a las pretensiones de la misma.

[...]

DIVORCIO

DIVORCIO: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE

2017/35.— Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, Sentencia nº 404/2016 de 29 julio 2016. Ponente: Francisco Javier Valdés Garrido. JUR 2016/210564.

Divorcio.— Asignación de vivienda conyugal y establecimiento de alimentos a favor de los hijos.— Legislación marroquí.— Reglamento Roma III.— Aplicación de la ley española.— Solicitud de suspensión temporal de la obligación alimenticia.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º y 107.2º Cc; Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 octubre 1996; arts. 5 y 8l Convenio entre el Reino de España y el Reino de

Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 mayo 1997; Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 23 noviembre 2007; arts. 142 ss Cc.

PRIMERO: En el presente proceso de divorcio de los cónyuges contendientes, ambos de nacionalidad marroquí y residentes en España, la Juzgadora de instancia, haciendo aplicación del Código de Familia marroquí o Mudawana, vino a declarar la disolución del matrimonio con adopción de las siguientes medidas: 1.– la atribución a la esposa de la guarda y custodia (hadana) de los dos hijos menores Eulogio y Justiniano, con determinación de un régimen de visitas al esposo en cuanto progenitor no custodio; 2.– la obligación de abono por el esposo de una pensión de manutención a sus hijos menores (nafaga), del orden de 200 euros mensuales actualizables (100 euros por cada hijo); y 3.– la atribución a la esposa del uso del domicilio familiar, debiendo el esposo hacer frente a la mitad del precio del alquiler.

Frente a la sentencia de instancia recurre en apelación el esposo.

[...] TERCERO: Por lo que hace al primer motivo impugnatorio del recurso de apelación, relativo a la determinación de la ley aplicable al divorcio litigioso, con elemento extranjero, es preciso señalar que la fecha de interposición de la demanda es del mes junio 2015. Momento en el que ya resultaba de aplicación el Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, que vino a dejar inoperativo el art. 107.2° Cc.

Conforme a dicho Reglamento comunitario los cónyuges tienen la posibilidad de elegir la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial dentro de un grupo limitado de normativas legales con las que mantengan vínculos estrechos (art. 5 del Reglamento citado).

Y, a falta de elección por las partes, el art. 8 del referido Reglamento establece, en orden de preferencia, que el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado:

a) En que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,

b) En que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de interposición de la demanda, en su defecto,

c) De la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,

d) Ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

Con lo cual, en el presente caso, no constando la elección de normativa por las partes y teniendo ambos litigantes, de nacionalidad marroquí, su residencia habitual en España en el momento de interposición de la demanda, resulta que la ley aplicable a los efectos del divorcio es la española.

Inexistiendo cuestión alguna en cuanto a la procedencia de la declaración de disolución, por divorcio, del matrimonio de los litigantes (cuya celebración tuvo lugar en el año 1995), vistos los términos del art. 86 Cc.

CUARTO: Por lo que respecta a las medidas reguladoras del divorcio, es de señalar que las mismas vienen fundamentalmente referidas a los aspectos personal y económico de los dos hijos menores del matrimonio, Eulogio y Justiniano, con también residencia habitual en España. No siendo objeto de impugnación las medidas de tipo personal, para cuya adopción cabe estimar competente a los tribunales españoles, a medio de la aplicación de la normativa estatal, a tenor de lo establecido en el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores, y Convenio España–Marruecos de 30 mayo 1997.

Por lo que concierne a las medidas de tipo económico, en lo que atañe a su afectación a los hijos menores hay que tener en cuenta el Reglamento (CE) n° 4/2009, del Consejo, de 18 diciembre 2008, denominado “Bruselas III”, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución

de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, y el Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2.007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de los que, a tenor de las circunstancias concurrentes de residencia habitual en España de los esposos e hijos y de encontrarnos ante obligaciones alimentarias relacionadas con el estado de las personas (cuál el divorcio), cabe derivar igualmente la competencia de los tribunales españoles para su decisión con asimismo aplicación al caso de la normativa española.

Así pues, con base en tales criterios, procede analizar las pretensiones del esposo tendentes a la revocación del pronunciamiento de atribución a la esposa del domicilio conyugal y contribución al pago de la mitad del precio de su alquiler así como a la suspensión temporal de abono de la pensión alimenticia en favor de los hijos menores.

[...]

2017/36.— Audiencia Provincial Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia nº 409/2016, de 20 diciembre 2016. Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández. TOL5.937.338.

Competencia judicial internacional.— Demanda de divorcio.— Nulidad matrimonial.— Declinatoria.— Pensión compensatoria.— Ley aplicable.

Normas aplicadas: Art. 3 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III); arts. 81 y 86 Cc.

En el FD 1º de la sentencia de instancia se expone, con relación a la cuestión de la competencia judicial internacional, lo siguiente:

“PRIMERO.— Como ya dijimos en nuestro Auto de fecha 17 noviembre 2015 al pronunciarnos sobre la declinatoria de jurisdicción internacional promovida por la parte demandada, siendo el demandante y la demandada nacionales de la República Federal de Alemania y de la República de Perú, respectivamente, este Juzgado es competente para conocer de la demanda de divorcio que nos ocupa por aplicación del art. 3 Reglamento 2201/2003, del Consejo de la Unión Europea, de fecha 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. En efecto, el art. 3 de dicho texto legal establece en su apartado primero las reglas de competencia general en la materia, que son las siguientes [...]

En el caso enjuiciado está acreditado mediante certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento de esta ciudad que el demandante tiene su residencia habitual en Palma de Mallorca y que ha residido en esta ciudad durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, por lo que este Juzgado es competente para sustanciarla. Por su parte, la demandada reside en territorio alemán”.

Seguidamente, ya en relación a la Ley aplicable a la pretensión de divorcio, la sentencia recordó la previsión del Reglamento (UE) nº 1259/2010, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, también conocido como “Reglamento Roma III”, en concreto su art. 5, explicando que, como quiera que en el caso que nos ocupa no existe una elección común, por las partes hoy litigantes, del Derecho aplicable a su divorcio, ni tampoco han designado de común acuerdo ante el órgano judicial la ley nacional que desean sea aplicada a la disolución de su matrimonio, en consecuencia y ex art. 8 apartado “d” del Reglamento Roma III, se concluyó que el divorcio debe ser enjuiciado conforme a la legislación española. Por lo tanto, y entendiendo acreditado en autos que concurre la causa de divorcio establecida en el art. 86 en relación con el art. 81 Cc, se estimó la petición de divorcio.

Finalmente, y con relación al petitum del escrito de contestación a la demanda, en el que —como hemos dicho— se contiene una única medida complementaria al divorcio solicitada por la esposa, que consiste

en la reclamación de una pensión compensatoria de 600 euros mensuales durante dos años, la sentencia consideró que dicha pretensión debía ser desestimada por motivos procesales, pues debió formularse mediante demanda reconvencional, conforme exigen los arts. 406 y 770 regla segunda LEC; y ello para posibilitar que el actor pudiera formular escrito de contestación a dicho pedimento reconvencional. [...]

SEGUNDO: Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, la representación procesal de la parte apelante interesa la nulidad de las actuaciones del procedimiento principal desde el momento en que, según entiende, se produce un error procesal que contraviene las normas de la LEC con respecto a la declinatoria, y por tanto el momento en que equivocadamente se alza la suspensión del procedimiento cuyo curso debería haber estado suspendido hasta el 14 de marzo en que quedó resuelta la declinatoria. Considerando que la norma del procedimiento infringida es el art. 64.1º LEC, que debe ser cumplida de oficio y que suspende el procedimiento.

[...]

Asimismo, cabe señalar también que, habiéndose contestado la demanda concordando el pronunciamiento de divorcio y solicitándose una pensión compensatoria –finalmente denegada ésta por una razón formal consistente en no haber interpuesto demanda reconvencional–; una vez concedido el divorcio por la Jurisdicción española, la pretensión de falta de jurisdicción, sin cuestionar tampoco el Derecho aplicable determinado en la sentencia vía Reglamento Roma III, parece buscar ahora, más que un justificado envío a los Tribunales de Alemania, un mecanismo de oportunidad para poder subsanar allí un defecto procesal que parece entender que aquí ya no puede remediar, pues tampoco se solicita subsidiariamente en esta alzada que, pese a la no interposición de la reconvención, se entre a conocer del fondo del asunto en cuanto a la pretensión de fijación de una pensión compensatoria temporal.

[...]

Finalmente, consta en autos que el demandante tiene nacionalidad Alemana, apareciendo, en la documental aportada en esta alzada, que la demandada, nacida en Perú, tiene la nacionalidad Española, habiéndose contraído el matrimonio de autos en Mallorca. Y, en cuanto a la competencia, el art. 3 Reglamento 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en su art. 3, tal y como ya señaló la sentencia de instancia, presenta reglas alternativas de competencia general en materia de divorcio, haciendo referencia, entre ellas, a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre: “–la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda...”. Sucediendo que, en el caso enjuiciado, está acreditado mediante certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca que el demandante está domiciliado en esta ciudad durante, al menos, el periodo exigido en el citado epígrafe del art. 3 del Reglamento. Por lo que el criterio de atribución al Tribunal español de la Jurisdicción y competencia internacional para el conocimiento del asunto está fundado en un principio de prueba no desvirtuado por la documental presentada de adverso. Téngase presente que, si bien se ha traducido en la alzada la documentación relativa al contrato de arrendamiento de 1 enero 2012, lo cierto es que la existencia de un contrato de arrendamiento en Alemania no desvirtúa el hecho de que el actor tuviera su domicilio en el lugar en el que el Ayuntamiento de Palma certifica su empadronamiento durante el año anterior a la interposición de la demanda.

2017/37.— Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, Sentencia de 20 diciembre 2016.
Ponente: Manuel Horacio García Rodríguez, Roj: SAP T 1773/2016 – ECLI: ES:APT:2016:1773 Id Cendoj: 43148370012016100515.

Procedimiento de divorcio.— Cónyuges ecuatorianos residentes en España desde 2001.— Alegación y prueba del derecho ecuatoriano.— Desestimación de la demanda en primera instancia por falta de prueba del Derecho extranjero.— Estimación de la apelación.

Normas aplicadas: Art. 22 quáter LOPJ; arts. 9.2º, 12.6º y 107 Cc; arts. 110.9º, 115, 129 Cc Ecuador; arts. 233.2.b), 236–10 y 237.1º CCCat.

PRIMERO: La sentencia apelada desestima la demanda de divorcio formulada por Dña. Salvadora frente a D. Luis María, ambos de nacionalidad ecuatoriana y que contrajeron matrimonio en ese Estado el 14 febrero 1997, habiendo dos hijos, Cirilo, nacido el (...) 1996, y Flora, nacida el (...), todos residentes en España desde antes de 2001, debido a que no se prueba el Derecho ecuatoriano que resulta aplicable por ser ley nacional de los cónyuges.

SEGUNDO: El recurso objeta esta decisión razonando que solicito esa prueba de forma anticipada y no se practicó con lo que no le es imputable su falta, aparte de que en el escrito de demanda hizo una referencia a los preceptos del Cc ecuatoriano que regulan el divorcio y los efectos del matrimonio. El motivo debe ser acogido, y puesto que en el rollo se ha incorporado testimonio autentico del Código Civil ecuatoriano, ley aplicable a los efectos personales del matrimonio tanto con el anterior art. 107 Cc en relación con el art. 9.2º Cc español cuanto con el nuevo art. 107.2º Cc, según redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 julio de jurisdicción voluntaria, procede entrar a resolver sobre las cuestiones planteadas. Son causas de divorcio, según el art. 110.9º Cc Ecuador, el abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos, circunstancia que está sobradamente acreditada en nuestro caso pues el esposo demandado salió del domicilio conyugal desde el año 2001 sin que hasta la fecha se haya reanudado la convivencia, incluso D. Luis María ni siquiera ha podido ser emplazado personalmente debiendo utilizarse el medio edictal para constituir válidamente la relación procesal. Consecuentemente, hay causa de divorcio y debe decretarse. La norma de competencia internacional indirecta del art. 129 Cc Ecuador que establece que cuando uno de los cónyuges fuere ecuatoriano, no pueda anularse, ni disolverse por divorcio el matrimonio contraído en el Ecuador sino mediante sentencia pronunciada por jueces ecuatorianos, ha sido modificada en 2015 y ahora esta exigencia pasa porque los hijos menores de edad o bajo su dependencia residan en Ecuador. En cualquier caso, no es posible apreciar falta de jurisdicción de conformidad con el art. 22 quáter LOPJ al disponer que los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes en materia de divorcio cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda, ya que está probado que ambos litigantes residían en España cuando se inició el proceso de divorcio. La aplicación de dicho artículo al caso enjuiciado por esta Sala excluye cualquier connotación de fraude de ley. Y la confrontación entre el art. 129 Cc ecuatoriano y el art. 22 quáter LOPJ debe resolverse a favor de este último, ya que los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español, tal como recoge el art. 12.6º Cc y la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española según el nº 1 de dicho artículo.

TERCERO: En cuanto a los efectos del divorcio en orden a la guarda y custodia de los hijos, uno mayor de edad pero que vive con su madre y la otra menor también conviviente, no hay prueba del derecho extranjero y en ese caso, dada la vecindad civil de madre e hijos, debe aplicarse el Derecho español y más en concreto el Código Civil de Cataluña (STS 25 enero y 9 febrero 1999). El art. 233–11 CCCat establece los criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda que no podrá ser otra, a la vista de las circunstancias concurrentes, que la exclusiva a favor de la madre sin determinación de régimen de visitas para el padre que abandonó el domicilio conyugal cuando los hijos tenían 2 y 4 años de edad, con el que no tienen ninguna vinculación afectiva, y al tiempo la suspensión de la patria potestad que será ejercida en exclusiva por la madre en ausencia del padre, conforme establece el art. 236–10 CCCat. Los alimentos solicitados de 300 € para cada uno de los hijos tienen un régimen específico, el establecido por el art. 115 Cc Ecuador que condiciona el divorcio a la resolución de la situación económica de los hijos menores de edad, exigiendo la indispensable fijación de alimentos, y los arts. 233.2.b) y 237.1 CCCat que atienden al binomio posibilidad–necesidad para su cuantificación económica, más al no existir prueba sobre el primero de dichos presupuestos debemos atender a lo que viene considerándose como mínimo vital por nuestras Audiencias Provinciales de 150 € para cada uno.

2017/38.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 9 febrero 2017. Ponente: María Pilar Martín Coscolla. Roj: SAP B 3749/2017 – ECLI: ES:APB:2017:3749 Id Cendoj: 08019370122017100195.

Divorcio.— Cónyuges de nacionalidad francesa y residencia en España.— Competencia de los Tribunales españoles.— Reglamento Bruselas II bis.— Derecho aplicable.— Reglamento Roma III.— Régimen económico matrimonial.

Normas aplicadas: Art. 3 y 8 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); 5 y 8 Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III); art. 15 Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 octubre 1996.

SEGUNDO: De entrada es preciso indicar que, pese a la nacionalidad francesa de ambas partes, son competentes los tribunales españoles por encontrarse en nuestro territorio la residencia habitual de los cónyuges y del hijo entonces menor, conforme a los arts. 3 y 8 del Reglamento de la Unión Europea nº 2201/2003.

Conforme a los arts. 5 y 8 Reglamento de la Unión Europea nº 1259/2010, a falta de una elección distinta por las partes, que no se ha puesto de manifiesto, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda, o ante cuyos órganos se interponga la demanda, en el presente caso la de España.

En el aspecto personal de la responsabilidad parental sobre el hijo común es aplicable también la ley española conforme al art. 15 del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, en vigor en nuestro país desde el 1 de enero de 2011.

En materia de pensión alimenticia para el hijo la legislación aplicable es el Reglamento europeo 4/2009 que en su art. 3 determina la competencia del juzgado a quo y en su art. 15 remite como ley aplicable a la determinada en el Protocolo de la Haya de 23 noviembre 2007, el cual en sus arts. 3 al 8 considera ley aplicable la designada por las partes y, en su defecto, la ley del Estado de residencia habitual del acreedor, por tanto en este caso también la española.

La legislación española aplicable será la estatal en cuanto a la disolución del vínculo y la autonómica catalana en cuanto a las medidas derivadas del divorcio conforme al art. 111.3.1 CCCat y arts. 9 y 16 Cc estatal.

Y, finalmente, en materia de régimen económico matrimonial, deberá aplicarse el derecho francés conforme al art. 9.2º Cc estatal que indica que los efectos del matrimonio se regirán en primer lugar por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, en este caso la francesa.

TERCERO: En base a lo expuesto, siendo la normativa aplicable al caso una cuestión de orden público revisable de oficio, procede entrar en ello pese a la omisión de la sentencia de instancia. Y así, conforme al art. 1400 Cc francés, a falta de contrato matrimonial los cónyuges estarán sujetos al régimen de comunidad regulado en los artículos siguientes. En el presente caso no consta que las partes pactaran un régimen diferente al subsidiario legal ni con ocasión de contraer matrimonio ni mediante pacto o capitulación ulterior; no obstante en la demanda se indica que “dada la vecindad civil de ambos cónyuges el matrimonio se ha regido por el régimen de separación de bienes”, extremo que acepta el demandado al contestar a la demanda, pareciendo aceptar ambos que se rigen por el régimen de separación de bienes de Cataluña; a lo que debe decirse que contrajeron matrimonio en el Consulado de Francia conforme al Derecho francés y que el régimen económico matrimonial, sea el legal supletorio sea el que las partes hayan dispuesto en virtud de su libertad de pacto, es inmutable salvo nuevo acuerdo, de modo que el cambio de nacionalidad o vecindad civil o residencia no le afecta, tal como indica la sentencia nº 34 de

22 septiembre 2008 del TSJ de Cataluña. Por otro lado, esas referencias en los escritos de demanda y contestación se contradicen con las manifestaciones del esposo recogidas en la escritura de compraventa de acciones de fecha 22 junio 2011 (...), que dice estar casado “bajo el régimen legal supletorio de separación de bienes del Derecho civil francés”.

En cualquier caso, los cónyuges no estaban casados bajo el régimen de separación de bienes catalán ni después han convenido en este régimen y aún en el caso de que el régimen económico de su matrimonio no fuese el de comunidad legal francesa sino el de separación de bienes del Derecho civil francés, debe rechazarse la posibilidad de estudiar en el presente proceso de divorcio si procede o no el establecimiento a favor de la esposa de la compensación económica por razón del trabajo para la familia o para el otro cónyuge, pues se trata de una figura jurídica netamente catalana, recogida en el art. 23 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña en la redacción dada por la ley 6/1993, regulada después en el art. 41 del Código de Familia de Cataluña y posteriormente de forma más completa en los arts. 232–5 a 232–11 CCCat con la redacción dada por la ley autonómica 25/2010, siendo concebida como una institución correctiva de la desigualdad patrimonial entre cónyuges al disolverse el régimen económico matrimonial catalán de separación de bienes, que es el régimen económico subsidiario en Cataluña; y no existe en el régimen de separación de bienes del Código civil francés una figura similar.

Por otro lado, aún en el negado caso de que se hubiese podido aplicar esta institución al presente supuesto, y aún en el hipotético caso de que se hubiese acreditado por la instante la premisa mayor de haber trabajado para la casa sustancialmente más que el otro cónyuge o haber trabajado para él sin retribución o con una retribución insuficiente, (extremo que la sentencia de instancia niega), no hubiésemos podido pronunciarnos sobre la segunda premisa exigida por el citado artículo 232–5 del CCCat, la de que el otro cónyuge hubiese obtenido un incremento patrimonial superior, ya que ha faltado la presentación de una propuesta de inventario en forma, inventario exigido por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 25/2010 al prescribir que debe acompañarse a la demanda una propuesta de inventario que incluya los bienes propios y los del otro cónyuge con la indicación de su valor y el importe de las obligaciones y también con la documentación de relevancia patrimonial que se tenga; la sentencia del pleno del TSJC nº 49 de 27 de junio 2016 recoge claramente la exigencia formal de un inventario separado, que en el presente supuesto no se ha presentado por lo que, como hemos dicho, en el negado caso de ser aplicable el Derecho civil catalán, no se hubiera podido resolver tampoco sobre esta petición de compensación económica.

[...]

2017/39.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimocuarta Sentencia de 13 febrero 2017.
Ponente: María José de la Vega Llanes. Roj: SAP M 1929/2017 – ECLI: ES:APM:2017:1929 Id Cendoj: 28079370242017100044.

Divorcio.— Divorcio de españoles residentes en Colombia.— Competencia judicial internacional de los órganos españoles.— Alegada residencia en Colombia.— Domicilio conyugal en España.

Normas aplicadas: Art. 22 LOPJ; art. 769 LEC.

PRIMERO: La representación procesal de D^a Ramona, interpone el presente recurso de apelación frente a la sentencia de instancia, interesando se declare nula de pleno derecho, por falta de competencia territorial del juzgado, conforme a los arts. 22 LOPJ y 769 LEC. Alega que la desestimación de la declinatoria planteada ante el juzgado, le ha producido indefensión y reitera que el matrimonio formado por los litigantes viajó el 20 noviembre 2013 a la República de Colombia, en donde estableció su residencia definitiva. El recurso no puede prosperar. No se ha desvirtuado la competencia del juzgado a quo para conocer del presente asunto, toda vez que ambos litigantes son de nacionalidad española, el domicilio conyugal lo tienen en Madrid y los alegatos en cuanto al trabajo desarrollado desde finales del 2013 en Colombia, no constituyen propiamente una residencia habitual, ya que puede tratarse de un contrato de trabajo temporal, tal y como parece evidenciarse, al tratarse de un curso universitario en la escuela de

arquitectura. En cualquier caso, se trata de un procedimiento de divorcio, en cuyo pronunciamiento ambos cónyuges están conformes con unos claros vínculos de conexión, para afirmar la competencia de los tribunales españoles, sin que pueda apreciarse causa alguna de indefensión a la parte recurrente.

SEGUNDO: Por lo expuesto, procede confirmar la resolución apelada, sin hacer particular condena en costas en esta alzada, dada la índole de la materia discutida.

2017/40.— Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, Sentencia de 5 marzo 2017. Ponente: María Lourdes Arranz Freijo. Roj: SAP BI 597/2017 – ECLI: ES:APBI:2017:597 Id Cendoj: 48020370042017100129.

Divorcio.— Litigantes rumanos con residencia habitual en España.— :Reglamento Roma III.— Aplicación de la ley española.

Normas aplicadas: Art. 3 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); art. 22 LOPJ; arts. 1, 4, 5, 8, 10 y 12 Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III).

PRIMERO: Interesa el demandado que con revocación de la sentencia de instancia, se declare la competencia de la jurisdicción rumana, y en concreto del Juzgado de Isai (Rumania) para conocer el presente divorcio, solicitándose subsidiariamente, caso de estimar competente la jurisdicción española, se reconozca que el Derecho sustantivo aplicable es la Ley rumana como Ley nacional común de los cónyuges, y se acuerde el divorcio de los mismos conforme a dicha Ley, con mantenimiento de todas las medidas recogidas en la sentencia de instancia salvo la relativa al importe de la pensión de alimentos reconocida a favor de Don Gervasio, cuyo importe se solicita sea de 100 euros, mensuales en atención a los argumentos que se exponen en el recurso.

Sostiene el recurrente que debe de declararse la incompetencia de los Tribunales españoles, por cuanto que los Tribunales rumanos, también se han declarado competentes y rechazado la Litis pendencia.

En segundo lugar, sostiene que con independencia de cuál sea la jurisdicción competente, la ley de aplicación, tanto en el referente al divorcio, como en las medidas relativas a la protección del menor, es la Ley rumana.

Por ello muestra su disconformidad con el importe de la pensión de alimentos, que debe ser fijada con arreglo a la Ley rumana, sin que la establecida se ajuste a dicha legislación.

SEGUNDO: El recurso no se acoge.

Estando acreditado que la residencia habitual de los cónyuges y del hijo menor, está establecida en (...), debe afirmarse la competencia de los Tribunales españoles, siendo también de aplicación la ley española, tal como este Tribunal ya se ha pronunciado en la sentencia de 25 junio 2014 en la que dijimos:

“En primer lugar, afirmamos la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles, acreditado que ambos cónyuges junto con sus dos hijos tienen su residencia habitual y legal en España, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 22 LOPJ que establece la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles ‘en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda’. Así como lo regulado en el art. 3 Reglamento CE 2201/2003 de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que dispone que los tribunales españoles serán competentes ‘a) en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí’”.

En segundo término, también confirmamos el divorcio del matrimonio contraído por los litigantes al amparo del art. 86 en relación con el art. 81 Cc, aun cuando ambos litigantes tengan la nacionalidad rumana y contrajera matrimonio en Rumania, y ello porque es de aplicación el Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de la Unión Europea, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, aplicable a las demandas interpuestas a partir del 21 junio 2012, (en este caso la presentación de la demanda se produjo en fecha 24 julio 2012), el mismo “se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial” (art. 1); y, según su art. 4 “La Ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un estado miembro participante”. Como expresa la consideración 12 de la Exposición de Motivos de Reglamento “El presente Reglamento debe tener carácter universal, de modo que, con arreglo a sus normas uniformes de conflicto de leyes, se pueda designar como ley aplicable la ley de un Estado miembro participante, la de un Estado miembro no participante o la de un Estado que no pertenezca a la Unión Europea”. La consideración 24 expone: “En algunas situaciones es oportuno, no obstante, que se aplique la ley del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto la demanda, por ejemplo cuando la ley aplicable no contemple el divorcio o cuando no conceda a uno de los cónyuges, por razones de sexo, igualdad de acceso al divorcio, o a la separación judicial. Estos supuestos deben entenderse, no obstante, sin perjuicio de la cláusula relativa al orden público”. La consideración 30 señala “El presente Reglamento respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la CDFUE, en concreto por su art. 21, que prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo ... El presente Reglamento debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes en cumplimiento de estos derechos y principios”.

Las consideraciones reseñadas, se incluyen en los arts. 8,10 y 12 del Reglamento que consideramos. El art. 8, que señala la ley aplicable en defecto del Convenio de las partes al respecto (arts. 5 a 7 del Reglamento), dispone “A falta de una elección según lo establecido en el art. 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado : a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el periodo de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda. El art. 10 establece “Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro”; y el art. 12 dispone que “solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

TERCERO: Por tanto, la pensión de alimentos se debe fijar conforme a la Ley española, teniendo en consideración las necesidades del menor, y los ingresos del ahora recurrente, por lo que la fijada en un porcentaje es ajustada a derecho, sin que quepa disminuir la cuantía mínima, por cuanto que tal cuantía se reputa imprescindible para satisfacer las necesidades mínimas del menor, además de que el propio recurrente aceptó la cuantía de 150 euros en el acto del juicio.

2017/41.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 6 marzo 2017. Ponente Raquél Alastruey Gracia. Roj: SAP B 3424/2017 – ECLI: ES:APB:2017:3424 Id Cendoj: 08019370122017100112.

Determinación de la ley aplicable al divorcio.— Matrimonio entre española y francés con residencia habitual en Cataluña.— Reglamento Roma III.— Aplicación del Código Civil de Cataluña.

Normas aplicadas: Arts. 8 y 14 Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III).

[...]

TERCERO: Sobre la legislación aplicable.

Se advierte que la parte demandada hace referencia a la ley aplicable por razón del lugar en que se contrajo matrimonio y también cuando se refiere a la adquisición de algún bien inmueble y al propio tiempo se observa que en la sentencia no se sigue un criterio concreto sobre la ley que aplica pues se refiere de forma indistinta al Código civil de Catalunya y al Código civil español, por lo que se considera importante determinar la ley aplicable al caso.

Dado que la Sra. Claudia es nacional española y el Sr. Luis es nacional francés, para determinar la ley aplicable a su divorcio, debe estarse a lo dispuesto en el Reglamento UE 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre.

En dicho Reglamento, respecto del cual tanto España como Francia han manifestado su voluntad de participar en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio, los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a falta de un acuerdo sobre ello, el art. 8 establece que “el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda”; y el art. 14 indica que “si un Estado se compone de varias unidades territoriales, cada una de las cuales con su propio sistema jurídico o conjunto de normas respecto de las cuestiones reguladas por el presente Reglamento toda referencia a la legislación de tal Estado se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo al presente Reglamento, como una referencia a la legislación vigente en la unidad territorial de que se trate”.

En base a dicha norma y dado que los litigantes residen habitualmente en Barcelona, debe aplicarse a su divorcio y a las consecuencias del mismo el CCCat.

Sólo procederá la aplicación de las normas estatales españolas que regulan la sociedad de gananciales respecto de la liquidación del régimen económico matrimonial por ser el convenido en capítulos matrimoniales, pero ello no es objeto de este procedimiento.

DIVORCIO: LITISPENDENCIA INTERNACIONAL

2017/42.— Audiencia Provincial A Coruña, Sección Cuarta, Sentencia nº 397/2016 de 23 noviembre 2016. Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. N.I.G. 15009 41 1 2014 0002024.

Divorcio.— Obligaciones alimenticias respecto de los hijos.— Competencia judicial internacional: litispendencia.— Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil existirá litispendencia internacional: demanda presentada en Luanda.— Reglamento Bruselas II bis.— Proceso abierto en Portugal.

Normas aplicadas: Arts. 3 y 19 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); art. 22 *quáter* c) LOPJ; art. 39 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

[...]

SEGUNDO. Sobre la excepción de litispendencia internacional.

*Según el art. 22 *quáter* C) LOPJ, en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante*

sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española.

Pues bien, en este caso, los cónyuges tenían su domicilio en España, como resulta de la escritura de compraventa de vivienda, con subrogación de hipoteca y novación modificativa de préstamo con garantía hipotecaria, de 20 julio 2010, autorizada por el Notario de Pontedeume, Sr. Quintanilla López-Tafall, nº 1161 de su protocolo, en la que vive la actora con los hijos del matrimonio, habiendo nacido el menor en (...) (España).

La litispendencia internacional se funda en la demanda de divorcio, que fue presentada por el demandado en Luanda, el 24 junio 2014, ahora bien no nos consta ni tan siquiera que la misma se hubiera admitido a trámite; es más parece todo lo contrario cuando el demandado presentó con posterioridad demanda contra su mujer, a finales de 2015, ante el Tribunal de Familia y Menores de Famalição (Portugal), mientras que la presente demanda se presentó 5 noviembre 2014, siendo pues anterior en el tiempo.

Por su parte, conforme al art. 39 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil existirá litispendencia internacional.

1. Cuando exista un proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero en el momento en que se interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional español, el órgano jurisdiccional español podrá suspender el procedimiento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que la competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedezca a una conexión razonable con el litigio. Se presumirá la existencia de una conexión razonable cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los previstos en la legislación española para ese caso concreto.

b) Que sea previsible que el órgano jurisdiccional extranjero dicte una resolución susceptible de ser reconocida en España.

c) Y que el órgano jurisdiccional español considere necesaria la suspensión del procedimiento en aras de la buena administración de justicia.

2. Los órganos jurisdiccionales españoles podrán acordar la continuación del proceso en cualquier momento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el tribunal extranjero se hubiera declarado incompetente, o si, requerido por cualquier de las partes, no se hubiera pronunciado sobre su propia competencia.

b) Que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado sea suspendido o haya sido sobreseído.

c) Que se estime poco probable que el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado concluya en un tiempo razonable.

d) Que se considere necesaria la continuación del proceso para la buena administración de justicia.

e) Que se entienda que la sentencia definitiva que eventualmente pueda llegar a dictarse no será susceptible de ser reconocida y, en su caso, ejecutada en España.

3. El órgano jurisdiccional español pondrá fin al proceso y archivará las actuaciones si el proceso ante el órgano jurisdiccional del otro Estado ha concluido con una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, de ejecución en España.

Pues bien, no se han demostrado concurrentes los mentados requisitos, lo único que sabemos es que se presentó una demanda de divorcio en Luanda, con respecto a la cual ni tan siquiera conocemos hubiera sido admitida a trámite, como muy fácil le hubiera sido demostrarlo al apelante. Tampoco nos consta emplazamiento alguno de la apelada en dicho procedimiento.

La demanda formulada ante tribunal portugués es ulterior en un año a la presentación de la demanda, que dio lugar al presente procedimiento.

Por otra parte, conforme al Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento nº 1347/2000, este Tribunal español tendría competencia conforme a lo normado en el art. 3.

Según el cual en los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre: “el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí” o “la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda”.

Supuestos que concurren en el caso presente.

Por otra parte, con arreglo al art. 19 del mentado Reglamento, relativo a litispendencia y acciones dependientes:

“Cuando se presentaren demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera”.

Por consiguiente, debemos desestimar la excepción de litispendencia internacional, al considerarnos competentes, y haberse formulado la demanda que nos ocupa con antelación a la presentada ante el tribunal portugués.

No se ha cuestionado la aplicación del Derecho español para dirimir la presente controversia por ninguna de las partes.

POSIBLE PENDENCIA DE PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EN ESPAÑA CON OTRO PROCEDIMIENTO EN MARRUECOS

2017/43.— Audiencia Provincial de Madrid Sección Vigésimosegunda, Sentencia de 1 diciembre 2016. Ponente: María del Pilar González Vicente. Roj: SAP M 16389/2016 – ECLI: ES:APM:2016:16389 Id Cendoj: 28079370222016100862; JUR 2017/8506.

Demanda de divorcio ante los tribunales españoles.— Pensión compensatoria, alimentos y medidas sobre hijos menores.— Alegación de procedimiento y posible sentencia marroquí.— No inscripción de disolución del vínculo matrimonial en el Registro Civil.— Litispendencia y cosa juzgada: no.

Normas aplicadas: Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 noviembre 1989; art. 3 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); arts. 92 ss, 107, 142 ss y 154 Cc

SEGUNDO. Motivo del recurso.

En el presente procedimiento fue la propia parte actora quien en la vista celebrada el 15 octubre 2014, puso de manifiesto al tribunal que en junio de 2014 se había iniciado un juicio del matrimonio de divorcio en los juzgados de Tetuán, que se habían solicitado pensión de alimentos para los hijos y que la sentencia iba “ya va a salir”. Ante estas manifestaciones se acordó la suspensión del procedimiento por 30 días para que se aportará la resolución dictada en el juzgado de Primera instancia de Tetuán, y en su defecto, certificación expedida por el tribunal en el que constase la clase de procedimiento, identidad de partes, objeto del proceso, y estado, para valorar si existe o no la excepción de cosa juzgada, y solicitar en su caso certificación de la situación, para saber si ya están o no divorciados; por la parte no se presentó ninguno de los documentos solicitados, por tanto no quedando constancia de que se haya presentado una demanda ante los tribunales de Marruecos, ni que se haya dictado sentencia acordando el divorcio y

medidas en relación con los hijos menores de los tribunales de España tienen competencia para conocer la demanda presentada, en base a lo dispuesto en el art. 3 Reglamento 2201/2003, (UE) de la competencia, ley aplicable, ejecución de las resoluciones matrimoniales y de responsabilidad matrimonial, por tener en España, y en concreto Madrid, las dos partes la residencia habitual, la competencia territorial corresponde a los tribunales de Madrid, habiendo correspondido por normas de reparto al Juzgado de Familia nº 24 de los de Madrid.

El matrimonio figura inscrito en el Registro Civil Central, sin que conste en el mismo, según la certificación librada en 2012, ninguna inscripción marginal de resolución extranjera dictada en relación con el matrimonio, documento que tampoco ha sido presentada por las partes. No puede considerarse que exista excepción de cosa juzgada formal, art. 207 LEC, ni tampoco cosa juzgada material, art. 222 LEC, porque como se dispone en el mismo art. 222.3º párrafo segundo de la misma ley “En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad, incapacitación y reintegración de la capacidad, la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil; la propia sentencia reconoce la ausencia de cosa juzgada, existente en el presente procedimiento.

Tampoco puede admitirse que, en estas circunstancias, proceda denegar el divorcio interesado, por las simples manifestaciones de la parte de que se presentó en el juzgado de Tetuán una demanda de divorcio; por el peligro de que puedan existir dos sentencias sobre las mismas medidas y contenido y alcance diferente, debiéndose de regular la situación existente tanto en relación con la petición del divorcio del matrimonio, como de las medidas de los hijos menores, Coro, nacida el (...) 1999, Juan Francisco, el (...) 2004, Modesto, el (...) 2006, y Tomás, el (...) 2012, de 17, 12, 10 y 6 años de edad respectivamente en la actualidad, todos ellos nacidos en España.

TERCERO. Divorcio.

A tenor de lo dispuesto en el art. 107 Cc, a falta de nacionalidad común, se aplica la ley de la residencia habitual del matrimonio, por lo que es de aplicación el art. 85 Cc, llevando casados desde 1996, procede declarar la disolución por el divorcio del matrimonio contraído el 27 julio 1996.

El motivo del recurso debe estimarse.

[...]

DIVORCIO. NECESARIA APORTACIÓN DE CERTIFICACIÓN DE INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO

2017/44.— Audiencia Provincial Tarragona, Sección Primera, Auto de 12 diciembre 2016. Ponente: María del Pilar Aguilar Vallino. Roj: AAP T 622/2016 – ECLI: ES:APT:2016:622A Id Cendoj: 43148370012016200123; JUR 2017/56447.

Demanda de divorcio.— Matrimonio celebrado e inscrito en Marruecos.— Necesidad de aportar la correspondiente certificación de la inscripción del matrimonio.— Inadmisión.

Normas aplicadas: Art. 770.1º LEC; Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 mayo 1997; Convenio de La Haya suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, de 5 octubre 1961.

PRIMERO: Se recurre la decisión de inadmitir a trámite la demanda de divorcio y consiguiente archivo de las actuaciones.

Se trata de una demanda formulada por la aquí apelante interesando la declaración de divorcio contra su esposo respecto del matrimonio celebrado en Marruecos e inscrito en el Registro Civil de aquel país. Se acompañó como documentos: fotocopia de la traducción del acta de matrimonio ya que con carácter

previo a la admisión a trámite de la demanda se había requerido la aportación del certificado de matrimonio debidamente legalizado, lo que no se aportó a pesar de haberse concedido un nuevo plazo por considerar que la traducción del Acta de Matrimonio no es documento suficiente, según se razonó en Decreto de 12 febrero 2015 aplicando el art. 770 LEC que exige que a la demanda de divorcio se acompañe la certificación de la inscripción del matrimonio y tratándose de un documento extranjero debe ser legalizado como requisito de su autenticidad, salvo que algún convenio exima de esta exigencia, mencionando el Convenio de la Haya de 5 octubre 1961 al que Marruecos no se ha adherido. En el mismo sentido se ratificó el Auto apelado para inadmitir a trámite la demanda de divorcio por la falta de la documentación exigida debidamente legalizada.

El recurso de apelación cuestiona la interpretación del art. 770.1º LEC por considerar que es estricta y excesiva porque no cabe extender la exigencia de presentar certificado de la inscripción de matrimonio al celebrado entre dos extranjeros en su país bajo el rito musulmán y conforme a la legislación de Marruecos; considerando que, aunque no se ha presentado certificado de matrimonio, el documento aportado acredita la existencia del matrimonio que también resulta de la certificación de nacimiento de la hija.

No cabe considerar correctamente presentada la demanda por faltar los documentos esenciales que exige el art. 770 LEC, porque no consta certificado el matrimonio marroquí que era necesario para valorar si concurrían los requisitos legalmente exigibles para su admisión, tal y como se requirió.

La certificación de la inscripción del matrimonio que exige el p. 1 del art. 770 LEC no puede ser suplantada por una fotocopia de la traducción de un documento cuyo original no se ha aportado carente de sellos, de firmas y de toda fiabilidad. Por tanto, no aportada la certificación, carece de relevancia la cuestión de si debe o no estar legalizada.

La solicitud de que el Juzgado proceda a obtener el certificado no es atendible porque infringe el principio de aportación de parte que rige en el proceso civil, siendo un documento que puede conseguir la parte y que le corresponde aportar, no siendo por ello aplicable el art. 38 del Convenio de Cooperación Judicial entre España y Marruecos (30 mayo 1997).

Ante una demanda incompleta, como es el caso, cabe intentar subsanar los defectos de que adolezca. Pero si las diligencias al efecto interesadas no dan resultado, habiendo transcurrido el plazo otorgado, resulta procedente la decisión de inadmitir definitivamente la demanda, pues la posibilidad de subsanación no puede ser indefinida.

SEGUNDO: Respecto a la pretensión subsidiaria de que se continúe el procedimiento para acordar unas medidas definitivas sobre la hija menor ante la situación de separación de hecho que afecta a sus padres, cabe indicar que no es este el objeto del procedimiento instado ya que se ha presentado una demanda de divorcio con medidas consiguientes.

TERCERO: Las anteriores consideraciones obligan a desestimar el recurso de apelación.

NECESIDAD DE ACREDITAR EL MATRIMONIO CUYO DIVORCIO SE PRETENDE

2017/45.— Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 10 febrero 2017. Ponente: Andrés Montalbán Avilés. Roj: SAP A 902/2017 – ECLI: ES:APA:2017:902 Id Cendoj: 03065370092017100092.

Solicitud de divorcio ante los tribunales españoles.— Desestimación por no haber acreditado suficientemente el matrimonio celebrado en Portugal.

Normas aplicadas: Convenio de La Haya suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, de 5 octubre 1961; arts. 265.1.1º, 317, 318, 323, 496 y 770 LEC.

PRIMERO: Desestima la sentencia de instancia la demanda de divorcio deducida por la actora, al estimar que no ha acreditado suficientemente el matrimonio que contrajo en Portugal. Recurre la demandante y aporta nueva documentación.

SEGUNDO: La SAP Lleida 15 enero 2016 resume la legislación aplicable al supuesto: “Como paso previo para poder analizar la viabilidad de las pretensiones de la parte actora es preciso recordar en primer lugar que el art. 770 LEC establece que con la demanda de divorcio deberá acompañarse la certificación de la inscripción de matrimonio y, en su caso, de la inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho. (...) A su vez, el art. 265.1.1º LEC exige la aportación con la demanda de los documentos en que la parte funda su derecho, que habrá de realizarse con todos los requisitos que la Ley exige para su eficacia (art. 267), y cuando se trata, como en el caso, de la certificación de matrimonio y del nacimiento de los hijos estamos ante documentos públicos esenciales y de inexcusable aportación al proceso.

Tratándose en este caso de documentos emitidos por autoridades extranjeras hay que estar a lo previsto en el art. 323.1º LEC según el cual a efectos procesales, se considerarán igualmente documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el art. 319 de esta Ley. Interpretando este precepto dice la STS 22 junio 2015 (nº 347/2015) que “...Como señala la sentencia de esta Sala nº 410/2013 de 13 junio, el art. 323 LEC, en su apartado 1, dispone que a efectos procesales, se considerarán igualmente documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el art. 319 de esta Ley. El documento ha de contener la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

El art. 1 Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, ratificado por Instrumento de 10 abril 1978 (BOE 25.9.1978) considera como documentos públicos, a los efectos de supresión de la exigencia de legalización y su sustitución por la “apostilla” los siguientes: a) Los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del Ministerio Público, o de un Secretario, oficial o agente judicial; b) los documentos administrativos; c) los documentos notariales; d) las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de una fecha y autenticaciones de firmas. La “apostilla” consiste en un diligencia o sello conforme a un modelo estándar y oficial que debe llevar las menciones establecidas en el Convenio, que se añade –ya sea en el propio documento público, ya sea en una prolongación del mismo– por la autoridad competente designada por el Estado del país de origen y que tiene por objeto certificar ante el territorio de otro Estado contratante los siguientes extremos: la autenticidad de la firma; la calidad en que la autoridad pública, funcionario o notario del país de origen ha actuado; y en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento lleve...” Y añade la misma STS 410/2013 “...Los demás documentos no incluidos en el art. 1 del tratado (y los ya señalados, si proceden de países no signatarios del Convenio de La Haya) deberán cumplir con el requisito de la legalización. Todos ellos, en fin, tienen que cumplir los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España a que se refieren los arts. 317 y 318 LEC, disponiendo este último que los documentos públicos tendrán la fuerza probatoria establecida en el art. 319 si se aportaren al proceso en original o por copia o certificación fehaciente, ya sean presentados éstos en soporte papel o mediante documento electrónico, o si, habiendo sido aportados por copia simple, en soporte papel o imagen digitalizada, conforme a lo previsto en el art. 267, no se hubiere impugnado su autenticidad”.

Trasladando estos criterios al supuesto enjuiciado resulta que los documentos aportados con la demanda no pueden desplegar la eficacia probatoria que se pretende dado que no reúnen los requisitos ineludibles para su autenticidad en España, pues no han sido legalizados ni consta la apostilla que exige el art.1 Convenio de la Haya de 5 octubre 1961 (ratificado por España mediante instrumento de 18 abril 1978, y aplicable también respecto de documentos emitidos en Bulgaria). Aunque los referidos documentos no han sido expresamente impugnados –el demandado fue emplazado por edictos y declarado en situación de rebeldía procesal, lo que no comporta allanamiento ni conformidad con los hechos, ni exime

a la parte actora de acreditar los hechos básicos en que funda su pretensión, ex art. 496 LEC— no puede obviarse que los certificados de que se trata se han aportado mediante copia y que falta la apostilla, por lo que conforme a los preceptos y la doctrina expuesta no pueden considerarse como documentos públicos, careciendo de fuerza probatoria a efectos de poder otorgarles el valor probatorio inherente a los mismos y, en consecuencia, de hacer prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documentan (art. 319 LEC) es decir, en este caso, de la existencia del matrimonio y del nacimiento de los hijos.

Las pretensiones planteadas en la demanda afectan al estado civil de las partes litigantes, con las consecuencias personales y patrimoniales que de ello se derivan y en las que están implicado los intereses de los hijos menores de edad, por lo que en definitiva estamos ante cuestiones de orden público, que exigen el correspondiente control de oficio por parte de los Tribunales. En consecuencia, careciendo los documentos aportados de los requisitos legalmente exigibles la demanda no debería haber sido admitida a trámite y lo procedente en el momento procesal en que nos encontramos es desestimar el recurso y mantener lo acordado en la sentencia de instancia, sin perjuicio de que la recurrente pueda interponer nueva demanda en debida forma”.

CUARTO: [...] En definitiva la certificación de matrimonio es prepuesto de la acción de divorcio y no puede considerarse que el documento aportado reúna las características de la exigencia legal, pues al tratarse de un documento expedido por funcionario público, exige el complemento de la Apostilla de la Haya, al ser Portugal firmante del Convenio.

INSOLVENCIA

PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA: GRAVAMEN PÚBLICO SOBRE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA QUE GARANTIZA LA RECAUDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES

2017/46.— Tribunal de Justicia, Sala Quinta, Sentencia de 26 octubre 2016. Asunto C-195/15. Ponente: M. Berger.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.— Cooperación judicial en materia civil.— Procedimientos de insolvencia.— Reglamento (CE) n° 1346/2000.— Art. 5.— Concepto de “derechos reales de terceros”.— Gravamen público sobre la propiedad inmobiliaria que garantiza la recaudación del impuesto sobre bienes inmuebles.

Normas aplicadas: Art. 5 Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia

[...]

16. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 5 del Reglamento n° 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que constituye un “derecho real”, a los efectos de este artículo, una garantía constituida en virtud de una disposición de Derecho nacional, como la controvertida en el litigio principal, conforme a la cual el inmueble del deudor de cuotas del impuesto sobre bienes inmuebles está sujeto de pleno derecho a un gravamen público sobre la propiedad inmobiliaria y dicho propietario debe soportar la ejecución forzosa sobre ese inmueble del título que declara el crédito fiscal.

[...]

30. En cualquier caso, procede declarar que una interpretación del art. 5 del Reglamento n° 1346/2000 en el sentido de que la excepción que contempla sólo cubre los derechos reales constituidos

en el marco de operaciones comerciales o de crédito supondría otorgar un trato desfavorable a los titulares de derechos reales conferidos en el marco de operaciones distintas de las comerciales.

31. Pues bien, como señala, en esencia, el Abogado General en los puntos 64 a 67 de sus conclusiones, el Reglamento nº 1346/2000 se fundamenta en el principio de igualdad de trato de los acreedores y en el principio según el cual sus disposiciones deben aplicarse independientemente de la naturaleza, comercial o de otro tipo, de los créditos garantizados por los derechos reales. Así, en cuanto a la posibilidad de que los acreedores presenten sus créditos por escrito en el marco del procedimiento de insolvencia, el art. 39 de este Reglamento excluye cualquier discriminación de las autoridades fiscales y de los organismos de seguridad social de los Estados miembros distintos del Estado en cuyo territorio se ha iniciado el procedimiento de insolvencia.

32. En estas circunstancias, procede responder a la cuestión prejudicial que el art. 5 del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que constituye un “derecho real”, a los efectos de este artículo, una garantía constituida en virtud de una disposición de Derecho nacional, como la controvertida en el litigio principal, conforme a la cual el inmueble del deudor de cuotas del impuesto sobre bienes inmuebles está sujeto de pleno derecho a un gravamen público sobre la propiedad inmobiliaria y el propietario debe soportar la ejecución forzosa sobre ese inmueble del título que declara el crédito fiscal.

[...]

[SENIOR HOME]

Obs.: Vid. J.D. Ortega Rueda Derechos reales sobre bienes del deudor derivados de gravámenes tributarios en los procedimientos de insolvencia europeos (STJUE de 26 de octubre 2016, asunto C-195/15: SCI Senior Home contra el Ayuntamiento de Wedemark), *La Ley: Unión Europea*, nº 44, enero 2017.

EFFECTOS PREVISTOS POR LA NORMATIVA DE UN ESTADO MIEMBRO SOBRE LOS CRÉDITOS NO INCLUIDOS EN EL PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA

2017/47.— Tribunal de Justicia, Sala Quinta, Sentencia de 9 noviembre 2016. Asunto C-212/15. Ponente: M. Berger.

Procedimiento prejudicial.— Cooperación judicial en materia civil.— Procedimientos de insolvencia.— Reglamento (CE) nº 1346/2000.— Art. 4.— Efectos previstos por la normativa de un Estado miembro sobre los créditos no incluidos en el procedimiento de insolvencia.— Caducidad.— Naturaleza fiscal del crédito.— Irrelevancia.— Art. 15.— Concepto de “procesos en curso”.— Procedimientos de ejecución forzosa.— Exclusión.

Normas aplicadas: Art. 4 Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

[...]

16. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 4 del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que están comprendidas en su ámbito de aplicación las disposiciones del Derecho interno del Estado de apertura que establecen la caducidad del derecho de un acreedor que no ha participado en el procedimiento de insolvencia a exigir su crédito o la suspensión de la ejecución forzosa de dicho crédito en otro Estado miembro.

[...]

28. Habida cuenta de lo anterior, procede considerar que una disposición del Derecho interno del Estado de apertura que establece la caducidad del derecho de un acreedor que no ha participado en el procedimiento de insolvencia a exigir su crédito está comprendida en el ámbito de aplicación del art. 4 del Reglamento nº 1346/2000.

29. Además, dada la conclusión expuesta en el ap. 28 de la presente sentencia, ha de considerarse que la *lex fori concursus* puede prever también la suspensión de la ejecución forzosa de un crédito que no se haya presentado en los plazos fijados. En efecto, como el Abogado General señaló en los puntos 46 y 47 de sus conclusiones, puesto que la pérdida de los créditos no reconocidos está, en principio, permitida, con mayor razón el Reglamento n° 1346/2000 debe permitir una norma de la *lex fori concursus* que se limita a suspender el procedimiento de ejecución forzosa relativo a dichos créditos.

30. Por otra parte, ha de añadirse que, dado que el Reglamento n° 1346/2000 no armoniza los plazos fijados para la presentación de los créditos en los asuntos de insolvencia comprendidos en su ámbito de aplicación, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecerlos, en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, sin embargo, de que las normas que los regulen no sean menos favorables que las que rigen en situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véase, en este sentido, la sentencia de 15 octubre 2015, *Nike European Operations Netherlands*, C-310/14, ap. 28 y jurisprudencia citada). Ante la falta de indicaciones suficientes a este respecto en las observaciones de las partes, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se cumplen estos criterios en lo que respecta al art. 20, ap. 3, de la Ley n° XLIX de 1991.

31. Por último, ha de considerarse que la conclusión formulada en los aps. 28 y 29 de la presente sentencia no queda desvirtuada por el hecho de que el art. 15 del Reglamento n° 1346/2000 establezca que los efectos del procedimiento de insolvencia con respecto a otros “procedimientos en curso” en relación con un bien o un derecho de la masa se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho procedimiento.

32. En efecto, esa disposición debe entenderse en relación con el art. 4, ap. 2, letra f), del Reglamento n° 1346/2000, que distingue los “procesos en curso” de las ejecuciones individuales. De este modo, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales distintas de los “procesos en curso” se regirán en cualquier caso exclusivamente por la *lex fori concursus*. Pues bien, como el Abogado General expuso en los puntos 67 a 78 de sus conclusiones, los procedimientos de ejecución forzosa de un crédito pertenecen a esta última categoría.

33. A este respecto, ha de añadirse que el Reglamento n° 1346/2000 se basa en el principio de que la exigencia de igualdad de trato de los acreedores, en la que se basa, *mutatis mutandis*, cualquier procedimiento de insolvencia, se opone, por regla general, a las ejecuciones individuales mediante procedimientos de ejecución forzosa, instadas y realizadas mientras está en curso un procedimiento de insolvencia contra el deudor. Así, el art. 20, ap. 1, del Reglamento n° 1346/2000 obliga al acreedor que obtenga, “en particular por vía ejecutiva”, un pago de su crédito sobre los bienes del deudor situados en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado de apertura a restituir al síndico lo que haya obtenido.

34. Pues bien, sería contradictorio interpretar el art. 15 del Reglamento n° 1346/2000 en el sentido de que se refiere también a los procedimientos de ejecución forzosa, con la consecuencia de que los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia estarían también comprendidos en la ley del Estado miembro en el que esté en curso tal procedimiento, mientras que, al mismo tiempo, el art. 20, ap. 1, de dicho Reglamento de ejecución forzosa, al imponer expresamente la restitución al síndico de lo obtenido por “vía ejecutiva”, privaría así de su eficacia al art. 15.

35. Por consiguiente, ha de considerarse que los procedimientos de ejecución forzosa no están comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 15 del Reglamento n° 1346/2000.

36. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 4 del Reglamento n° 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que están comprendidas en su ámbito de aplicación las disposiciones del Derecho interno del Estado de apertura que establecen la caducidad del derecho de un acreedor que no ha participado en el procedimiento de insolvencia a exigir su crédito o la suspensión de la ejecución forzosa de dicho crédito en otro Estado miembro.

[...]

37. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la naturaleza fiscal del crédito exigido por vía ejecutiva en un Estado miembro distinto del Estado de apertura es relevante a efectos de la respuesta que debe darse a la primera cuestión prejudicial.

[...]

38. A este respecto, el considerando 21 del Reglamento n° 1346/2000 indica que cualquier acreedor, independientemente de dónde tenga su domicilio, su residencia habitual o su sede dentro de la Unión, debería tener el derecho de hacer valer sus pretensiones sobre el patrimonio del deudor en todos los procedimientos de insolvencia pendientes en la Unión, y que esto debería también ser válido para las autoridades fiscales y para los organismos de seguridad social. Este considerando añade que, no obstante, en interés de la igualdad de trato de los acreedores, debe coordinarse la distribución del activo liquidado. Desde esta perspectiva, el art. 39 del citado Reglamento establece, en esencia, que las autoridades fiscales de los Estados miembros distintos del Estado de apertura tendrán derecho a presentar sus créditos por escrito en el procedimiento de insolvencia del mismo modo que los acreedores que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede en un Estado miembro distinto del Estado de apertura.

39. Así pues, de estas disposiciones resulta que el Reglamento n° 1346/2000, por una parte, se opone a disposiciones nacionales que excluyan que los créditos de las autoridades fiscales de los Estados miembros distintos del Estado de apertura se presenten en el procedimiento de insolvencia. Por otra parte, de las mismas disposiciones se desprende que dicho Reglamento no establece ninguna distinción entre los acreedores de Derecho privado y los de Derecho público.

40. Por lo tanto, ha de considerarse que las disposiciones del Reglamento n° 1346/2000 no conceden a los créditos de las autoridades fiscales de un Estado miembro distinto del Estado de apertura un estatuto preferente, en el sentido de que deberían poder exigirse por vía ejecutiva incluso después de la apertura de un procedimiento de insolvencia. En consecuencia, por lo que se refiere a los hechos del litigio principal, la circunstancia de que los créditos incluidos en el procedimiento de ejecución forzosa sean créditos de naturaleza fiscal no implica que se les deba aplicar por este motivo únicamente el Derecho interno rumano ni que los efectos previstos por la *lex fori concursus*, en este caso el Derecho concursal húngaro, no les resulten aplicables.

41. Por consiguiente, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que la naturaleza fiscal del crédito exigido por vía ejecutiva en un Estado miembro distinto del Estado de apertura, en una situación como la del litigio principal, no es relevante a efectos de la respuesta que debe darse a la primera cuestión prejudicial.

[...]

[ENEFI]

Obs.: Vid. M. Penades Fons, “Comunicación de créditos y ejecuciones individuales de créditos fiscales extranjeros en el Reglamento europeo de insolvencia (STJUE de 9 de noviembre 2016, asunto C 212/15: ENEFI Energiahátékonysági Nyrt c. Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov [DGRFP])”, *La Ley: Unión Europea*, n° 46, marzo 2017.

**ACTOS PERJUDICIALES PARA LA MASA DE ACREEDORES SUJETOS A LA LEY
DE UN ESTADO MIEMBRO DISTINTO DEL ESTADO DE APERTURA DEL
PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA**

2017/48.— Tribunal de Justicia, Sala Quinta, Sentencia de 8 junio 2017. Asunto C-54/16. Ponente: M. Berger

Espacio de libertad, seguridad y justicia.— Procedimientos de insolvencia.— Reglamento (CE) n° 1346/2000.— Arts. 4 y 13.— Actos perjudiciales para la masa de acreedores.— Condiciones en las que

el acto de que se trata puede ser impugnado.— Acto sujeto a la ley de un Estado miembro distinto del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia.— Acto inimpugnable sobre la base de esa ley.— Reglamento (CE) n° 593/2008.— Art. 3, ap. 3.— Ley elegida por las partes.— Localización de la totalidad de los elementos de la situación de que se trata en el Estado de apertura.— Relevancia.

Normas aplicadas: A. 13 Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia

[...]

23. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 13 del Reglamento n° 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que obliga al beneficiario de un acto perjudicial para la masa de acreedores, para oponerse a una acción dirigida a la revocación de ese acto según las disposiciones de la *lex fori concursus*, a proponer una excepción procesal en la forma y dentro de los plazos establecidos por el Derecho procesal del Estado miembro en cuyo territorio está pendiente el litigio, o si el art. 13 del Reglamento n° 1346/2000 puede aplicarse también de oficio por el órgano jurisdiccional remitente, en su caso, después del vencimiento del plazo señalado a la parte de que se trata.

[...]

27. En consecuencia, la forma y los plazos para invocar el art. 13 del Reglamento n° 1346/2000 en el marco de un litigio relativo a la revocación, según las normas previstas por la *lex fori concursus*, de un acto perjudicial para la masa de acreedores, y la cuestión de si el órgano jurisdiccional que conoce del litigio puede aplicar de oficio ese artículo, se rigen por el Derecho procesal del Estado miembro en cuyo territorio está pendiente el litigio.

28. Esta conclusión no queda en entredicho por el hecho de que la excepción que establece el art. 13 del Reglamento n° 1346/2000 incluye también los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad previstos en la *lex causae*, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 16 abril 2015, Lutz (C-557/13, ap. 49).

29. En efecto, el resultado al que llegó el Tribunal de Justicia en la sentencia mencionada en el apartado anterior se basa en la consideración de que los arts. 4 y 13 del Reglamento n° 1346/2000 constituyen una *lex specialis* respecto de los demás textos que regulan el Derecho internacional privado de los Estados miembros, sobre todo por lo que respecta al Reglamento Roma I, y deben interpretarse a la luz de los objetivos perseguidos por el Reglamento n° 1346/2000 (véase, en ese sentido, la sentencia de 16 abril 2015, Lutz, C-557/13, ap. 46).

30. Por lo que concierne más en particular al objetivo perseguido por el art. 13 del Reglamento n° 1346/2000, de la jurisprudencia se desprende que ese artículo tiene por objeto proteger la confianza legítima de quien se ha beneficiado de un acto perjudicial para los acreedores, estableciendo que este acto seguirá estando regulado, aun después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, por el Derecho que le era aplicable en la fecha en la que se realizó, a saber, la *lex causae* (sentencia de 15 octubre 2015, Nike European Operations Netherlands, C-310/14, ap. 19).

31. En estas circunstancias, procede señalar que ni el tenor literal ni los objetivos perseguidos por el art. 13 del Reglamento n° 1346/2000 permiten considerar que la forma y el plazo que debe cumplir una parte para invocar ese artículo en el marco de un procedimiento judicial están determinados por la *lex causae*. En efecto, el Reglamento n° 1346/2000 y, en particular, su art. 13 no tienen por objeto proteger al justiciable frente al riesgo habitual de tener que defenderse en el marco de un procedimiento de ese tipo, ya sea ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio reside la persona de que se trata o ante los tribunales de otro Estado miembro, ni, por tanto, frente al Derecho procesal aplicado por el órgano jurisdiccional competente.

32. En consecuencia, procede considerar que una normativa nacional, como el art. 167 CPC, que prevé, en esencia, que en su escrito de contestación la parte demandada debe invocar todos sus motivos de defensa y proponer, so pena de caducidad, posibles excepciones procesales y materiales, que no pueden ser suscitadas de oficio, que está ese artículo en relación con el art. 183 CPC, que establece que las partes podrán no obstante precisar y modificar sus peticiones, excepciones y pretensiones en la vista

fijada para la primera comparecencia de las partes, puede, sin perjuicio del respeto de los principios de equivalencia y de efectividad recordados en el ap. 26 de la presente sentencia, aplicarse en el marco de un litigio relativo a una acción revocatoria, en el sentido del art. 4, ap. 2, letra m) Reglamento nº 1346/2000, y en cuyo marco se ha invocado el art. 13 de ese Reglamento.

33. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que la forma y el plazo en los que el beneficiario de un acto perjudicial para la masa de acreedores debe proponer una excepción en virtud de ese artículo, para oponerse a una acción dirigida a obtener la revocación de ese acto según las disposiciones de la *lex fori concursus*, y la cuestión de si ese artículo puede aplicarse también de oficio por el órgano jurisdiccional competente, en su caso tras el vencimiento del plazo señalado a la parte de que se trata, se rigen por el Derecho procesal del Estado miembro en cuyo territorio está pendiente el litigio. Sin embargo, este Derecho no podrá ser menos favorable que el que regula las situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión (principio de efectividad), extremo que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente.

[...]

34. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el art. 13 Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que la parte sobre la que recae la carga de la prueba debe demostrar que, en el caso de autos, la *lex causae* no prevé con carácter general y abstracto ningún medio de recurso contra un acto considerado perjudicial, o en el sentido de que esa parte debe probar que, cuando la *lex causae* permite impugnar ese tipo de acto, no se cumplan en concreto los requisitos para que pueda acogerse un recurso interpuesto contra ese acto y que son diferentes de los previstos por la *lex fori concursus*.

[...]

38. En consecuencia, el Tribunal de Justicia excluyó implícitamente una interpretación en el sentido de que el citado demandado debe probar que la *lex causae* no prevé con carácter general y abstracto ningún recurso contra el acto de que se trata, interpretación que por otra parte resulta excesivamente restringida, habida cuenta de que esos recursos existen, al menos en abstracto, prácticamente siempre, y que privaría por tanto al art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 de su efecto útil.

39. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que la parte sobre la que recae la carga de la prueba debe demostrar que, cuando la *lex causae* permite impugnar un acto considerado perjudicial, no se cumplen en concreto los requisitos exigidos para que pueda acogerse un recurso interpuesto contra ese acto, distintos de los previstos por la *lex fori concursus*.

[...]

40. Las cuestiones prejudiciales tercera a quinta, que procede examinar conjuntamente, versan, en esencia, sobre la interpretación del art. 13 Reglamento nº 1346/2000, en particular por lo que respecta a la posibilidad de invocar esa disposición en el supuesto previsto en el art. 3, ap. 3 Reglamento Roma I, a saber, cuando todos los elementos de la situación de que se trata entre las partes de un contrato están localizadas en un país distinto al de la ley elegida por las citadas partes.

[...]

41. Procede señalar, con carácter preliminar, que, en virtud de su art. 28, el Reglamento Roma I se aplica a los contratos celebrados después del 17 diciembre 2009. Como se desprende de los elementos que obran en poder del Tribunal de Justicia, el contrato que regula los pagos de que se trata en el litigio principal fue celebrado el 11 marzo 2008 y su validez fue prorrogada mediante una cláusula adicional de 9 diciembre 2009.

42. En consecuencia, el Reglamento Roma I no es aplicable al litigio principal.

43. En esas circunstancias, y dado que, en virtud del art. 2 del Primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Roma, el órgano jurisdiccional remitente no es

competente para plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de dicho Convenio, la presente sentencia se refiere al Reglamento Roma I únicamente en la medida en que tal remisión permite precisar el ámbito de aplicación del art. 13 del Reglamento nº 1346/2000.

44. Habida cuenta de esas consideraciones, procede reformular las cuestiones prejudiciales tercera a quinta en el sentido de que pretenden que se dilucide si el art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 puede ser válidamente invocado cuando las partes de un contrato, que tienen sus domicilios en un único Estado miembro, en cuyo territorio se localizan también todos los demás elementos pertinentes de la situación de que se trata, han designado como ley aplicable a ese contrato la ley de otro Estado miembro.

45. A este respecto, resulta notorio que, en el comercio internacional, las partes de un contrato usan regularmente la facultad de someter éste al Derecho de un Estado miembro determinado, por medio de una cláusula contractual en ese sentido, en particular para garantizar la seguridad jurídica por lo que atañe al Derecho aplicable a los derechos y obligaciones de las partes, que derivan del contrato de que se trata. El art. 3, ap. 1, del Reglamento Roma I, y el art. 3, ap. 1, del Convenio de Roma, que estaba en vigor en todos los Estados miembros cuando se adoptó el Reglamento nº 1346/2000, prevén esa posibilidad.

46. En consecuencia, como tal posibilidad ya existía cuando se adoptó el Reglamento nº 1346/2000 y dado que ni el art. 13 de ese Reglamento ni las demás disposiciones de éste contienen limitación alguna este respecto, procede considerar que ese art. 13 es aplicable incluso en el supuesto de que las partes hayan sometido el contrato al Derecho de un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que ambas partes están establecidas.

[...]

54. De este modo, por lo que respecta a la aplicación del art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 en una situación como la controvertida en el litigio principal, tal aplicación únicamente puede descartarse en el supuesto en que resulte de manera objetiva que la finalidad perseguida por aquella, consistente, en este contexto, en garantizar la confianza legítima de las partes en la aplicabilidad de una legislación determinada, no ha sido alcanzada y que el contrato ha sido sometido al Derecho de un Estado miembro determinado de un modo artificial, a saber, con el fin esencial no de someter efectivamente ese contrato a la legislación del Estado miembro elegido, sino de prevalerse del Derecho de ese Estado miembro para sustraer el contrato, o los actos producidos en ejecución del mismo, a la aplicación de la lex fori concursus.

55. Por el contrario, y en cualquier caso, procede recordar que, como señaló la Comisión, el mero hecho de que las partes usen la posibilidad de elegir, en una situación como la controvertida en el litigio principal, la ley de un Estado miembro distinto de aquel en el que están establecidas no crea presunción alguna acerca de la voluntad de eludir de modo fraudulento o abusivo las disposiciones previstas en materia de insolvencia.

56. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales tercera a quinta que el art. 13 Reglamento nº 1346/2000 puede invocarse válidamente cuando las partes de un contrato, que tienen su domicilio en un único Estado miembro, en cuyo territorio se localizan también todos los demás elementos pertinentes de la situación de que se trata, han designado como ley aplicable a ese contrato la ley de otro Estado miembro, siempre que las partes del contrato no hayan elegido esa ley de modo fraudulento o abusivo, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

[...]

[VINYLS ITALIA]

LEY APLICABLE AL DEVENGO DE INTERESES COMO CONSECUENCIA DEL IMPAGO DE UN CRÉDITO ORDINARIO POR LA CONCURSADA

2017/49.— Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos, Sentencia de 15 junio 2017. Magistrado José María Tapia López. Roj: SJPI 385/2017 — ECLI: ES:JPI:2017:385 Id Cendoj: 09059420012017100002.

Concurso de acreedores.– Incidente concursal.– Reconocimiento de un crédito ordinario en relación a unas facturas impagadas por la concursada.– Devengo de intereses como consecuencia del impago.

Normas aplicadas: Art. 10.5º Cc.

[...]

SEGUNDO: Centra la parte demandante su Incidente Concursal en los siguientes hechos: la demandante en su escrito de comunicación de créditos solicitaba el reconocimiento de un crédito ordinario por importe de 199.345,76 Euros, en relación a unas facturas impagadas por la Concursada. Estas facturas eran de distintas fechas. Además, en las mismas se indicaba que el plazo de pago sería en 60 días desde la fecha de la factura, en los términos que se recoge en el Antecedente de Hecho Primero de la demanda incidental. El importe de las facturas había sido reconocido por la Administración Concursal en su Informe Provisional. Del impago de las facturas se han devengado unos intereses moratorios exigibles hasta el momento de la declaración de Concurso Voluntario, por lo que en consecuencia se solicitaba el reconocimiento de los intereses de demora como crédito subordinado. Sin embargo, estos intereses fueron excluidos, por la Administración Concursal, de acuerdo con la regulación contenida en el art. 3.2º c) Ley 3/2004 de 29 de octubre.

TERCERO: Para la resolución de la cuestión planteada es necesario partir de la regulación contenida en el art. 10.5º Cc que establece que “se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato”.

Consta en las actuaciones el contrato suscrito entre la actora y la concursada de fecha 7 noviembre 2011, siendo relevante para la resolución de la cuestión planteada la cláusula 16.6 que establece que: “Ley aplicable: el presente Acuerdo y la relación que se establece entre las partes se interpretarán exclusivamente de conformidad con la legislación de los Países Bajos y cualquier controversia contractual o jurídica se resolverá finalmente de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por más de un árbitro, designados de acuerdo con dichas reglas. El procedimiento de arbitraje se llevará a cabo en inglés y se celebrará en Londres”.

En las cláusulas 6.5 y 6.3 del referido contrato se regulan el devengo de intereses como consecuencia del impago, su importe, así como la fecha de su devengo.

En este sentido y de acuerdo con la citada cláusula contractual no resulta de aplicación la regulación contenida en la Ley 3/2004 de 29 de octubre, dado que resultaría de aplicación la Ley de los Países Bajos, y en materia de intereses resultaría de aplicación lo estipulado en el contrato suscrito entre la actora y la Mercantil Concursada, lo que determina la desestimación de la presente demanda incidental.

[...]

[MAC THERMAL & PROCESS INDUSTRIES, S.A, MAC THERMAL & PROCESS INDUSTRIES, S.A / BREMBANA & ROLLE SPA]

MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO

PROCEDIMIENTO DE NULIDAD MATRIMONIAL INICIADO POR UN TERCERO DESPUÉS DEL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES

2017/50.– Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 13 octubre 2016. Asunto C-294/15.
Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil.– Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.– Reglamento (CE) n° 2201/2003.– Art. 1, ap. 1, letra a).– Ámbito de aplicación material.– Procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por un tercero después del fallecimiento de uno de los cónyuges.– Art. 3, ap. 1.– Competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia del “demandante”.– Alcance.

Normas aplicadas: art. 1, ap. 1, letra a), y art. 3, ap. 1, letra a), guiones quinto y sexto Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

[...]

22. *Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si un procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por un tercero con posterioridad al fallecimiento de uno de los cónyuges está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 2201/2003.*

[...]

33. *A este respecto, es preciso señalar que, como se desprende de su considerando 1, el Reglamento n° 2201/2003 contribuye a crear un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, en el que se garantiza la libre circulación de personas. Con este fin, en sus capítulos II y III, el Reglamento establece en particular normas que regulan la competencia así como el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia de disolución del matrimonio, con objeto de garantizar la seguridad jurídica (sentencia de 16 julio 2009, Hadadi, C-168/08, aps. 47 y 48).*

34. *Pues bien, excluir un procedimiento como el del litigio principal del ámbito de aplicación del Reglamento n° 2201/2003 sería contrario al respeto de dicho objetivo, ya que esta exclusión podría acrecentar la inseguridad jurídica vinculada a la falta de un marco normativo uniforme en la materia, máxime cuando el Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, no cubre ni las cuestiones relacionadas con el estado civil de las personas físicas ni las relaciones familiares.*

35. *Por otra parte, como señaló el Abogado General en el punto 27 de sus conclusiones, el hecho de que el procedimiento de nulidad que es objeto del litigio principal atañe a un matrimonio ya finalizado por el fallecimiento de uno de los cónyuges no implica que dicho procedimiento quede excluido del ámbito de aplicación del Reglamento n° 2201/2003, puesto que cabe considerar que una persona pueda tener interés en obtener la nulidad de un matrimonio incluso después del fallecimiento de uno de los cónyuges.*

36. *Aunque tal interés ha de apreciarse a la luz de la normativa nacional aplicable, no existe razón alguna para impedir que un tercero que haya iniciado un procedimiento de nulidad matrimonial con posterioridad al fallecimiento de uno de los cónyuges pueda ampararse en las normas de conflicto uniformes establecidas en el Reglamento n° 2201/2003.*

37. *Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el art. 1, ap. 1, letra a), del Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que un procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por un tercero con posterioridad al fallecimiento de uno de los cónyuges está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 2201/2003.*

[...]

38. *Mediante la tercera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el art. 3, ap. 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una persona distinta a los cónyuges que inicia un procedimiento de nulidad matrimonial puede basarse en los criterios de competencia establecidos en esas disposiciones.*

[...]

45. Dado que el art. 3, ap. 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento nº 2201/2003 no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar el alcance del concepto de “demandante”, dicha determinación debe hacerse en función del contexto de esas disposiciones y del objetivo del citado Reglamento.

46. En cuanto al contexto en el que se inscribe el art. 3, ap. 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento nº 2201/2003, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que este artículo prevé varios criterios para determinar la competencia, entre los cuales no establece ninguna jerarquía; todos los criterios objetivos enunciados en el citado artículo son alternativos (véase, en este sentido, la sentencia de 16 julio 2009, Hadadi, C-168/08, ap. 48).

47. De lo anterior se deduce que el sistema de reparto de competencias instaurado por el Reglamento nº 2201/2003 en materia de disolución del vínculo matrimonial no pretende excluir las competencias múltiples. Al contrario, se ha previsto expresamente la coexistencia de varios tribunales competentes, sin que entre ellos se haya establecido una jerarquía (sentencia de 16 julio 2009, Hadadi, C-168/08, ap. 49).

48. En relación con los criterios enumerados en el art. 3, ap. 1, letra a), del citado Reglamento, el Tribunal de Justicia ha declarado que éstos se basan, desde distintos puntos de vista, en la residencia habitual de los cónyuges (sentencia de 16 julio 2009, Hadadi, C-168/08, ap. 50).

49. De lo anterior resulta que las normas de competencia establecidas en el art. 3 Reglamento nº 2201/2003, incluidas las enunciadas en el ap. 1, letra a), guiones quinto y sexto, de dicho artículo, tienen como objetivo preservar los intereses de los cónyuges.

50. Tal interpretación responde también a la finalidad perseguida por este Reglamento, que ha establecido normas de conflicto flexibles para tener en cuenta la movilidad de las personas y para proteger igualmente los derechos del cónyuge que haya abandonado el país de la residencia habitual común pero garantizando que exista un vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 29 noviembre 2007, Sundelind López, C-68/07, ap. 26).

51. Se infiere de ello que, si un procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por un tercero está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 2201/2003, ese tercero ha de estar sometido a las normas de competencia definidas en interés de los cónyuges. Por otra parte, esta interpretación no priva a dicho tercero del acceso a la vía judicial, ya que podría invocar otros criterios de competencia establecidos en el art. 3 del citado Reglamento.

52. Por esta razón, el concepto de “demandante”, a efectos del art. 3, ap. 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento nº 2201/2003, no incluye a personas distintas a los cónyuges.

53. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el art. 3, ap. 1, letra a), guiones quinto y sexto, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que una persona distinta a los cónyuges que inicie un procedimiento de nulidad matrimonial no puede invocar los criterios de competencia establecidos en dichas disposiciones.

[...]

[MIKOŁAJCZYK]

Obs.: Vid. R. Caro Gándara, “Competencia judicial internacional en procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por un tercero tras el fallecimiento de uno de los cónyuges (STJUE de 13 de octubre 2016, Asunto C-294/15: Edyta Mikołajczyk c. Marie Louise Czarniecka y Stefan Czarniecki)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 44, enero 2017.

MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA

2017/51.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, Sentencia nº 447/2016 de 24 octubre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D Rafael de los Reyes Sainz de la Maza. JUR 2016/253264.

Matrimonio celebrado en el extranjero entre residente permanente en España y colombiano residente en Colombia.— Inscripción en el Registro civil a partir de certificación expedida por una autoridad o funcionario del país de celebración.— Posible falta de consentimiento matrimonial.— Instrucción DGRN de 31 enero 2006, sobre los matrimonios de complacencia.

Normas aplicadas: Art. 32 CE; art. 16.1º DUDH; art. 12 CPDHFLF; art. 9 CDFUE; arts. 44 ss Cc; arts. 246 y 256 RRC; Instrucción de la DGRN de 31 enero 2006, sobre los matrimonios de complacencia.

SEGUNDO: Establece el art. 256 RRC, que los matrimonios que consten en certificación expedida por una autoridad o funcionario del país de celebración, como el celebrado entre la actora y el Sr. Ángel Daniel, se inscribirán en el Registro Civil correspondiente, pero siempre que no existan dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española. Añade que el título para practicar la inscripción será, en todos estos casos, el documento expresado.

Ahora bien; esa certificación no tiene por qué ser suficiente a tales efectos. Si existen dudas sobre la legalidad de dicho matrimonio, el Encargado competente puede practicar las diligencias o recibir las declaraciones complementarias que considere oportunas para disiparlas. Y para actuar así, no se exige que previamente se denuncie o se cuestione la validez del matrimonio, como aduce la recurrente, sino que basta que el Encargado albergue dudas sobre su realidad o legalidad, sin que por ello pueda verse arbitrariedad en su actuación.

Tiene razón la recurrente cuando afirma que el instructor no tiene más remedio que inscribir el matrimonio si le consta que el matrimonio cumple con todos los requisitos exigidos por el Cc. El problema surge cuando ello no le resulta con claridad. Conforme al art. 45 Cc, no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, añadiendo consecuentemente el art. 73 del citado cuerpo legal, que será nulo el celebrado sin el mismo, cualquiera que hubiese sido su forma de celebración. Por tanto, no sólo debe cerciorarse de si existen impedimentos o cualquier otro obstáculo legal que pudiera impedir el matrimonio, como pueda ser el hecho de que estuviesen casados con anterioridad, o que no contaran con la edad y capacidad suficiente para prestar un consentimiento válido, como igualmente aduce la recurrente; sino que además deberá constatar que éste efectivamente fue prestado.

Es evidente que la existencia de un documento extranjero que certifique la celebración de un matrimonio válido según la legislación de la autoridad del país en el que se celebró y que lo emitió, no es obstáculo para poder apreciar el carácter de complacencia o conveniencia del matrimonio si, como ocurre en el caso de autos, existen elementos de convicción que permiten deducir razonablemente dicho carácter. Otra cosa implicaría negar la posibilidad misma de estimar y declarar la simulación del matrimonio, o su carácter de mera apariencia para lograr otros fines no amparados por el Ordenamiento. Desde luego, la prueba la validez del matrimonio le corresponde al cónyuge que la invoca y cuya inscripción interesa, tal y como se expuso en la resolución impugnada, y lo que plenamente se comparte por esta Sala.

TERCERO: Para resolver la cuestión planteada, resulta muy útil la Instrucción de 31 enero 2006, de la DGRN, sobre los matrimonios de complacencia. Contiene una serie de directrices que puedan ayudar a los Encargados de los Registros Civiles españoles, tanto en España como en el extranjero, a la hora de abordar el tratamiento jurídico de este fenómeno, a la vista de la creciente realidad social de tales enlaces. Se trata de unos matrimonios que se caracterizan por celebrarse, frecuentemente, a cambio de un precio, de manera que un sujeto —generalmente un ciudadano extranjero, aunque no tiene por qué ser siempre— paga una cantidad de dinero a otro sujeto —normalmente un ciudadano español—, para que éste último acceda a contraer matrimonio con él, con el acuerdo, expreso o tácito, de que nunca habrá “convivencia matrimonial auténtica” ni “voluntad de fundar y formar una familia”, y de que, pasado un año u otro plazo convenido, se instará la separación judicial o el divorcio, y cuyo propósito, en claro fraude de ley, no es sino el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial, entre otros posibles, en el campo de la nacionalidad y de la extranjería, ya sea para adquirir de modo acelerado la nacionalidad española, lograr un permiso de residencia en España, o la reagrupación familiar de nacio-

nales de terceros Estados. Por ello, tales matrimonios han sido denominados “matrimonios de complacencia”. Obviamente no son “verdaderos matrimonios”, sino negocios jurídicos simulados o “matrimonios meramente aparentes”, pues no existe un verdadero consentimiento matrimonial, ya que son sólo el medio a través del cual se procuran obtener ventajas legales en el sector del Derecho de extranjería y de la nacionalidad. No puede negarse que el consentimiento se emite, por una o ambas partes; pero mediante simulación, esto es, sin correspondencia con un consentimiento interior, sin una voluntad real y efectiva de querer contraer matrimonio, excluyendo el matrimonio mismo en la finalidad y en los derechos y obligaciones prefijados por la Ley, o bien un elemento o propiedad esencial del mismo. Se trata de un matrimonio simulado, en cuanto que la declaración de voluntad emitida no se corresponde con la real voluntad interna, y la verdadera finalidad pretendida por una o ambas partes es el de obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería o el estipendio recibido o prometido a uno de los contrayentes.

No se puede negar el *ius connubii*, o “derecho a contraer matrimonio libremente” que a toda persona se le debe reconocer. Así, el art. 32 CE. Este *ius connubii* o *ius nubendi* también se recoge en ciertos textos y Convenios internacionales vigentes en Derecho español. Entre ellos cabe citar el art. 16.1º DUDH adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General, de 10 diciembre 1948, cuyo texto indica que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”; el art. 12 CPDHLF del Consejo de Europa, hecho en Roma el 4 noviembre 1950, cuyo texto precisa que “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”; o el art. 9 de la CDFUE, cuyo texto indica que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Sin embargo, es clara la necesidad de erradicar estos matrimonios de complacencia, tanto desde una perspectiva de estricto Derecho privado, pues son nulos de pleno derecho, y al estar afectados por una causa de nulidad, debe evitarse su celebración, y, en caso de que hayan sido celebrados, impedir su inscripción en el Registro Civil, pues lo contrario supondría dar efectos a un matrimonio que no los puede producir; como desde una perspectiva de Derecho público (Derecho de la nacionalidad y Derecho de extranjería), pues potencian el fraude a las normas de nacionalidad y extranjería, como indica la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 4 diciembre 1997, y fomentan la inmigración ilegal, al propiciar la entrada, en este caso en España, de personas que lo que persiguen es evitar las restricciones fijadas para los extranjeros en la normativa administrativa de extranjería correspondiente.

CUARTO: Como se ha dicho, y se desprende del art. 256 RRC, el Encargado ha de realizar un control de la legalidad del hecho —en este caso, el matrimonio—, con arreglo a la ley española, lo que incluye la verificación de la concurrencia, no sólo de los requisitos objetivos del mismo, sino también de los subjetivos, siendo de especial relevancia a tales efectos la práctica de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, prevista en la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio (art. 246 RRC), como medio a través de cual se puede llegar a apreciar la existencia de cualquier obstáculo o impedimento legal para la validez del mismo, y entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial.

No cabe duda la dificultad que entraña detectar la existencia de un matrimonio de complacencia. No puede perderse de vista el esfuerzo que harán los interesados para ocultarlo, siendo por ello de suma importancia en esta materia la prueba de presunciones. Y si resulta fundamental en cualquier procedimiento la intermediación del Juzgador como instrumento básico para poder apreciar y valorar la prueba practicada, idéntica relevancia ha de otorgársele a la labor del Encargado del Registro Civil correspondiente a la hora de controlar la legalidad y autenticidad del consentimiento matrimonial prestado, precisamente en ese trámite de audiencia antes referido. De ahí que si a la vista de lo practicado en su presencia, ha llegado a una conclusión que se estima razonable y correcta, como efectivamente ocurre en el supuesto de autos, no siendo expuesta, tampoco de modo oscuro, impreciso, ininteligible, incongruente o contradictorio, tal valoración debe mantenerse sin que quepa ser sustituida por la subjetiva e interesada de la parte que la impugna, y lo que debe ser respetado, como correctamente hizo la Juzgadora de instancia, y hará esta Sala a través de la presente resolución.

Y es que no otra cosa puede desprenderse del resultado de la audiencia reservada realizada con los contrayentes por el Encargado del Registro Civil consular de Bogotá.

Lo primero que no se entiende es el hecho del matrimonio en sí, cuando es evidente que no tenían los contrayentes intención de convivir, como se desprende de la sucesión de los acontecimientos. Ella reside permanentemente en España y él en Colombia. Desde el viaje realizado por la recurrente con ocasión de la boda en febrero de 2010, no se aduce ni se acredita que hubiesen vuelto a tener más contacto físico. Puede que su marido hubiere tenido problemas para ello. Reconoció que por dificultades con el visado, nunca había llegado a viajar a España. Pero no consta que ella también las hubiese tenido para viajar a Colombia; tampoco que las dificultades de él fuesen insalvables, habida cuenta que como expone la recurrente en su demanda, su marido es auditor médico y cuenta con un buen puesto de trabajo en su país. Es más, preguntados ambos por la frecuencia y fechas en las que se vieron con anterioridad, no pudieron concretar cuándo se produjeron las visitas, a pesar de tener que ser un dato y circunstancia relevante para ellos, habida cuenta las distancias y lo esperado que habrían de ser tales momentos.

También sorprende que la recurrente no supiera la edad de la persona con la que había contraído matrimonio. Se trata de un dato personal de especial relevancia. Curiosamente recordaba el día y mes de nacimiento.

Tampoco dan respuestas a preguntas sobre circunstancias, que, aunque de carácter secundario, sin embargo es frecuente que sean conocidas por dos personas que han mantenido una relación sentimental de 4 años, llegando incluso a contraer matrimonio, y como puede ser si al otro se le conoce por algún apodo, si tiene alergias, o qué licor le gusta beber. En este punto existían hasta contradicciones, al afirmar él que le gustaba la cerveza y a ella el whisky, mientras que ella dijo que lo que gustaba a ambos era la cerveza o los zumos. Otra contradicción que no se entiende era la referente a si sabían tocar instrumentos musicales. Mientras que él negó que cualquiera de ellos supiera tocar alguno, ella afirmó que su marido tocaba la guitarra.

Ningún valor probatorio a los efectos pretendidos puede darse a la documental aportada por la recurrente con la demanda. Nada en concreto puede desprenderse de que hubiese firmado un contrato con su marido por el que le vendía una concreta finca con reserva de usufructo y de la que declara ser la vivienda conyugal; de que estuviese incluida como beneficiaria en el seguro médico del Sr. Ángel Daniel; o de que ambos hubiesen abierto una cuenta de ahorros casi dos años y medio después de contraer matrimonio, cuyo saldo y movimientos se ignoran, porque no se aporta un extracto de la misma, sino sólo los impresos con su solicitud suscritos por ambos.

Por todo ello, esta Sala considera que era correcto concluir que el consentimiento matrimonial prestado por ambos cónyuges era nulo, y que por ello se trataba de un matrimonio de complacencia, al que nuestro Ordenamiento Jurídico no podía otorgarle validez ni reconocimiento mediante la inscripción en el Registro Civil correspondiente. No otra cosa puede inferirse de lo anterior, ante el desconocimiento por parte de ambos de datos personales básicos, y la no acreditada intensidad que requerirían unas relaciones previas y posteriores de unos cónyuges, a pesar de que hubiesen tenido que desarrollarse en parte desde la distancia, y lo que no estaba del todo justificado. No se acreditan circunstancias objetivas o económicas que hubieran impedido o que impidieran un mayor contacto físico entre las partes. Tampoco se aportan pruebas acreditativas de que se conocieran 12 años antes de contraer matrimonio, y como ambos aseguraron, ignorándose a qué fechas o periodos corresponden las pocas fotografías adjuntas al expediente.

En definitiva, ninguna infracción del art. 386 LEC se aprecia hubiere sido cometida por la Juzgadora de instancia.

2017/52.— Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 23 enero 2017. Ponente: Ana Vega Pons—Fuster Olivera. Roj: SAP V 157/2017 – ECLI: ES:APV:2017:157 Id Cendoj: 46250370102017100059.

Inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero.— Denegación por presunta simulación.— Recurso ante la DGRN.— Demanda judicial solicitando la inscripción.— Competencia del Tribunal: sí.— Ausencia de datos objetivos que acrediten la existencia de un matrimonio por conveniencia.

Normas aplicadas: Arts. 17 y 32 CE; art. 16 DUDH; art 9 CDFUE.

PRIMERO: El actor contrajo matrimonio en la República Dominicana con D^a Esther el 27 diciembre 2013. Que solicitada la inscripción del matrimonio en el Consulado General de España en Santo Domingo por resolución de 5 mayo 2015 de la Cónsul adjunta se denegó la petición por considerar que se trataba de un negocio jurídico simulado, ya que los promotores se habían conocido por internet en Mayo de 2013, viajando el Sr. José Antonio a conocer a la que sería su esposa el 25 diciembre ese mismo año, contrayendo matrimonio dos días después.

Que el actor interpuso el 15 mayo 2013 recurso contra dicha resolución, y sin haberse resuelto, el Sr. Jose Antonio interpuso el 15 julio 2015 demanda contra la Dirección general de Registros y del Notariado ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, donde tiene su residencia, solicitando se dictara sentencia ordenando al registro Civil español la inscripción del matrimonio celebrado.

Pues bien, lo primero que se plantea esta Sala es su propia competencia, y al respecto hemos de decir que con arreglo a la Ley del Registro Civil de 1957, al estar aún en vacatio legis la Ley publicada en 2011, este Tribunal se declara competente para conocer del presente recurso de apelación, pues no constando que se haya resuelto expresamente el recurso de reposición contra la resolución denegatoria, que el demandado anunció estaba a próximo a resolverse al ser emplazado, habrá necesariamente que considerar que ha sido desestimada, bien expresa o tácitamente. Lo mismo cabe decir respecto al fuero territorial, cuestión sobre la que no se planteó excepción por el Abogado del Estado, por lo que habrá que considerar conforme al art 51 en relación al 59 LEC que corresponde a los Juzgados de Primera Instancia de Valencia.

SEGUNDO: Entrando en el motivo de denegación de la inscripción matrimonial, según se advierte de la lectura de la resolución denegatoria (...) fue porque se consideró que el matrimonio del actor contraído en Santo Domingo era simulado, con finalidad económica o migratoria de carácter irregular dadas las circunstancias en que se conocieron las partes, que no tuvieron tiempo de conocerse antes de casarse, y por tanto no se acreditaba ni una auténtica relación sentimental ni un proyecto de vida en común.

Con ello se nos está remitiendo a la validez del consentimiento matrimonial otorgado por los contrayentes, y a la cuestión de los matrimonios de conveniencia.

Pero reconocido constitucionalmente el derecho a contraer matrimonio en el art 32 como derecho de los ciudadanos, y como derecho fundamental a través del art 17 CE, así como en el art 16 DUDH y en el art art. 9 CDFUE entre otros, debe únicamente limitarse cuando concurran serios y fundados indicios de que nos encontramos ante un matrimonio simulado, o de conveniencia.

No constan en la resolución recurrida cuáles son los indicios o hechos o datos que sustentaban la convicción moral de la encargada del registro para considerar que se trataba de un matrimonio simulado o “blanco” o de conveniencia, pero el afán por parte de los Estados de controlar los flujos migratorios y la dificultad de probar que la voluntad emitida se corresponde con la real voluntad interna, puede conducirnos a equívocos graves cuando entre los contrayentes existe algún elemento “diferenciador” como puede ser la nacionalidad, la raza, el color o la religión, la distancia geográfica o la edad, de tal modo que puede verse vulnerado el derecho que asiste a toda persona a contraer matrimonio con quién uno libremente elija.

Por ello resulta necesario subrayar que un matrimonio solo será presuntamente fraudulento cuando a partir de las declaraciones de los interesados o de terceras personas, de informaciones que procedan de documentos escritos u obtenidos durante una investigación, se detecten presunciones fundadas y razonables de ese fraude ya que el control preventivo de la autenticidad del consentimiento matrimonial no

debe realizarse sistemáticamente y de modo uniforme para todos los matrimonios en los que intervengan nacionales de terceros países.

TERCERO: Pues bien, en el caso de autos no hay en la resolución recurrida base suficiente para considerar que se tratara de un negocio simulado, pues el hecho de que las partes entablaran relación vía internet y no de forma personal y directa, responde a una realidad que a día de hoy está bastante generalizada, y muchas son las parejas llegan a conocerse gracias a estas nuevas tecnologías.

El hecho que singulariza el caso es la distancia geográfica entre los contrayentes lo cual tampoco es en estos tiempos nada excepcional, en la medida en que la red permite poner en contacto a ciudadanos de todos los puntos del planeta, y es germen de relaciones sentimentales entre ciudadanos de países muy alejados entre sí.

En este caso ha quedado acreditado que existía una comunicación continua y afectuosa vía wassap entre en Sr. Jose Antonio y la Sra. Esther, equivalente a la relación epistolar entre novios que ha existido históricamente, no limitándose las muestras de interés y cariño a tal comunicación, pues queda acreditada por la documental el hecho de que antes de contraer matrimonio el actor ya hacía envíos de regalos y de dinero a su novia, y continuó mandando remesas casi todos los meses después de casarse una vez había regresado a España, volviendo a visitar posteriormente a su esposa en la República Dominicana.

En el supuesto que ahora examinamos no se prueba lo que es más importante, que la finalidad de los esposos al contraer matrimonio fuera una finalidad económica o migratoria, existiendo otros factores que desdibujan esos torpes objetivos: los contrayentes tenían mutuo conocimiento a través de la comunicación que mantuvieron con asiduidad durante siete meses, ambos hablan la misma lengua, no existe una notable disparidad en la edad entre ellos, cuentan con 47 y 41 años, y si no han podido tener una convivencia común se debe a que no habiéndose reconocido el matrimonio en España, no pudo la esposa trasladarse a vivir a nuestro país.

La denegación de la inscripción basada en la presunción del fraude de ley en la celebración del matrimonio, como se alega por el recurrente, debe estar fundada en hechos base demostrados que con un enlace preciso, racional y directo conduzcan a la convicción de que se trataba de una apariencia matrimonial, lo que no se aprecia en este caso, por lo que debe en definitiva estimarse el recurso y revocarse la sentencia de instancia.

[...]

2017/53.— Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera, Sentencia nº 261/2017, de 6 abril 2017. Ponente: Andrés Palomo del Arco. Roj: STS 1486/2017 – ECLI: ES:TS:2017:1486 Id Cendoj: 28079120012017100289; RJ 20172248.

Matrimonio de conveniencia.— Aspectos penales de los matrimonios por conveniencia.— Delitos de falsedad en documento oficial y contra los derechos de los trabajadores extranjeros.— Ausencia de ánimo de lucro.— Diferencia entre las consecuencias civiles, administrativas y penales.— Absolución.

Normas aplicadas: Arts. 24 y 117 CE; arts. 392.1 y 390.1.2º, en relación al art. 74 del Código Penal; art. 47 CDFUE.

[...]

OCTAVO: A ello se une, que la atención que el matrimonio de complacencia suscita en el legislador, no suele ser ni la protección de los derechos humanos vinculados con el matrimonio (ius connubii, libertad individual, intimidad, libre desarrollo de la personalidad), ni la protección de la institución matrimonial, sino precisamente la elusión de la normativa de extranjería.

De forma, que cuando no existe cuestión de extranjería en la finalidad del matrimonio de conveniencia, el consentimiento prestado no es cuestionado. Desde una consideración práctica, sólo afecta al español que desea contraer o ha contraído matrimonio con extranjero. También si integra pareja de hecho,

desde que la reforma de la Ley de extranjería por la LO 2/2009, reconoce el derecho a la reagrupación familiar del cónyuge o de la pareja de hecho del extranjero residente en España (art. 18).

Cuestión precisamente que resta por analizar, la subsunción de lo declarado probado en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del Título XV bis, que más propiamente debían denominarse delitos de migración.

NOVENO: 1. Con independencia de redacciones anteriores, tras la reforma de la LO 5/2010, se logra discriminar en nuestro ordenamiento las conductas de “tráfico”, donde el emigrante es el propio inductor de la conducta en aras de alcanzar la entrada en un país donde espera encontrar condiciones de vida más dignas, de las conductas de “trata”, donde la víctima no requiere ser emigrante, y que supone la forma moderna del comercio mundial de esclavos; recogiendo los comportamientos tipificados de trata en el art. 177 bis y los de tráfico en el art. 318 bis.

El núcleo de la tipicidad actualmente recogida en el art. 318 bis, obviamente más favorable al reo que las redacciones precedentes, proviene de la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 noviembre 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, que obliga en su art. 1.1º, a los Estados a adoptar sanciones adecuadas para las siguientes conductas:

a) contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros;

b) contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros.

Y añade en su art. 1.2º

“Los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”.

En paralela redacción, el art. 318 bis, establece en sus tipos básicos:

“1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”.

2. Si el matrimonio, en cuanto que no había sido declarado nulo, desplegaba los efectos que le habían sido propios, ninguna vulneración de la normativa sobre entrada y estancia de extranjeros ha concurrido.

3. Pero incluso si el matrimonio hubiera sido declarado nulo por entenderlo de mera complacencia, tampoco hubiera mediado delito del art. 318 bis.

No resulta viable en ningún caso, subsumir la conducta declarada probada en esta norma. Pues Roman ya residía en España cuando contrajo matrimonio con Natalia y la menor Lourdes, había nacido en Barcelona, en 2012. Mientras que la menor Roman y el padre de aquel, Celso, no consta ni se describe que entraran ilegalmente en España. Por tanto, no es dable su tipificación a través del art. 318 bis.1, pues ninguna entrada (o tránsito) ilegal se describe.

Sí se narra que Celso tenía visado de turista y que la menor Eugenia entró en España con la oculta intención de los acusados de que se quedara a vivir de forma permanente. Ello no integra propiamente, supuestos de migración laboral como los contemplados en las SSTs; 167/2015 de 24 de marzo; y

298/2015 de 13 de mayo, con origen en el Acuerdo del Pleno de 3 octubre 2005, sobre el alcance del delito contra los derechos de los trabajadores del entonces 313.1, que sancionaba al que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina, coincidente efectivamente con el art. 318 bis.1 hasta la reforma operada por la LO 1/2015 (vid. STS 482/2016, de 3 de junio que ya contempla la nueva regulación); que en todo caso, ahora resulta circunscrita en este apartado, en la ayuda a la entrada o al tránsito con vulneración de la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros ; vulneración que no se concreta, ni permite identificarse al no describirse con nitidez, las circunstancias de las referidas entradas.

Así la STS 646/2015, de 20 de octubre, describe la evolución normativa,

– El art. 318 bis.1, hasta la Ley Orgánica 1/2015 sancionaba los actos de favorecimiento o promoción de “tráfico ilegal o inmigración clandestina”, desde, en tránsito o con destino a España o a países de la UE.

– Tras la citada reforma el comportamiento típico consiste en ayudar intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a “entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros”.

– Por su parte el art. 313.1º Código Penal varió su contenido, respecto a su redacción entonces vigente, tras la reforma operada por LO 5/2010. Ésta circunscribió el tipo penal a los supuestos de favorecimiento de emigración, destipificando, a los efectos de ese precepto, la determinación a la inmigración clandestina.

– Es decir, desde la vigencia de la reforma de 2010, además de tipificar separadamente la trata de personas, se eliminó la posible duplicidad típica de la misma conducta (favorecer la inmigración) en los arts. 313.1º y 318 bis 1 Código Penal. Como se advertía en la exposición de motivos el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transaccional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios añadiendo... como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los arts. 313.1º...

– Por lo que concierne a la modificación de 2015, el tipo penal sustituye el concepto inmigración clandestina por el de entrada o tránsito (además de la permanencia o estancia a que se refiere el nuevo 318 bis 2) en la que concurra contravención de las normas legales.

– Lo que, siendo concorde al nuevo bien jurídico considerado, –exclusivamente la legalidad administrativa de la entrada y presencia en territorio español de ciudadanos no europeos (si fuere ciudadano de un país de la Unión se exige ánimo de lucro)– puede suponer una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa. La lectura de éstas permite comprender que no toda ilegalidad es equiparable a clandestinidad.

– El nuevo supuesto de hecho del tipo penal, que en su modalidad básica no exige engaño ni forzamiento de la voluntad del inmigrante, pero que castiga comportamientos no siempre ocultos ni clandestinos, también conlleva el riesgo de desbordar la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal, obviando la necesaria diferenciación entre las respuestas penales y no penales. Lo que exige de la Jurisdicción una necesaria corrección del exceso verbal del tipo que deje fuera del ámbito penal conductas que, pese a contravenir la letra de la ley, no puede, por coherencia del sistema y exigencia de los principios penales legalizados, ser consideradas delictivas.

– Por un lado no cabe olvidar que el tipo penal se enmarca en una rúbrica que dice tipificar comportamientos “contra los derechos de los extranjeros”, y éstos no coinciden necesariamente con los subyacentes a la regulación del flujo migratorio. De ahí que se haya dicho con buen tino que el extranjero es en el tipo penal más que víctima, –como sugiere la citada rúbrica– objeto de la infracción.

– La recepción de la voluntad de la Unión Europea (Directiva 2002/90/CE y 2008/115/CE) no puede hacer idénticas la respuesta administrativa y la penal. Así lo recordaba incluso el Parlamento Europeo en su Resolución de 22 mayo 2012 al advertir de la naturaleza de intervención última, y mínima, de la sanción penal.

– De ahí que no toda infracción legal, determinante de sanción administrativa, puede considerarse delictiva.

– Como tampoco debe considerarse delictivo todo comportamiento susceptible de ser tipificado como infracción administrativa grave.

Y tras calificar en pasado la jurisprudencia consecuente al Acuerdo de Pleno no jurisdiccional referenciado de 2005, sobre entrada clandestina e ilegal, concluye: Tras la reforma de 2015 la acusación que impute el delito del art. 318 bis 1 Código Penal habrá de identificar, no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa y la razón por la que ésta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa. Solamente ante tal completa identificación del título de condena cabrá ejercitar una adecuada defensa.

Exigencias, como hemos indicado, no cumplimentadas en autos.

4. En todo caso, dada la relación familiar directa, con finalidad exclusiva de reagrupación familiar, la hija de muy corta edad y el padre del coacusado, concurre de modo inequívoco la excusa absolutoria de ayuda humanitaria, que excluye la punibilidad.

5. Ciertamente, sí existe ayuda para permanecer en España, pero la tipicidad del art. 318 bis.2, exige ánimo de lucro, que ya hemos dicho que en autos no concurre.

Cuando el matrimonio de conveniencia o reconocimiento de un niño, con el fin de obtener o hacer obtener un título de residencia, evitar la expulsión, de adquirir o hacer adquirir la nacionalidad, quiere sancionarse en todo caso, surge la necesidad de tipificarse específicamente; y así en Francia (art. L623–1 del Código de entrada y de residencia de los extranjeros y del derecho de asilo), Bélgica (art. 79 bis Ley de acceso al territorio, residencia, establecimiento y expulsión de extranjeros: y 79 ter para parejas de hecho – cohabitación legal–) o Portugal (art. 186 de la Ley sobre las condiciones y procedimientos de entrada, permanencia, salida y expulsión de extranjeros del territorio portugués), con una extensión punitiva muy diversificada.

Nuestro legislador ha optado por considerar ilícito administrativo, contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito [art. 53.2.b) LO Extranjería], sancionado como infracción grave con multa de 501 hasta 10.000 euros [art. 55.1.b)], en adecuada proporcionalidad que solo deviene penalmente típico cuando en la ayuda a permanecer en España, media ánimo de lucro.

Así, aún cuando fuere debidamente declarado matrimonio de complacencia el contraído por los acusados, con los referidos fines elusivos de la normativa de extranjería, sería en todo caso, conducta que resta en ilícito administrativo al no mediar ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto requerido en el comportamiento típico del art. 318.bis.2.

El que intencionadamente ayude a una persona

DÉCIMO: En cuya consecuencia, debe ser estimado para ambos recurrentes (directamente para Roman y ex 903 LECr para Natalia), el motivo formulado al amparo del art. 849.1º LECr, con la consiguiente declaración de oficio de las costas causadas (art. 901 LECr).

INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO

2017/54.— Audiencia Provincial de Álava, Sección Primera, Sentencia nº 339/2016, de 26 octubre 2016. Ponente: María Mercedes Guerrero Romero. Roj: SAP VI 573/2016 – ECLI: ES:APVI:2016:573 Id Cendoj: 01059370012016100314.

Matrimonio celebrado en Gambia.— Adquisición posterior de la nacionalidad española por el marido.— Reagrupamiento familiar.— Solicitud de inscripción del matrimonio en el Registro civil.— Denegación: matrimonio potencialmente poligámico, orden público.— Recurso judicial.— Tutela constitucional de la familia y de los hijos.— Estimación.

Normas aplicadas: Arts. 10.1º y 39 CE; arts. 12.3, 32, 44, 46.2º Cc.

SEGUNDO. Error en la valoración de la prueba. Certificado de matrimonio inscribible. Interpretación restrictiva del orden público español.

La resolución impugnada deniega la posibilidad de inscribir el certificado de matrimonio presentado por cuanto únicamente figura el estado de soltería de la esposa y no del propio Sr. Carlos Daniel, “– la certificación matrimonial de Gambia no puede incorporarse al Registro (art. 12.3º) por resultar contraria al orden público al no manifestar el estado previo al acto del varón y admitir la poligamia conforme la ley que lo regula”.

Se rechaza la inscripción por si pudiera existir un matrimonio anterior del varón, resulta que el Sr. Carlos Daniel no realizó esta declaración en la certificación, por lo que la juez duda de que pudiera haber otro matrimonio anterior y que hubiese practicado la poligamia. Se alza la barrera del orden público para evitar el acceso a nuestro sistema del matrimonio poligámico, bien prohibiendo su celebración en España, bien negado la inscripción del que pudo celebrarse en el extranjero. En el primer supuesto porque nuestro ordenamiento no reconoce capacidad matrimonial a quien esté ligado con vínculo matrimonial (art. 46.2º Cc), y en segundo lugar porque la inscripción de un matrimonio en el Registro civil español requiere que este sea válido para nuestro ordenamiento.

Al ser el estado civil de cada contrayente un dato obligado en la inscripción del matrimonio, surge aquí el impedimento de ligamen, que impide el acceso al Registro de los matrimonios donde en alguno de sus contrayentes concurre tal circunstancia.

Si tomamos en consideración los valores fundamentales del ordenamiento jurídico español, los elementos que integrarían el orden público podríamos deducirlos del propio texto constitucional, concretamente nos estamos refiriendo a los que se contienen en el art. 1.1º, la libertad y la igualdad, como valores esenciales del ámbito matrimonial, así como la dignidad personal el art. 10.1º CE.

La poligamia conculcaría los principios fundamentales que informan el ámbito matrimonial como son la igualdad de los contrayentes y la libertad de la esposa, así como la dignidad. Desde esta perspectiva podemos afirmar que cualquier institución que altere fundamentalmente estos principios básicos se deberá restringir por alteración del orden público. Se trata de obstaculizar la norma o institución extranjera que contravenga los principios fundamentales del foro.

Es el juez quien debe buscar en el propio ordenamiento soluciones justas, para ello debe procederse a la ponderación de los bienes en conflicto. Por una parte, los principios inderogables del foro que acabamos de mencionar, y por otra la protección que el art. 39 CE concede a la familia, sea cual sea su origen y en especial a las madres e hijos, iguales ante la ley sin que puedan prevalecer discriminaciones por razón del estado civil.

La delimitación actual del orden público prohíbe el reagrupamiento familiar de más de un cónyuge al extranjero polígamo, la Directiva europea de 7 febrero 2000 en su art. 5.2º establece que “en caso de reagrupamiento familiar, si el reagrupante tuviera una esposa viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la entrada ni la residencia de otra esposa, ni de los hijos de esta última; solo se autorizará la entrada y residencia de los hijos de otra esposa si el interés superior del hijo así lo exigiera”. Este principio también se refleja en nuestro ordenamiento, LO 8/2000 de 22 de diciembre, incluso con una regulación más restrictiva. La familia polígama no es un modelo aceptado por el ordenamiento jurídico español, el sistema de reagrupamiento familiar establecido impide a las sucesivas esposas e hijos acceder a nuestro territorio.

Ahora bien, el art. 39 CE establece que, dentro de los principios rectores de la política social y económica, los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualesquiera que sea su estado civil. Es por ello que esta Sala considera que debe darse una solución a los matrimonios contraídos en otros países por ritos como el musulmán. La excepción de orden público, junto con la norma de conflicto basada en la nacionalidad y una jurisprudencia sensible y equitativa, permite imaginar soluciones originales y establecer un diálogo entre ordenamientos, no se trata de dar un salto al vacío y soportar los peligros de los conflictos de civilizaciones, sino de entretener con toda lucidez las posibilidades de aplicación del Derecho extranjero.

Así, la cláusula del orden público debe ser interpretada a la luz de los principios constitucionales, adoptando fórmulas que adapten el modelo familiar de otras culturas siempre y cuando no se produzcan graves quebrantos constitucionales.

En este sentido, con la propia documental que obra en el expediente administrativo de inscripción del matrimonio se puede constatar que el Sr. Carlos Daniel manifestó ante el encargado del Registro Civil que cuando contrajo matrimonio con D^a Celestina era soltero. Que la poligamia es una opción que él no ha ejercido. Y esta misma declaración la realiza cuando procedió a instar la reagrupación familiar de su cónyuge e hijos que le fue concedida por el Estado, la documental anexa al procedimiento es suficiente para acreditar este hecho.

Desde nuestro punto de vista el orden público constitucional no queda vulnerado por la inscripción de este matrimonio en el Registro Civil. Es un hecho cierto que el Sr. Carlos Daniel tiene la nacionalidad española, que ha reagrupado en nuestro país a su familia, mujer y dos hijos, y que en nuestro país y bajo el paraguas de nuestras leyes no podrá volver a contraer matrimonio. La inscripción en el Registro someterá el vínculo matrimonial contraído en su país de origen a las normas, derechos, y deberes de nuestro ordenamiento. Desde la inscripción en el Registro el marido y la mujer serán iguales en derechos y obligaciones, y la mujer tendrá plena libertad de actuación, principios básicos del orden público como ya hemos dicho en los párrafos anteriores. La Sala considera que la inscripción en el Registro se hace necesaria una vez que la familia vive en España y está sujeta a nuestro ordenamiento jurídico, es por ello que el recurso debe prosperar.

NO ES NECESARIO QUE LOS EXTRANJEROS ACREDITEN SU RESIDENCIA LEGAL PARA LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE UNIONES DE HECHO

2017/55.— Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Quinta, Sentencia nº 2663/2016, de 19 diciembre 2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy. Roj: STS 5440/2016 – ECLI:ES:TS:2016:5440; Id Cendoj: 28079130052016100509.

Solicitud en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana.— Nacionales marroquíes.— Denegación: exigencia de se aporten al expediente la Tarjeta de Identidad de Extranjero, con el correspondiente número de identidad de extranjero (NIE).— Competencia del TS para resolver la cuestión.— Denegación improcedente.

Normas aplicadas: Arts. 100 y 101 RD 2392/2004 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería y los arts. 206 y 210 RD 557/11 que deroga el anterior Reglamento.

[...]

Conforme ya se dijo antes, el único motivo en que se funda el recurso, por la vía del error in iudicando, denuncia que la sentencia de instancia vulnera lo establecido en los arts. 100 y 101 del Real Decreto 2392/2004 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería. Dicha vulneración, en el razonar del motivo, se produciría porque la Sala de instancia ha interpretado que para poder inscribirse en el Registro de Uniones de Hecho, se exige que, tratándose de extranjeros, deben aportar al expediente, entre la documentación presentada, el número de Identificación de Extranjeros (NIE), lo cual solo es posible si el extranjero que solicita la inscripción tiene concedida la Tarjeta de Identificación de Extranjero (TIE). Ese criterio no es el que se sostiene por la Sala de instancia en la sentencia recurrida porque, como ya hemos visto en su transcripción, estima que lo exigido en el precepto reglamentario autonómico es la aportación de la documentación que acredite la identificación del solicitante, para lo cual es suficiente, a juicio de la Sala de instancia, su propia documentación personal expedida por sus autoridades nacionales o del país desde el que se hizo la entrada en España, sin necesidad de la documentación referida a su residencia en España, que es lo que acredita la TIE que incorpora el NIE. [...]

Pues bien, es precisamente la exigencia de esa documentación identificativa de los solicitantes la que genera la polémica de autos, porque así como la Administración autónoma entiende que cuando la inscripción se solicite por ciudadanos extranjeros, como es el caso de autos en que ambos interesados son de nacionalidad marroquí, dicha documentación debe comprender, no solo la personal expedida para el Estado del que es nacional –pasaporte–, sino que también es preceptivo aportar la Tarjeta de Identidad de Extranjero, expedida por las autoridades españolas. Y como en el caso de autos uno de los solicitantes no aportó dicha documentación complementaria, se acuerda el archivo del procedimiento de inscripción.

En contra del anterior criterio se postulan tanto los recurrentes en la instancia e interesados en la inscripción como la propia Sala territorial que, partiendo de la interpretación literal del precepto reglamentario autonómico, que solo hace referencia a la documentación identificativa, en relación con los arts.100 y 101 del Reglamento de la Ley de Extranjería, consideran que para la mencionada inscripción no se requiere aportar la TIE, por lo que se declara en la sentencia recurrida que procedía la inscripción de la unión de hecho solicitada por los originarios recurrentes.

[...] A la vista de los términos en que se suscita el debate es necesario retomar la cuestión sobre la competencia de este Tribunal Supremo en relación con estas cuestiones reguladas por normas autonómicas, que no puede ser otra que la de establecer si los mencionados preceptos reglamentarios de la normativa estatal sobre extranjería imponen, en todo caso, que la identificación de los extranjeros en cualquier actuación ante las Administraciones Públicas deben ineludiblemente acreditarse, además de con su documentación personal nacional, con la TIE expedida por las autoridades españolas. Solo ese debate es el que nos está autorizado por las competencias de este Tribunal Supremo al examinar el precepto autonómico, como presupuesto de la legalidad del concreto acto impugnado en la instancia.

Pues bien, centrado el debate en la forma expuesta es indudable que a los extranjeros, a quienes se reconocen los derechos del Título I de la Constitución (art. 3 Ley Orgánica de 2000), es previsible que deba intervenir en procedimiento administrativos o incluso jurisdiccionales sin que esté en condiciones de obtener la TIE, porque no puede olvidarse que el art. 24 de la Ley reconoce a los extranjeros, sin condición alguna, intervenir en la tramitación de los procedimientos administrativo con la “garantías previstas en la legislación general”, lo cual quebraría si se exigiera la acreditación de la personalidad con la exigencia de la TIE, porque en tanto no se pudiera obtener ésta quedaría ineficaz el derecho que se reconoce. Los extranjeros pueden estar interesados en procedimientos ante las autoridades españolas, como sería el de solicitar la residencia, antes de obtener esa documentación, intervención que, de interpretarse los preceptos reglamentarios en la forma pretendida por la Administración recurrente, quedarían frustradas. Incluso es de señalar que dándose en el caso de autos la peculiaridad de que uno de los solicitantes de la inscripción es residente con TIE, comportaría la posibilidad de que pudiera instar el reagrupamiento familiar que autoriza el art. 17 de la Ley Orgánica, en cuanto la norma autonómica no impone condición alguna a la convivencia previa a la inscripción; en tanto que no podría obtener la inscripción que sería presupuesto de esa posibilidad.

Así pues, hemos de concluir que en modo alguno la sentencia de instancia vulnera lo establecido en los arts.100 y 101 del Reglamento de la Ley de Extranjería, en cuanto dichos preceptos no imponen necesariamente que, en todo caso, las solicitudes de los extranjeros ante cualquier Administración Pública española requiera necesariamente la posesión de la TIE, único supuesto en que nos sería dable pronunciarnos sobre la pretendida nulidad del acto que se revisa en la instancia y que la Sala territorial, al interpretar el precepto reglamentario autonómico, no vulneró lo establecido en aquellos preceptos de naturaleza estatal.

Y es que, como hemos declarado en nuestra reciente sentencia 2370/2016, de 7 de noviembre: “Como resulta de la lectura de los preceptos estatales transcritos, en especial del art. 100.1, la identidad del extranjero en España se acredita con la documentación con la que hubiera entrado en nuestro país, expedido por las autoridades de su país de origen o de procedencia. Así viene a reconocerlo la propia Administración autonómica cuando, entre las alegaciones formuladas en el escrito de interposición del recurso de casación, sostiene que en el caso de ciudadanos extracomunitarios, cual es el caso, el único documento válido para acreditar la identidad es el pasaporte expedido por el Estado del que es nacional. En consecuencia, aportado el pasaporte por el recurrente, cae por su base el motivo casacional, con

independencia de que el art. 100.2º contemple, para finalidad distinta a la inscripción pretendida, el número de identidad del extranjero como identificador del mismo en todos los documentos que se le expidan o tramiten, incluidas las diligencias que se estampen en su pasaporte o documento análogo”. Procede desestimar el único motivo del recurso.

**RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: DELIMITACIÓN DE LA LEGISLACIÓN
APLICABLE ENTRE EL CÓDIGO DE FAMILIA DE CATALUÑA Y
EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS**

2017/55.— Tribunal Supremo, Sala Primera, Sección Primera, Sentencia nº 730/2016, de 20 diciembre 2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. TOL5.920.388.

Divorcio.— **Capitulaciones matrimoniales.**— **Determinación de la legislación aplicable entre el Código de Familia de Cataluña y el Código Civil francés.**— **Efectos del matrimonio y situaciones de crisis matrimonial.**— **Doctrina jurisprudencial aplicable.** **Principio de congruencia.**— **Vecindad civil.**— **Efectos del divorcio.**— **Pensión compensatoria.**— **Principio de autonomía de la voluntad.**— **Legislación aplicable.**— **Nacionalidad.**

Normas aplicadas: Art. 5 Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; art. 107.2º Cc (redacción anterior a la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre).

PRIMERO: Resumen de antecedentes. 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la determinación de la legislación aplicable en orden a la concesión de una pensión compensatoria y de una indemnización tras el divorcio y la consiguiente extinción de la relación matrimonial de los cónyuges. En este sentido, se cuestiona si la legislación aplicable, tal y como sustenta la demandante, y aquí recurrida, es la legislación civil de Cataluña, por la vecindad civil adquirida por los cónyuges tras haber adquirido la nacionalidad española, o por el contrario, como sustenta el demandado y aquí recurrente, la legislación francesa conforme a lo declarado en las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges en el año 1964.

2. En dichas capitulaciones matrimoniales, otorgadas el 12 noviembre 1964, los futuros contrayentes, con residencia en Barcelona, declararon lo siguiente:

“[...] A.— El proyectado matrimonio se entenderá contraído bajo el régimen de separación de bienes, tanto respecto a los que ya poseen en la actualidad como a los que adquieran en lo sucesivo, sea cual fuere el título de su adquisición. En consecuencia se considerarán propios y exclusivos de cada uno de los otorgantes, todos los bienes que, en cualquier momento, les sean o resulten atribuidos, sin excepción alguna.

B.— A todos los efectos legales, los otorgantes, desde ahora para cuando se haya celebrado su matrimonio, se conceden mutua y recíproca autorización para que, cada uno de ellos, respecto de sus bienes propios, pueda realizar toda clase de actos de administración y de pleno dominio, por si solo y sin la personal intervención del otro.

C.— En cuanto a derechos sucesorios y demás que se derive de su matrimonio, los otorgantes quedarán sujetos a lo que disponga la legislación francesa sobre el particular”.

3. De los hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes.

I) Dª María Teresa y don Bartolomé contrajeron matrimonio el 26 diciembre 1964 teniendo, en ese momento, nacionalidad francesa y residencia en Barcelona.

II) Con anterioridad, el 12 diciembre 1964, otorgaron las capitulaciones matrimoniales reseñadas.

III) Ambos cónyuges, durante su residencia en Cataluña, obtuvieron la nacionalidad española en 1972 y 1973, respectivamente.

IV) El 11 octubre 2007, D^a María Teresa presentó demanda de divorcio en el Decanato de los juzgados de Benidorm, en la que ejercitaba, por una parte, conforme al derecho civil catalán vigente en el momento de la interposición de la demanda (Código de Familia de Cataluña, Ley 9/1998, de 15 de julio), una acción de divorcio y pedía la concesión de una pensión compensatoria (ex art. 84 del citado Código) y una compensación por el trabajo desempeñado durante el matrimonio (ex art. 41). A su vez, por otro lado, acumuló una acción de división de bienes pro indiviso, del art. 43 de dicho Código de Familia.

V) El demandado, en el escrito de contestación a la demanda, planteó dos cuestiones previas. La primera, con relación a la determinación de la legislación aplicable en favor del derecho francés para la regulación de los efectos del divorcio. La segunda, con relación a la prejudicialidad civil entre la acción de división planteada y la tramitación de un juicio sobre la acción declarativa de los bienes objeto de división. En el suplico solicitó la desestimación íntegra de la demanda. A su vez, formuló reconvencción por la que solicitó que no se estableciera pensión compensatoria alguna, conforme al art. 270 Cc francés y que se condenase a la demandante al pago de una indemnización por daños y perjuicios.

VI) El juzgado de primera instancia de Benidorm, ante la complejidad del asunto, decidió la interrupción de la vista y el pronunciamiento mediante auto de las cuestiones previas planteadas.

En este sentido, dictó auto de 5 septiembre 2008, confirmado por el auto de la Audiencia de 25 noviembre 2010, en el que entendió aplicable a los efectos del divorcio la ley foral catalana y desestimó la prejudicialidad planteada. Con respecto a esta última cuestión, con fecha 20 octubre 2009 (si bien por error material en la resolución se dice 20 noviembre 2009), el juzgado dictó auto estimando el recurso de reposición y acordando la existencia de la citada prejudicialidad civil.

VII) Con fecha 29 octubre 2009, D^a María Teresa desistió de la acción de división de la cosa común. Desistimiento que fue confirmado por auto del juzgado de 22 octubre 2010, posteriormente aclarado por auto de 24 noviembre 2010.

4. La sentencia de primera instancia, aclarada por auto de 5 septiembre 2013, estimó en parte la demanda y desestimó íntegramente la demanda reconvenzional. En síntesis, ratificó lo anteriormente decidido en el auto de 5 septiembre 2008 acerca de la aplicación del Derecho foral de Cataluña (Código de Familia de Cataluña). En este sentido, declaró disuelto el matrimonio por divorcio, sin considerar probada la concurrencia de los requisitos para establecer a favor de la esposa una compensación económica por razón del trabajo. Con relación a la pensión compensatoria, sí que consideró probada dicha concurrencia estableciéndola en la cantidad de 3000 € mensuales.

5. La demandante interpuso recurso de apelación impugnando el pronunciamiento de la sentencia relativo a la denegación de la compensación económica (art. 41 del Código de Familia). El demandado interpuso recurso de apelación reiterando la cuestión de la legislación aplicable a la vista de lo pactado en las capitulaciones matrimoniales, además, alegó que no se le contestó a la solicitud de aclaración del auto de 5 septiembre 2008. Mencionó la aplicación del Reglamento de la Unión Europea n° 1259/2010 del Consejo que determina la validez de las capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al 21 junio 2010, siempre que cumplan los requisitos de los arts. 6 y 7 del propio reglamento, que se refieren a requisitos de validez de las capitulaciones en función del lugar de otorgamiento y de la nacionalidad de los cónyuges, todo ello con intención de evitar situaciones de desigualdad entre los ciudadanos en el seno de Unión Europea. En relación con una posible aplicación del derecho civil catalán, sostuvo que no procedía la pensión compensatoria al no reunir los requisitos exigidos para apreciar el desequilibrio patrimonial patrimonial.

6. La sentencia de la Audiencia estimó en parte el recurso de apelación de la demandante y rechazó el del demandado, revocando en parte la sentencia de primera instancia en el sentido del derecho de la demandante a obtener, con cargo al demandado, el pago de la compensación por trabajo en la cantidad de 500000 €, conforme al art. 41 del Código de Familia de Cataluña, confirmando en lo demás dicha resolución. La sentencia nuevamente rechazó el planteamiento del demandado en relación con la legislación aplicable entendiendo que dicha cuestión había quedado firme a raíz de la resolución del recurso de queja entendiendo, en cualquier caso, que lo pactado en las capitulaciones matrimoniales quedó sin efecto jurídico posterior en el momento del divorcio cuando habían obtenido la nacionalidad española y

en particular, la vecindad civil catalana. En relación con la pensión compensatoria consideró que la parte actora había acreditado la concurrencia de requisitos que determinaban la existencia de un desequilibrio económico con relación a la posición que ostentaba constante el matrimonio, al tiempo que en relación con la indemnización del art. 41 CCCat, consideró que había quedado acreditada la existencia del trabajo desempeñado por la actora en el ámbito doméstico y la actividad empresarial durante los 48 años de matrimonio, sin que hubiese obtenido la adecuada contraprestación económica, permitiendo al marido obtener un importante patrimonio inmobiliario, así como numerosas inversiones en fondos, lo que determinaba un evidente desequilibrio en los patrimonios de los litigantes tras la ruptura conyugal.

7. Frente a la sentencia de apelación, el demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. [...]

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO. Principio de congruencia. 1. El recurrente, al amparo de los ordinales segundo y tercero del art. 469.1 LEC, interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en dos motivos.

2. En el primer motivo, conforme al ordinal segundo del art. 469.1º LEC, denuncia la aplicación indebida del derecho civil de Cataluña a la controversia, en tanto constituye una infracción del principio de autonomía de la voluntad y de los preceptos aplicables al fondo del asunto. En el recurso de apelación sostiene la aplicabilidad del derecho civil francés en virtud de lo pactado en las capitulaciones matrimoniales, alegando la aplicabilidad del Reglamento de la Unión Europea nº 1259/2010 y de la disposición transitoria segunda del CCCat, normas que entraron en vigor durante el desarrollo procedimiento, sin que la sentencia recurrida haya hecho pronunciamiento alguno sobre este aspecto ni siquiera por la vía del complemento como pidió la parte recurrente.

3. El motivo debe ser desestimado.

Aparte de que la denuncia de la infracción resulta incorrecta, pues su cauce es el art. 218.1º LEC (principio de congruencia), el motivo plantea una cuestión sustantiva que excede a la finalidad y naturaleza de este recurso extraordinario. En todo caso, no se observa incongruencia alguna, pues la sentencia recurrida decide y da respuesta a la controversia planteada acerca de la legislación aplicable (FD 3º).

[...]

Recurso de casación.

TERCERO. Divorcio. Capitulaciones matrimoniales. Determinación de la legislación aplicable entre el Código de Familia de Cataluña y el Código Civil francés. Efectos del matrimonio y situaciones de crisis matrimonial. Doctrina jurisprudencial aplicable. 1. El recurrente, al amparo del ordinal tercero del art. 477.2º LEC, interpone recurso de casación que articula en cinco motivos.

2. En el motivo primero, el recurrente denuncia la infracción del art. 5 Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de la Unión Europea, relativo a la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, que dispone la validez y la aplicación en cualquier territorio de la Unión Europea de las capitulaciones matrimoniales formuladas por ciudadano de la Unión Europea, cualquiera que sea su nacionalidad, norma cuya vigencia es inferior a cinco años y no existe jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la misma. El mencionado reglamento reconoce la validez y preeminencia del principio autonomía de la voluntad, puesto que el art. 5 establece que los cónyuges pueden elegir la ley aplicable, siendo esta aplicabilidad reforzada por la disposición transitoria que se recoge en el art. 18.1º, párrafo 2.º que establece la validez del convenio suscrito con anterioridad al reglamento. Cita una STS 1ª de 20 noviembre 2011, que estima el recurso de casación dando validez, con base en el art. 1255 Cc, a las capitulaciones matrimoniales firmadas en México por los contrayentes en un caso similar, aunque no idéntico, al presente, pero pone de manifiesto el alto grado de interés que muestra creación de una doctrina jurisprudencial que en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad, califique la validez o no, y su extensión, de los pactos otorgados por los cónyuges con efectos sustantivos.

3. El motivo debe ser desestimado.

Con relación a la posible aplicación retroactiva del citado Reglamento del Consejo de la Unión Europea hay que señalar, conforme a lo expresamente previsto en su art. 18.2º, que su eficacia no afecta a las demandas que se hayan presentado “antes del 21 junio 2012”. Fecha que además concuerda con la dispuesta para su entrada en vigor, según la Disposición Final de dicho Reglamento (art. 21).

Respecto de la cita de la sentencia de esta Sala nº 799/2011, de 20 noviembre, como el propio recurrente reconoce en el recurso, refiere un supuesto no idéntico o asimilable al aquí enjuiciado. En efecto, la citada sentencia, una vez considerado válido el matrimonio de españoles celebrado en México, declara la validez del pacto de comunidad (sociedad conyugal) que adoptaron los cónyuges, y lo que precisa, a los efectos de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña, es que dicho pacto no es necesario que conste en capitulaciones matrimoniales. Por lo que no va más allá de reconocer la validez del régimen matrimonial adoptado, según la formalidad exigible en el momento de su acuerdo.

4. En el motivo segundo, el recurrente denuncia la infracción del art. 14 del Convenio de Roma de 4 noviembre 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales que recoge el derecho a no discriminación por cuestiones de nacionalidad u otras circunstancias.

5. El motivo debe ser desestimado.

La cuestión objeto de litigio, aquí planteada, nada tiene que ver con el citado artículo, esto es, con el derecho a no discriminación, sino con la determinación de la legislación aplicable para regular las consecuencias derivadas del divorcio de los cónyuges, a tenor de las capitulaciones matrimoniales otorgadas.

6. Por razón de su idéntico fundamento de impugnación se procede al examen conjunto de los motivos tercero y quinto del recurso de casación.

7. En dichos motivos, el recurrente denuncia la infracción del art. 1255 Cc al prescindir de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en 1964, con cita de la ya señalada sentencia de esta Sala de 20 noviembre 2011 y del art. 231–19 CCCat.

8. Los motivos deben ser desestimados.

Aunque al recurrente le asista la razón en el sentido de que la sentencia recurrida, en parte de su argumentación, declara incorrectamente que la remisión a la legislación francesa quedó sin eficacia jurídica por el hecho de obtener los cónyuges la nacionalidad española (último párrafo del fundamento de derecho tercero), afirmación que, por sí sola, pugna con la proyección que en esta materia tiene la libertad de pacto entre los cónyuges (1255 Cc) y, en particular, con lo dispuesto en el art. 9.2º Cc, no obstante, su decisión o fallo resulta correcta de acuerdo con el contenido y alcance de las referidas capitulaciones matrimoniales.

En efecto, si atendemos al contenido de dichas capitulaciones observamos que lo que realmente pactaron los cónyuges fue el régimen de separación de bienes (pacto –A– de dichas capitulaciones). El alcance de este pacto se agota en el conjunto de relaciones personales y patrimoniales que se generen entre los cónyuges por razón directa de su matrimonio, quedando al margen de su aplicación los efectos que, a pesar de presentar alguna vinculación o conexión con el matrimonio, poseen una sustantividad o regulación propia, caso de las situaciones de crisis matrimoniales.

En este contexto, la remisión a la legislación francesa que los cónyuges realizan en el apartado –C– de dichas capitulaciones con relación “a los derechos sucesorios y demás que se deriven de su matrimonio” tiene en sede matrimonial un claro carácter subordinado e instrumental respecto de la anterior declaración, de forma que refiere aquellos efectos del matrimonio que pudieran tener alguna trascendencia en el plano sucesorio de los cónyuges, sin alcanzar un verdadero o propio pacto acerca de la legislación aplicable en caso de divorcio.

En consecuencia, en ausencia de un pacto acerca de la legislación aplicable para el caso de divorcio de los cónyuges, resulta de aplicación el art. 107.2º Cc, en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que remite a la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentar la demanda. Por lo que dado la vecindad civil catalana de los cónyuges, resulta acertada la decisión de la sentencia recurrida respecto de la aplicación de los arts. 41 y 84 CCCat.

9. Por último, en el motivo cuarto del recurso, el recurrente denuncia la infracción del art. 41 CCCat al calificar la sentencia recurrida los hechos declarados probados como indemnizables sin que concurran los requisitos para ello.

10. El motivo debe ser desestimado.

El recurrente plantea una nueva revisión de la valoración de la prueba que resulta improcedente de acuerdo a la finalidad y naturaleza del recurso de casación.

2017/56.— Tribunal Supremo, Sala Primera, Auto de 3 marzo 2017. Ponente: Antonio Salas Carceller. Roj: ATS 2568/2017 – ECLI: ES:TS:2017:2568A Id Cendoj: 28079110012017200724.

Procedimiento de divorcio y de división de cosa común.— Matrimonio celebrado en Argentina por contrayentes de nacionalidad argentina.— Determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial.— Falta de alegación y prueba.— Aplicación del Derecho español.— Recurso de casación.— Inadmisión por falta de sus presupuestos.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º y 12.6º Cc; arts. 281.2º y 460.3º LEC.

PRIMERO: Se interpone recurso de casación por la demandada, apelante en la instancia y hoy recurrente contra la sentencia dictada en un juicio de divorcio, en el que se ejercita también la división de la vivienda de la que son cotitulares los cónyuges. La sentencia de primera instancia acordó la disolución por divorcio del matrimonio y la división de la vivienda de la que eran cotitulares las partes. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la demandada que permaneció en la primera instancia en rebeldía, y solicitaba que se declarase que su régimen económico matrimonial era el societario de la legislación argentina, dado que el matrimonio se celebró en Argentina y ambos contrayentes eran argentinos.

La sentencia recurrida desestima el recurso, y confirma la sentencia del juzgado de primera instancia. La recurrente formula el recurso por el cauce previsto en el ordinal 3º del art. 477.2º LEC, dicho cauce constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta que el procedimiento se tramitó en atención a la materia.

SEGUNDO: El recurso de casación se articula en un único motivo en el que, tras citar como preceptos infringidos los arts.12.6º Cc y el art. 9.2º Cc, en relación con la infracción del art. 460.3º y 281.2º ambos de la LEC, se alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. En concreto, la recurrente plantea como cuestión jurídica el Derecho aplicable y los medios de prueba del mismo y alega que existen posturas contrapuestas en las Audiencias, cita por un lado la posición de las SSAP 2ª Castellón 23 abril 2002 y la 10 noviembre 2014, que mantienen que la aplicación del derecho extranjero es cuestión de orden público que es aplicable y revisable por los jueces y tribunales en cualquier instancia; por otro lado, la SAP Málaga 11 septiembre 2002, y la SAP Alicante de 22 noviembre 2002, que deciden aplicar el Derecho español al no haberse acreditado el Derecho extranjero. En conclusión la recurrente mantiene que un pleito regido por un Derecho extranjero nunca será resuelto con arreglo al Derecho español, por ello deberá declararse que el régimen económico matrimonial de los cónyuges por haberse celebrado el matrimonio en Argentina y ser los dos nacionales argentinos es el que establece la Ley Argentina.

TERCERO. – El recurso de casación no puede prosperar por las siguientes razones:

1. Por no haber justificado el concepto de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales (art. 483.2.3, en relación con el art. 477.2.3 LEC/2000). La recurrente cita como opuestas a las sentencias con un criterio que se dice coincidente entre sí, otras dos sentencias con un criterio jurídico dispar del anterior pero que no son de la misma sección y audiencia provincial, pues cita una sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga y otra de la Audiencia Provincial de Alicante.

2. Inexistencia de interés casacional porque la aplicación de la jurisprudencia invocada carece de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la ratio decidendi de la sentencia recurrida (art. 483.2.3, en relación con el art. 477.2.3 LEC), que declara que lo que plantea la apelante es una cuestión introducida ex novo, pues no se pueden ejercitar pretensiones modificativas que supongan un complemento al objeto principal pues ello contradice el principio de preclusión y contradicción que genera indefensión para la contraparte, añade la sentencia además que la parte no aporta prueba de la condición de nacional Argentina.

3. Inexistencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales por existir jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el problema jurídico planteado (art. 483.2.3, en relación con el art. 477.2.3 LEC). En relación con la cuestión jurídica planteada, la Sala en sentencia nº 287/2015, de 20 mayo 2015, Rec. nº 724/2013 sostiene: «permite el último inciso final del art. 281.2º LEC, que supone una flexibilización de las limitaciones, derivadas del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre derechos disponibles, que para el tribunal supondría que el Derecho extranjero fuera tratado, a todos los efectos, como un hecho. Por ejemplo, le permite admitir prueba sobre el Derecho extranjero propuesta en segunda instancia o incluso en el recurso de casación, como hemos afirmado en la sentencia nº 528/2014, de 14 de octubre. Ahora bien, esta posibilidad no supone que el recurso pueda convertirse en un nuevo juicio, en el que se modifique el objeto del proceso. La prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho extranjero que fue oportunamente alegado. No es admisible que mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa. iv) El empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero es una facultad, pero no una obligación del tribunal. No puede alegarse como infringido el art. 281.2º LEC porque el tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho extranjero. v) La consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español. Así lo ha declarado reiteradamente esta Sala, en las sentencias citadas, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 155/2001, de 2 de julio, como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 CE. En definitiva, se configura el recurso al margen de la ratio decidendi de la sentencia recurrida que declara que lo pretende la apelante es una cuestión introducida ex novo y además la parte no aporta prueba alguna de su condición nacional Argentina ni prueba el derecho que refiere es de aplicación, premisas que elude la recurrente en la formulación de su recurso, lo que determina la inexistencia del interés casacional que invoca.

CUARTO: Consecuentemente procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4º LEC, dejando sentado el art. 473.3º y el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno.

NULIDAD MATRIMONIAL

2017/57.— Audiencia Provincial Palma de Mallorca, Sección Cuarta, Sentencia nº 425/2016, de 29 diciembre 2016. Ponente: María del Pilar Pérez Alonso. Roj: SAP IB 2275/2016 – ECLI: ES:APIB:2016:2275 Id Cendoj: 07040370042016100424.

Matrimonio contraído en el Reino Unido en 1969.— Divorcio pronunciado en Finlandia en 1974.— Posterior matrimonio celebrado en España en forma canónica en 1974.— Ausencia de reconocimiento de la sentencia de divorcio finesa en el Reino Unido o en España.— Primer matrimonio no inscrito en España.— Nulidad matrimonial: no.

Normas aplicadas: Arts. 46 y 85 Cc.

PRIMERO: La sentencia dictada en primera instancia, cuyo fallo ha quedado transcrito en los precedentes antecedentes de hecho, es recurrida en apelación por el actor interesando su revocación y la estimación de su demanda y subsidiariamente se decreta la nulidad de la sentencia y la remisión de los autos al juzgado para que sea practicada y valorada la prueba solicitada por el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO: Pues bien, y comenzando por la denuncia de nulidad por infracción de las normas esenciales del procedimiento y por inaplicación del art. 237 LOPJ, hemos de destacar que como se señala en la propia sentencia interesada la prueba consistente en requerir información al Consulado de Finlandia, se interrumpió la vista para la obtención de esta prueba. Visto el tiempo transcurrido sin cumplimentar la prueba por parte del Consulado, fue la propia parte actora quien interesó el impulso del procedimiento y el señalamiento de vista a pesar de constarle que la prueba solicitada de oficio no había sido cumplimentada y fundamentándose en la innecesariedad de dicha prueba al no incidir directa ni indirectamente en el objeto procesal del caso que no es otra que la subsistencia del vínculo matrimonial de la demandada en el Reino Unido, admitiendo la demanda que nada hizo para divorciarse en Inglaterra divorciándose en Finlandia. (...).

El Ministerio Fiscal no se opuso a la reanudación de la vista interesada por el hoy apelante, quien no puede ahora invocar la infracción de norma procesal alguna ni la nulidad de la sentencia al haber sido dicha parte precisamente quien consideró innecesaria dicha prueba, que en ningún momento había sido propuesta por el y la reanudación del procedimiento.

TERCERO: La sentencia no se pronuncia ciertamente sobre la validez del documento adjuntando a la contestación como número dos, pero ello carece de trascendencia toda vez que no da por probado lo que en dicho documento se transcribe, y por lo tanto, no es tenido en cuenta para desestimar la pretensión de nulidad matrimonial instada.

Esta Sala una vez visionado el acto del juicio y analizada la totalidad de la prueba practicada considera con la juez a quo que ha quedado acreditado: que la demandada contrajo matrimonio en Kensington (Inglaterra) con el Señor Marcelino en fecha 29 agosto 1969; que los hoy litigantes antes del matrimonio mantuvieron una relación de convivencia durante 4 años; la existencia del primer matrimonio era conocida por el actor; la demandada se divorció en Finlandia el 5 julio 1974 en ausencia del marido Don Marcelino, esta sentencia de divorcio no consta inscrita en el Registro Civil de Kensington; la sentencia de divorcio no fue objeto de ejecutur en España; el primer esposo de la demanda, Don Marcelino, contrajo matrimonio con una persona de nacionalidad Noruega, donde reside, en el año 1974; los hoy litigantes contrajeron matrimonio canónico en Palma en fecha 8 noviembre 1974, figurando en el expediente de matrimonio canónico fotocopia de la declaración de divorcio del matrimonio anterior según consta al folio 58; la hoy demandada se divorció en Finlandia de su primer marido y no en Inglaterra, porque según manifestó tendría que haber vivido tres años Inglaterra y ya estaba con el hoy actor y que no realizó ninguna gestión en Inglaterra sobre su divorcio ocupándose de ello el consulado de Finlandia.

CUARTO: Que la demandada estaba divorciada de su primer marido cuando contrajo matrimonio con el hoy apelante es un hecho indiscutido, y que tal circunstancia era conocida por éste también lo entendemos probado. El matrimonio se disuelve por la sentencia de divorcio que lo declara art (85 Cc), no siendo necesario para su eficacia la inscripción en el registro civil y si solo respecto a su existencia frente a terceros de buena fe. En el caso que nos ocupa el actor conocía tanto el previo matrimonio como el divorcio de su esposa, por lo que con arreglo al derecho español no puede invocar la falta de eficacia por su no inscripción en el registro. En cualquier caso, la sentencia de divorcio debería surtir efecto en Kensington no existiendo prueba alguna de que no lo hubiera surtido.

Para el actor el divorcio de la demanda era válido y como tal lo invoco en el expediente canónico siendo lógico presumir que se ocupó de ello al estar conviviendo con la demanda cuando los tramites de dicho divorcio se estaban realizando, por lo que como acertadamente dice la juez a quo, no puede invocar mala fe de la demandada.

No consta, por otra parte, que la inscripción de la sentencia de divorcio en el registro civil inglés tenga la trascendencia que pretende otorgarle el actor, a quien incumbía la prueba del Derecho extranjero y su eficacia.

El matrimonio de los hoy litigantes contraído en fecha 8 noviembre de 1974 está inscrito en el registro civil y en dicha inscripción figura como estado civil de la demandada “soltera” quizás porque el matrimonio civil celebrado en Inglaterra no era válido, ni eficaz al faltar la prueba de la catolicidad expresa del Sr. Gumersindo, tal y como concluyó la STS 4 octubre de 1974, siendo en aquella época el matrimonio canónico el único válido en España salvo en los citados casos de acatolicidad expresa, lo que puede explicar la ausencia de exequatur de la sentencia Finlandesa de divorcio (no era admisible el divorcio en España en esas fechas año 1974), y la inscripción, pese a ello, del matrimonio de los hoy litigantes en el registro civil español.

Que la sentencia de divorcio finlandesa tuvo que ser notificada al primer marido de la demandada, resulta del hecho, reconocido por el actor, de haber contraído matrimonio Don. Marcelino en el mismo año 1974 con una mujer nacional Noruega.

El art. 46 Cc prohíbe contraer matrimonio a quienes se estuvieran unidos por vínculo matrimonial anterior, sancionando con la nulidad el matrimonio contraído bajo la existencia del impedimento de vínculo. Ahora bien, por una parte como dijo en su día el Tribunal Supremo en un caso análogo, en Sentencia de 18 diciembre 1981, al no haberse practicado inscripción alguna del vínculo anterior carecía de eficacia para la normativa española y por lo tanto no constituía impedimento de ligamen, (al respecto hay que hacer referencia también a las Resoluciones de la DGRN de fechas 1 febrero 1994 o 10 octubre 2005 y STS 25 noviembre 1999) y por la otra, el posible vínculo matrimonial que unía a la señora Estibaliz con Don Marcelino, fue disuelto por divorcio con anterioridad a contraer matrimonio en España con el actor.

El matrimonio contraído en Inglaterra no llegó a tener eficacia en España y además ya no existía en el momento en que el apelante contrajo matrimonio canónico con la demanda, luego no existía impedimento legal para este matrimonio cuya nulidad no puede ser declarada.

Lo que parece es que el actor intenta evitar el pago de la pensión compensatoria en su día fijada a favor de su ex mujer, la hoy demanda en sentencia de divorcio de 7 octubre 1996 tal y como se deja traslucir tanto en demanda como en las preguntas realizadas en la prueba de interrogatorio.

En consecuencia, no acreditada la existencia de la prohibición art 46.2º Cc la solución pasa, como acertadamente señala la juez a quo, por desestimar la demanda.

QUINTO: Al desestimar el recurso de apelación, procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante, conforme lo dispuesto en el art. 398.1º en relación con el 394.1º, ambos de la LEC.

MATRIMONIO CELEBRADO EN REINO UNIDO. REQUISITOS LOCALES

2017/58.— Tribunal Supremo, Sala Primera, Auto de 1 febrero 2017. Ponente: Antonio Salas Carceller. Roj: ATS 2685/2017 – ECLI: ES:TS:2017:2685A Id Cendoj: 28079110012017200766.

Celebración del matrimonio.— Nulidad de matrimonio celebrado entre españoles en el extranjero (Reino Unido).— Observación de las formalidades según el art. 49 Cc.— Deber de permanencia previo a la celebración del matrimonio exigido por la legislación inglesa.— Inscripción en el Registro civil.— Recurso de casación y recurso por infracción procesal.— Falta de justificación de interés casacional.

Normas aplicadas: Arts 9.3º, 24.1º y 118 CE; art. 49 Cc; arts. 473.2º y 483.4º LEC.

SEGUNDO: De conformidad con lo establecido en la disposición final 16ª, regla 5ª, apartado 2º de la LEC procede, en primer lugar, examinar la admisibilidad del recurso de casación pues solo si resulta admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

Por lo que respecta al recurso de casación, se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que exige para estimar conforme a derecho un matrimonio celebrado

entre españoles en el extranjero que se observen las formalidades exigidas por la legislación del lugar de celebración, con arreglo a las previsiones del art. 49 Cc, último inciso, que se dice vulnerado, citando al efecto la STS 24 enero 2006 y la SAP Guipúzcoa 18 febrero 2008, que sigue el criterio de la STS de 4 octubre 1974. En su desarrollo se alega que pese a que la parte contraria no aportó la documentación requerida, los documentos que ella aportó en el acto del juicio demuestran que los demandados no observaron el deber de permanencia previo a la celebración del matrimonio exigido por la legislación inglesa, lo que viciaría de nulidad radical el negocio jurídico del matrimonio, pese a lo cual, según se alega, la sentencia recurrida prescinde de hacer ninguna valoración al respecto, aduciendo que su inscripción en el Registro Civil produce plenos efectos civiles.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en tres motivos. El primero lo fundamenta en la vulneración del art. 469.1.2º, esto es, con infracción de los arts. 216 y 218 de la LEC, por no haberse pronunciado sobre el tema del cumplimiento de los requisitos formales de la ley del lugar de celebración del matrimonio. El motivo segundo, al amparo del art. 469.1.3º LEC, sostiene la vulneración de los arts. 307, 328 y 329 LEC, ya que la negativa de la parte demandada a presentar la documental que le fue requerida ha causado grave indefensión a esta parte, al no haber podido acreditarse que los contrayentes no cumplieron el requisito de permanencia exigido por la legislación inglesa, siendo el matrimonio nulo. En el motivo tercero, al amparo del art. 469.1.4º LEC, se alega la indefensión causada por haberse vulnerado los arts. 460.2.2º LEC, 9.3, 118 y 24.1 CE por haberse denegado indebidamente en segunda instancia la prueba interesada por la recurrente, pese a que fue admitida en primera instancia y no practicada por causa imputable a la otra parte.

TERCERO: Examinando el recurso de casación, este en primer lugar incurre en la causa falta de justificación del interés casacional que se alega. [...] Aún obviando lo anterior, resulta que el interés casacional es en todo caso inexistente ya que la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocada solo puede llevar una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considera probados (art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 LEC). En efecto la sentencia recurrida en casación, sí se pronuncia, a diferencia de lo que alega la recurrente, sobre la validez del matrimonio realizado en Inglaterra conforme a la Ley del Reino Unido y en concreto, sobre el periodo mínimo de permanencia en Inglaterra con anterioridad a la celebración del matrimonio, estima que la expedición del certificado matrimonial es prueba suficiente de que se cumplieron las condiciones exigidas por la legislación inglesa, añadiendo a lo anterior que el matrimonio cuestionado fue además autorizado e inscrito en el Registro Civil, por lo que produce plenos efectos civiles. Pues bien, a la vista de la fundamentación de la sentencia recurrida en casación ninguna infracción del art. 49 Cc se produce, siendo que en realidad, y como expusimos, la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocada solo puede llevar una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considera probados, ya que resulta acreditado que se cumplieron las condiciones exigidas por la legislación inglesa, a diferencia de lo que sostiene la parte recurrente en su recurso. En consecuencia, la Sentencia recurrida no se opone a las sentencias citadas, pues no se refieren al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la Sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos y eludiendo, en consecuencia, que el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado depende de las circunstancias fácticas de cada caso.

CUARTO: La inadmisión del recurso de casación, determina igualmente que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la disposición final 16.ª ap. 1, párrafo primero, y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC.

[...]

INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO CELEBRADO EN EL SAHARA OCCIDENTAL

2017/60.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Octava, Sentencia de 2 marzo 2017. Ponente: Jesús Gavilán López. Roj: SAP M 2982/2017 – ECLI: ES:APM:2017:2982 Id Cendoj: 28079370082017100059; JUR 2017\100438.

Inscripción de matrimonio celebrado en el territorio del Sahara Occidental entre argelina y español.— Eficacia de la documentación expedida por la República Árabe Saharaui Democrática con sello oficial de la República Argelina y autenticación por consulado español.

Normas aplicadas: Art. 23.1º LRC y 85.1º RRC.

SEGUNDO: Motivo del recurso: Sobre el valor probatorio de las certificaciones expedidas por la República Árabe Saharaui Democrática, al haberse reconocido validez por la DGRN a los certificados de nacimiento y antecedentes penales, según Resolución de 24 noviembre 2015.

Efectivamente la DGRN en su Resolución de 24 noviembre 2015, en lo concerniente al valor probatorio de los certificados emitidos por la denominada RASD (República Árabe Saharaui Democrática), se refiere a un expediente sobre concesión de nacionalidad, y reconoce alcance probatorio a certificados de nacimiento y de antecedentes penales emitidos por la RASD, que sí pueden tener alcance probatorio a la hora de acreditar la identidad y la buena conducta cívica del solicitante de nacionalidad española tal y como exige el Código Civil al presumirse su exactitud, pero sólo y exclusivamente a estos efectos probatorios.

Sin embargo, en el presente caso estamos hablando de cuestión distinta y distante cual es el reconocimiento e inscripción de un matrimonio celebrado en la RASD, quien sin tener reconocimiento internacional como Estado, ha expedido a efectos de inscripción por las autoridades del Ministerio de Justicia y Asuntos Religiosos de dicha República, el citado certificado, avalada o sobre la cual se ha estampado el sello oficial de la República de Argel, cuyo documento final es autenticado y legalizado por el Consulado General de España en Argel, pero esa autenticación de nuestro Consulado se refiere exclusivamente al reconocimiento de la firma del Jefe del Gabinete del Estado Civil de Argel, cuyo país sí está formalmente reconocido por nuestro Estado.

En consecuencia, de acuerdo con la legislación registral que permite extender la correspondiente inscripción en base a certificaciones de registros extranjeros siempre que éstas sean regulares y auténticos y no haya dudas de la realidad del hecho que se inscribe (arts. 23.1º LRC y 85.1º RRC), por ello no puede afirmarse que dicha certificación reúna tales características, pues aunque la propia normativa habla de “registros extranjeros” y no de “Registros de otros Estados”, no puede llegarse a la conclusión de que tal certificación surta efectos probatorios del matrimonio celebrado, concediéndole validez y plenos efectos jurídicos, por el hecho de haberse instrumentalizado o pretendido avalar en el modo reseñado, a través del Estado en este caso el de Argelia, que sí tiene las facultades y reconocimiento para emitirlas, pues es la certificación original la que debe reunir tal cualidad, no la resultante, ya que, de admitir y reconocer tal práctica, se alteraría no sólo el verdadero valor en cuanto a la regularidad y autenticidad de las mismas y el Registro que las emite, sino que permitiría un objetivo fraude de Ley por la posibilidad de que terceros Estados tuvieran que reconocer los documentos expedidos por aquellos que no ostentan esa condición formal y material exigida de acuerdo con los Convenios y Tratados, afectando por ende a la seguridad jurídica internacional, y que en el caso de España, encuentra fundamento bastante en la aplicación de dichos preceptos enunciados de la Ley y Reglamento del Registro Civil.

Todo lo anteriormente expuesto lleva a colegir la desestimación del recurso, confirmando la sentencia apelada.

MENORES**SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES**

2017/62.— Audiencia Provincial de Álava, Sección Primera, Sentencia nº 319/2016, de 5 octubre 2016. Ponente: Íñigo Madaria Azcoitia. TOL5.907.335.

Responsabilidad parental.— Padre residente en Argelia que se desentiende de los menores.—Prohibición de salida del territorio nacional de los menores.— Medida consistente en recabar autorización para la salida de los menores del territorio nacional.

Normas aplicadas: Art. 3 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; arts. 102.1ª a) y 158 Cc.

PRIMERO: Es objeto del recurso la medida establecida en la sentencia de instancia en virtud de la cual se establece: “4º. Prohibición de salida del territorio nacional de ambas menores sin autorización judicial previa. Oficiase al Cuerpo Nacional de Policía a los efectos oportunos”. La recurrente considera que la medida es innecesaria, gravosa y no existe riesgo alguno de sustracción, por lo que interesa que sea revocada y se deje sin efecto.

SEGUNDO: La prohibición de salida del territorio nacional en relación con menores es una medida excepcional que se puede adoptar, en su interés, cuando exista un riesgo de sustracción por alguno de los progenitores o terceras personas, en los términos que resulta de los arts. 102.1ª.a) y 158 Cc.

Sustracción que en el ámbito del art. 3 Convenio de La Haya, de 25 octubre 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, se ha de entender cuando se trate de un traslado o retención ilícitas, con la infracción de un derecho de custodia.

Si bien, como refiere la recurrente, en el momento de presentar la demanda existía un riesgo de sustracción en relación con la incierta posición y actitud del padre, sin embargo, después de lo actuado en el juicio, queda constancia de que éste reside en Argelia, no puede entrar ni residir en España y muestra un absoluto desinterés por las menores, razones que han propiciado la guarda y custodia en favor de la madre y que no se establezca régimen de visitas en favor del padre.

Todo ello revela que la restricción derivada de la necesidad de obtener puntualmente, en cada ocasión que lo requiera, una autorización judicial para la salida de las menores del territorio es efectivamente innecesaria en relación con el interés de las menores, pues no existe acreditado riesgo alguno de sustracción y, por tanto, se revela excesivamente gravosa y perjudicial en cuanto condiciona la planificación (billetes de tren, ferrys, autobus etc.) de los desplazamientos de las menores a Argelia, para visitar a la familia de origen en los periodos de vacaciones.

TERCERO: Por lo expuesto y razonado, se estima el recurso, sin especial declaración sobre las costas, conforme a lo establecido en el art. 398 LEC.

TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITOS DE MENORES

2017/63.— Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia nº 796/2016, de 27 octubre 2016. Ponente: María del Pilar Manzana Laguarda. Roj: SAP V 3706/2016 – ECLI: ES:APV:2016:3706 Id Cendoj: 46250370102016100751.

Traslado ilícito internacional de menores: consentimiento.— Procedimiento de retorno.— Cambio de residencia de Francia a España.— Consentimiento del traslado por uno de los progenitores.— Ausencia de ilicitud.

Normas aplicadas: Art. 24 CDFUE; art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño; art. 13 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; art. 11.4º Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

[...]

TERCERO: La normativa aplicable al caso de autos es el Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 y el Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que altera alguna de sus normas y que se aplica con primacía sobre aquél en las relaciones entre Estados miembros del Reglamento. El art. 11 del referido reglamento establece la aplicación del Convenio de la Haya con determinadas correcciones que se recogen en los ocho ordinales de su art. 11, relativas a la audiencia de los menores, la urgencia en la tramitación, la no aplicación del art. 13 letra b en el caso de que se adoptaran medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución, la audiencia de la parte solicitante, y el que será la autoridad del lugar de residencia habitual del menor el que tenga la última palabra como competente que es.

Según el art. 1 del Convenio la finalidad del mismo es garantizar la restitución inmediata de los menores de 16 años trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado de los contratantes y velar porque los derechos de custodia y visitas vigentes en uno de los estados se respeten en los demás. Se produce la sustracción internacional de menores cuando un menor es trasladado ilícitamente a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, o en aquellos casos en que el padre o la madre se haya trasladado con el menor para residir en otro país, e impida al otro progenitor que tenga atribuido el derecho de visita ejercitarlo. Es presupuesto ineludible para su aplicación el que el traslado del menor se considere ilícito, y a tal fin el art. 3 del Convenio presume ilicitud en todo traslado que se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido con arreglo al derecho vigente en el estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado y además que ese derecho de custodia se ejerciera de forma efectiva en el momento del traslado o se habría ejercido de no mediar aquél. Es necesario, pues, la concurrencia de un doble elemento, el jurídico, consistente en la previa existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de residencia habitual del menor, y cuya concurrencia se fundamenta en la necesidad de apariencia de legalidad del título, y uno fáctico, consistente en el ejercicio efectivo del derecho de custodia antes del traslado, y que se fundamenta tanto en el derecho del menor a no ver alteradas sus condiciones afectivas sociales,...como en la probabilidad de existir en este ámbito y en la práctica distintas resoluciones contradictorias sobre la materia.

CUARTO: Pues bien, cierto es que judicialmente se autorizó el traslado de la residencia de la madre con sus hijos a Francia metropolitana, y que no se utilizó esa misma vía con el traslado a España, pero cierto es también, que, por un lado no consta que hubiera previa residencia en la Francia metropolitana y, por otro, y esto es lo esencial, que a la vista de cuanto se ha relatado en el fundamento jurídico segundo de esta resolución, primero, no cabe en el presente caso hablar de traslado ilícito porque el progenitor ha tenido pleno conocimiento y se presume también que ha dado su consentimiento siquiera sea tácito al traslado a España, y segundo, que el progenitor no vio infringido su derecho de custodia y visitas en el periodo vacacional que le había otorgado la previa sentencia matrimonial. En efecto, conforme a la reglas de la carga de la prueba es a la parte recurrente a quien corresponde acreditar la existencia de ese consentimiento, no ya por cuanto la prueba de un hecho negativo se torna en diabólica sino porque es ella la que alega un hecho al que debe anudarse la consecuencia jurídica pretendida y además goza de mayor facilidad probatoria. Y aplicando lo dicho al caso de autos es claro que el progenitor conocía

perfectamente dónde se encontraban sus hijos, y cuándo, cómo y dónde podía pasar a recogerlos para ejercer su derecho reconocido en la sentencia de familia anterior que autorizó el traslado a la Francia Metropolitana de la residencia de la madre. A ese convencimiento se llega a través de la lectura de la transcripción, por interprete jurado, de las conversaciones cruzadas vía skype que se han aportado a autos, y cuya autenticidad nadie ha puesto en duda en el acto del juicio oral. En efecto, en ellas el progenitor se ofrece a venir a España a recoger a sus hijos al inicio de las vacaciones escolares para disfrutarlas con ellos y luego devolverlos. Hubo acuerdo de las partes en esos términos. No se entiende por qué no se llega a disfrutar de esas vacaciones, si no es por la propia decisión del progenitor. Con lo que la infracción material de su derecho que el Convenio pretende proteger se debió a su propio actuar.

QUINTO: Pero es que además también procede revocar la sentencia recurrida en tanto está acordando una restitución de los menores a una localidad que no es su residencia habitual. En efecto, el domicilio familiar se encontraba en (...), como mínimo hasta que el Juez de Familia en fecha 12 mayo 2015 dicta nueva resolución manteniendo la residencia de los menores en el domicilio materno, y estableciendo un nuevo régimen de visitas para el progenitor cuando se llevara a término el traslado que consistía en la totalidad de las vacaciones de verano y/o la totalidad de las vacaciones escolares de fin de año civil, compartiendo ambos progenitores los gastos del traslado de forma que los años pares los sufragaba el padre y los impares la madre. No se sabe si hubo una nueva residencia en Francia metropolitana a la que alude el Abogado del Estado en su demanda que apenas duró mes y medio, de lo que sí se tiene conocimiento es que se estableció en España en fecha 24 febrero 2016. Pero en todo caso, se sabe que el lugar donde ordena la sentencia restituir a los menores no es su domicilio habitual, sino que se encuentra en (...), que es, al parecer, residencia de un hijo del progenitor. El concepto de residencia habitual a tenor del art. 8 ap. 1 del Reglamento 2201/2003, debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos, como dice la STJU 2 abril 2009 en asunto C-523/07 Debe a estos efectos considerarse teniendo en consideración y en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado.

Y tal y como resulta de los autos es evidente que nada liga a los menores, por lo menos que se conozca, en (...).

SEXTO: Por todo lo dicho, el Tribunal entiende que no puede acordarse la restitución de los menores pues hay indicios claros de que el progenitor había consentido su traslado a España, de acuerdo con el ap. a) del art. 13 del Convenio de La Haya, como se desprende de las conversaciones entre ambos progenitores que constan en las actuaciones, y por otro lado, hay base para entender que su restitución a un lugar (...) que no ha sido nunca su residencia habitual atenta contra su interés superior, (protegido en el art. 24 CDFUE y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) lo que nos sitúa también en el supuesto del ap. b) del mismo art. 13, máxime, cuando no consta que se hayan adoptado las medidas de protección a las que se refiere el art. 11.4º del Reglamento 2201/2003.

SÉPTIMO: La estimación del presente recurso conlleva, conforme dispone el art. 394 LEC al que remite el 398 de la misma, la no imposición de las costas de esta alzada, y en la medida en que supone la revocación de la de la instancia, tampoco deben imponerse las costas de la instancia.

2017/64.— Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 1/2017, de 9 enero 2017. Ponente: Julián Carlos Arque Bescos. Roj: SAP Z 53/2017 – ECLI: ES:APZ:2017:53 Id Cendoj: 50297370022017100006; JUR 2017/24970.

Traslado ilícito internacional de menores: causas de no retorno.— Traslado ilícito de menor de Argentina a España.— Procedimiento de retorno.— Ilícitud del traslado.— Interés superior de la menor.— Denegación del retorno sobre la base de la opinión del menor (de 10 años).

Normas aplicadas: Art. 13 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 noviembre 1999; recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia de 21 septiembre 1992; art. 24.2º CDFUE; art. 11.2º LO de Protección del menor de 15 enero 1996; art. 2 LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; arts. 3.3.a) y c). 4, 13, 21 y 46.i) Ley 12/2001 de 2 julio la Infancia y la Adolescencia de Aragón.

CUARTO: La Sentencia apelada fundamenta la negativa a la restitución en la excepción que prevé el art. 13 del Convenio de La Haya: La opinión del menor, dicho artículo establece: La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiada tener en cuenta sus opiniones.

Sobre la audiencia o exploración del menor debe indicarse que esta es el medio por el que el menor afectado por un procedimiento, da a conocer al Juez su opinión, adquiriendo a través del principio de inmediación su mayor importancia, pues es precisamente esa percepción o impresión captada por el Juez la que debe valorarse en su justa medidas, así el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en Sentencia de 25 marzo 2013 indica que es el Juzgador de instancia a quien corresponde ponderar la capacidad y grado de discernimiento del menor. Igualmente el Tribunal Constitucional (Sentencia de 25 noviembre 2002, 6 junio 2005 y 30 enero 2006) ha establecido que en aquellos casos en que se afecte a la esfera personal y familiar de menores y gozando éstos de juicio suficiente, procede que sean oídos por el Tribunal, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que concluyan en una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social. No se trata, es obvio, que la voluntad del menor decida el litigio, pero sí que es claro que se trata de un factor que resulta relevante, valorándose junto con los demás factores concurrentes (art. 80,2º Código de Derecho Foral de Aragón y 76-4 y 6 del mismo texto legal, art. 9 LO de Protección del Menor y 12 Convención sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre 1989.

En el presente supuesto se trata de una menor de 10 años de edad, la audiencia de la misma se ha practicado en ambas instancias.

La practicada en esta alzada, viene a enmarcarse dentro de los mismos parámetros que los que se reflejan en Primera Instancia y que el Juez de instancia así los valora razonando su decisión.

La menor ratifica con rotundidad su deseo de no volver a Argentina permaneciendo en la localidad de Zaragoza, donde lleva más de un año, debe valorarse que la estancia en esta ciudad no supone una novedad en las vivencias de la menor donde nació y residió durante seis años, cursando estudios de educación infantil de septiembre 2009 a junio de 2012 en el mismo colegio, que en el que actualmente está matriculada con pleno aprovechamiento, dispone de un entorno social adecuado con amigos de su infancia, así como su madre con la que ha vivido la mayor parte de su vida, y la que también conserva amigos de una época de residencia en Zaragoza.

Su opinión, teniendo en cuenta que su grado de madurez es adecuada a su edad (10 años), responde a un criterio razonable y propio sin influencias extrañas.

Tiene la menor vivencias negativas de su estancia en Argentina tanto las que se destacan por el Juzgador de instancia, en relación al periodo de ruptura de sus padres, como en su entorno social (vivienda) y trabajo de aquellos, cubriendo su actual situación todas sus expectativas sociales, familiares y culturales, por la que puede deducirse que en este caso la opinión de la menor es atendible y coincidente plenamente con su interés.

Sobre la prevalencia del interés del menor debe indicarse que el principio de interés superior del menor o favor filii informa todo el ordenamiento no sólo el Aragonés, habiendo declarado el TC S 176/2008 de 22 de diciembre y de 7 octubre 2012 que dicho principio opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora sobre la guarda y custodia del menor, cediendo el interés de los progenitores al de éste. Ello, dice la S TSJA de 21 diciembre 2012, es consecuencia de lo dispuesto en el

art. 3.1º de la Convención de los Derechos del Niño de 20 noviembre 1999, recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia de 21 septiembre 1992, art. 24.2º CDFUE, art. 11.2º LO de Protección del menor de 15 enero 1996 y art. 3.3º.a) y c) 4º, 13, 21 y 46.i) Ley 12/2001 de 2 julio la Infancia y la Adolescencia de Aragón y artículos concordantes del Se trata como igualmente indica la STS 12 mayo 2012, de un principio general que tiene carácter de orden público y que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores.

El interés del menor es objeto de específica consideración en la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que reforma la LO 1/1996, de 15 enero Protección Jurídica del Menor, estableciendo en su art. 2 que: todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

A efectos de la aplicación del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes factores: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectiva. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Los criterios antes indicados se ponderan teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor. b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinente y respeten los derechos de los menores.

En conclusión se desestima el recurso y la impugnación y se confirma la sentencia apelada.

2017/65.— Tribunal Supremo, Sala Primera Sentencia nº 29/2017, de 18 enero 2017. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz. Roj: STS 166/2017 – ECLI: ES:TS:2017:166 Id Cendoj: 28079110012017100040.

Traslado ilícito internacional de menores: modificación de medidas sobre menores.— Unión extra-matrimonial.— Medidas adoptadas en Suiza y reconocidas en España.— Custodia exclusiva de la madre.— Derecho de visita atribuido al padre.— Traslado de la residencia del menor, de tres años de edad, a España junto con la madre.— Escolarización.— Recurso de casación interpuesto por el padre: desestimación.

Normas aplicadas: Art. 3.5º Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; art. 298 Cc suizo; arts. 371–4 y 372–2 Cc francés.

SEGUNDO: Primer Motivo. Decisión de la sala.

1.— Tiene declarado la sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación, que debe combatirse en ellos únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan *ratio decidendi* (AA 30 de octubre y 4 diciembre 2007). Quedan excluidos los argumentos

“obiter”, a “mayor abundamiento” o “de refuerzo” (SSTS nº 362/2011, de 7 de junio, y 327/2010, de 22 de junio, entre otras).

La impugnación debe dirigirse contra la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo, es decir, que constituyan ratio decidendi (SSTS nº 238/2007, de 27 de noviembre; nº 1348/2007, de 12 de diciembre; nº 53/2008 de 25 de enero; nº 58/2008, de 25 de enero; nº 597/2008, de 20 de junio, entre otras).

Así fue recogido en el Acuerdo de la Sala, de fecha 30 diciembre 2011 sobre criterios de admisión de los recursos de casación extraordinario por infracción procesal.

Al tratar de los motivos del recurso, y en concreto del recurso de casación, se acuerda que “la infracción invocada de norma, jurisprudencia o principio general del Derecho aplicable al caso debe ser relevante para el fallo, atendida la ratio decidendi de la sentencia recurrida”.

2.— Si se aplica la anterior doctrina al motivo del recurso la consecuencia debe ser su desestimación por inadmisión.

La sentencia recurrida no aplica el ordenamiento jurídico suizo como ratio decidendi de su decisión, sino que se limita a declarar que, siendo aplicable al formularse la demanda la legislación española con patria potestad compartida de los progenitores, lo que cabe es decidir, bajo el interés superior del menor, sobre la guarda y custodia de éste al haber existido un cambio sustancial de circunstancias tras las resoluciones dictadas por los tribunales suizos, reconocidas en España mediante el ejecutivo.

Tal cambio sustancial consiste en el cambio de residencia de la madre custodia, de Suiza a España, con traslado con ella del menor.

Por tanto no cuestiona, ni tampoco los escritos rectores del procedimiento, que el tribunal español se haya de pronunciar sobre la licitud o no del traslado del menor, remitiendo a la legislación suiza, conforme a nuestra norma de conflicto, y la no aplicación de ésta por ir contra nuestro orden público interno.

En cualquier caso, a modo de obiter, se puede traer a colación la STC 16/2016, de 1 de febrero, rec. 2937/2015, que, en interpretación y aplicación del Convenio de La Haya de 1980, recoge que el art. 12 permite valorar “la integración del menor en el nuevo medio”, a fin de rechazar la devolución, cuando han transcurrido más de un año desde la sustracción del menor hasta el inicio del procedimiento. Tal previsión trata de hacer efectivo el superior interés del menor, argumentando que cualquiera que fuesen las causas y responsables en la demora de la restitución, no puede menoscabar el interés superior del menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio.

Consecuencia de lo expuesto es que la sentencia recurrida acude para decidir al litigio al interés superior del menor en relación con el cambio de residencia y territorio del progenitor custodio, con cita de la doctrina de la sala.

TERCERO: Segundo Motivo. Decisión de la Sala.

1.— El motivo denuncia que la sentencia recurrida hace una aplicación incorrecta del principio de protección del interés del menor, consciente de la doctrina de la sala (SSTS 10 septiembre 2015, rec. 797/2014 y 19 noviembre 2015, rec. 2724/2014) de que en los supuestos de traslado del progenitor custodio a una localidad distinta de aquella en la que viene residiendo, y a la que le sigue el menor por continuar con la guarda y custodia de él, se ha de tener en cuenta el respeto y protección del interés superior del menor a la hora de decidir sobre su nueva situación.

Lo importante y relevante no es si se puede coartar la libertad del progenitor custodio a elegir residencia, sino sobre la procedencia o improcedencia de pasar el menor a residir en otro lugar, lo que le puede comportar un cambio radical tanto en su entorno social como parental, con problemas de adaptación. Así, de afectar el cambio de residencia a los intereses del menor, que deben ser preferentemente tutelados, podría conllevar un cambio de la guarda y custodia (STS 26 octubre 2012, rec. 1238/2011).

La sentencia 536/2014, de 20 de octubre, que decide sobre un supuesto de traslado al extranjero, afirma que “es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de ese interés...”, para, tras valorar las

circunstancias concurrentes, mantener la guarda y custodia de la madre por ser beneficiosa para el interés del menor en cuestión.

2.— Afirma la STS 15 octubre 2014, rec. 2260/2013, que el recurso de casación no es una tercera instancia que permita una solución jurídica distinta por una simple cuestión de criterio.

3.— La sentencia recurrida recoge como hechos probados: (i) que el menor siempre se ha desarrollado desde su nacimiento en el entorno de la madre, habiendo ostentado el señor Agapito tan sólo un derecho de visitas; (ii) que el grado de apego del menor lo es fundamentalmente con su madre, mientras que a su padre apenas le conoce, pues los progenitores se separaron cuando apenas tenía tres meses de edad; (iii) el menor cuando se trasladó a España carecía de arraigo en Suiza, pues contaba con apenas tres años de edad y ni siquiera había sido escolarizado, mientras que en España se encuentra escolarizado desde su llegada en septiembre de 2012, habiendo desarrollado relaciones sociales en la ciudad, donde se encuentra su entorno más inmediato; (iv) la familia paterna no se encuentra en Suiza, donde el señor Agapito vive solo; (v) los abuelos maternos, con quien el menor tenía más apego, permanecen en Suiza, aunque tienen vivienda en España, vienen con frecuencia y, según la hija, regresarán para jubilarse en su país de origen.

De todos esos hechos infiere la sentencia de la Audiencia que el cambio de custodia no beneficiaría el menor, pues cambiar al otro país alteraría sus costumbres y hábitos ya adquiridos, su escolarización e idioma, teniendo en cuenta que lleva más de dos años residiendo en Alicante. Lo anterior no va en detrimento del derecho a relacionarse con el otro progenitor, que queda salvaguardado con un adecuado régimen de visitas, como el recurrente solicita en su demanda de forma subsidiaria.

4.— A la vista de lo expuesto estamos ante la cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente ante un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente, incapaz de realizar la función de unificación jurisprudencial propia del recurso, pues la sentencia recurrida, partiendo de los hechos probados, se ha limitado a aplicar la doctrina vigente de esta sala en la materia.

2017/66.— Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Tercera, Sentencia de 9 febrero 2017. Ponente María de la Paz Pérez Villalba. Roj: SAP GC 271/2017 – ECLI: ES:APGC:2017:271 Id Cendoj: 35016370032017100088.

Traslado ilícito internacional de menores.— Traslado de lugar de residencia.— Interés del menor.— Restitución tras un traslado o retención ilícita: inexistencia.— Solicitud de denegación de restitución: improcedencia.

Normas aplicadas: Art. 5, 12 y 13.b) Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

PRIMERO:

[...] En definitiva alega la parte apelante que se debe denegar el retorno de la menor ex art. 13.b del Convenio de la Haya por existir un grave riesgo de que la restitución de la menor le exponga a un peligro físico y psíquico o la ponga en una situación intolerable como es el quebrantamiento de su salud física, estando además la menor matriculada ya en (...) en tercero de primaria.

Finalmente cuestiona la parte apelante que se le hayan impuesto las costas de la instancia al no existir por su parte mala fe sino únicamente interés en beneficiar a su hija tratándose además de un pleito de familia.

El abogado del estado y el Ministerio Fiscal se opusieron expresamente al recurso de apelación.

SEGUNDO: Centrados en el anterior fundamento jurídico los términos del recurso de apelación, ningún pronunciamiento puede hacer esta sala sobre la declaración de rebeldía de la apelante, pues es firme la diligencia de fecha 2 enero 2017 que así lo acordaba y en cuanto al fondo del recurso ya se adelanta

que el mismo va a ser desestimada pues esta Sala examinando toda la prueba obrante y el claro contenido del Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción de menores de 25 octubre 1980, que constituye Derecho positivo español al ser ratificado por España por Instrumento de 28 de mayo de 1987 y del que no se puede prescindir para resolver el objeto de litis como parece como pretender la parte apelante en su recurso, concluye al igual que la Juez a quo, que partiendo de una clara retención ilícita de la menor en (...), pues se la cambió de su residencia habitual en Letonia sin autorización judicial una vez que ya se había iniciado un pleito para resolver sobre su custodia y patria potestad y sin que la madre tuviese atribuida por resolución judicial o disposición legal la facultad para decidir en exclusiva el lugar de residencia de la hija común, incumpliendo el régimen de visitas reconocido a favor del padre y sin que haya transcurrido el plazo de un año previsto en la ley para poder apreciar si la menor se ha quedado integrado en su nuevo ambiente en (...) (art. 12 del Convenio), decíamos, partiendo de esa premisa fundamental, considera esta Sala al igual que la Juez a quo que no existe prueba suficiente para aplicar la excepción o motivo de oposición previsto en el art. 13 b del Convenio de la Haya al que alude la parte apelante.

En concreto el art. 13.b del Convenio de la Haya prevé como excepción a la restitución tras un traslado o retención ilícita que exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

Pues bien, quien tiene la carga de acreditar que con la restitución de la menor a Letonia, lugar donde residía la menor y estaba integrada escolarmente y familiarmente con sus padres pese a la crisis de pareja, teniendo exclusivamente atribuida la madre por resolución judicial provisional su guarda y custodia, que no el derecho a decidir el cambio de residencia a un país extranjero y cambio de colegio con un claro régimen de visitas a favor del padre que por obvia razones tuvo en cuenta la residencia de la menor en Estonia, decíamos, quien tiene la carga de acreditar que la menor va a sufrir un grave riesgo de peligro físico o psíquico o que con la restitución se puede exponer a una situación intolerable a la menor, que no para la madre aunque indirectamente pueda admitirse a priori el riesgo psíquico de la menor de presenciar malos tratos de palabra o de obra sobre su madre, decíamos quién tiene la carga de acreditar dicha excepción es quien la opone y dicha prueba no existe y no existe porque esta Sala no puede convertirse en un órgano penal que determine si efectivamente la madre o la menor ha sufrido daños físicos, coacciones, injurias o maltrato de palabra y obra que haya repercutido y vayan a seguir repercutiendo a su vez en la integridad psíquica de la hija, aportando una denuncia que no consta haya prosperado en Letonia y todo ello obviamente sin perjuicio de lo que puedan adoptar las autoridades judiciales letonas tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil en el que deberá resolverse si concurren o no circunstancias que justifiquen el cambio de domicilio y colegio de la menor a (...).

En cuanto a la documental aportada por la madre y sin que ello en modo alguno signifique prejuzgar cuestiones ajenas a esta jurisdicción que no son de nuestra competencia sentenciar, indicar que en modo alguno se acredita que el estado de salud de la menor se vea en peligro de continuar residiendo en un país como Letonia por muchas que sean las bondades del clima canario y que si la menor ya está escolarizada en (...) también lo estaba en Letonia antes de la decisión unilateral de la madre de traérsele a residir a España sin autorización del padre ni de la autoridad judicial que tramitaba y sigue tramitando el procedimiento de familia, por lo que sigue huérfana de acreditación que el regreso de la menor a su lugar de residencia en dicho país le vaya a suponer un riesgo físico o psíquico y mucho menos que no se proteja con la orden de retorno el interés de la menor.

2017/67.– Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, de 23 febrero 2017. Ponente: Carlos Esparza Olcina. Roj: SAP V 718/2017 – ECLI: ES:APV:2017:718 Id Cendoj: 46250370102017100163.

Traslado ilícito internacional de menores.– Apreciación.– Comportamiento violento del progenitor.– Determinación del derecho de custodia según la ley francesa

Normas aplicadas: Arts. 3, 12, 13, 15, 19 y 20 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; art. 11.4º Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de

resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); arts. 371 ss Cc francés; Directiva 2012/29/UE de 25 octubre 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

PRIMERO: La demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Valencia el día 20 enero 2017, que estimó la demanda formalizada por el apelado, y declaró que la retención en el (...) de la hija de los litigantes, nacida el día (...) de 2015, es ilícita y acordó su retorno al lugar de procedencia (...) (Francia).

[...] En el caso que se somete hoy a la decisión del Tribunal es claro el carácter ilícito de la retención de la menor en España, pues la menor, junto con sus padres residía habitualmente en (...) (Francia), aunque pasara periodos de vacaciones en nuestro país, lo que fue reconocido por la propia apelante en el acto de la vista, a donde tenía intención de volver tras las vacaciones, e incluso tenía comprados los billetes de avión para el viaje de retorno el día 26 de agosto (...). Es también claro que los progenitores ejercían la custodia de la hija en el momento en el que se produjo la retención, a tenor de los arts. 371 ss Cc francés, en especial los arts. 372 que prescribe el ejercicio en común de la patria potestad por los progenitores, y 373.2º acerca de la obligación de consensuar los cambios de domicilio del menor, o, en su defecto, de someter la cuestión a la autoridad judicial. No hay duda de que la custodia se ejercía por el progenitor de manera efectiva y legítima. No existen, por tanto, las dificultades para determinar el derecho de custodia según la ley francesa que justificarían la solicitud de la certificación del art. 15 del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980, dificultades que son el presupuesto de dicha petición, como dice el informe explicativo del Convenio (p. 34). Es una posibilidad que no pasa de ser una facultad del órgano judicial del Estado donde está retenido el menor, que no se considera necesario ejercer, y cuyo planteamiento constituye una cuestión no suscitada en el escrito de oposición a la restitución de la menor que presentó en el Juzgado (...). Alega la recurrente que la restitución de la hija a su lugar de residencia sería contrario a su interés por que es víctima de comportamientos violentos del progenitor, denunciados por la demandada en España, tras la decisión de no volver a Francia. Los hechos, tanto los denunciados el día 26 agosto 2016, objeto del procedimiento abreviado 519/2016 del Juzgado de Instrucción nº 1 de (...) como los denunciados más tarde, derivados de las conversaciones mantenidas por videoconferencia, objeto de las diligencias previas 663/2016, están siendo investigados por el Juzgado, no consta se haya abierto el juicio oral en ninguna de ellas, y no afectan directamente a la menor, pues la propia demandada dijo en la vista que “el padre no le había puesto nunca la mano encima”. La alusión hecha en la vista de la apelación por la Letrado de la demandada a una supuesta conducción bajo la influencia del alcohol del progenitor llevando a la menor no consta en la denuncia formulada por la demandada, en la que consta que el apelado no llevó a la menor, ni a ella misma. Sin prejuzgar en absoluto la resolución definitiva que puede recaer en los procesos penales incoados, entiende la Sala que la restitución de la menor no integra la excepción a la restitución a la que se refiere el art. 13 b) del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980, que exista un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable, por las razones ya apuntadas y porque la restitución de la menor no supone ni prejuzga la asignación la asignación de la custodia de la hija al progenitor (art. 19 del Convenio), ni la convivencia de las partes, ni impide la adopción de medidas de protección de la demandada en Francia, un Estado miembro de la Unión Europea, en el que, como subraya la sentencia recurrida, rige la CDFUE (arts. 2, 3, 4, 21 y 23), la Directiva 2012/29/UE de 25 octubre 2012 sobre protección a las víctimas de delitos, así como la Directiva 2011/99/UE de 13 diciembre 2011 sobre la orden europea de protección y ha ratificado el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 mayo 2011, y en donde la propia demandada reconoció en la vista que tenía previsto acudir a un centro para obtener información.

En relación con la posibilidad legal de no ordenar la restitución del menor, se tiene en cuenta en primer lugar el art. 12 del Convenio de La Haya que dice: “cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el art. 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos,

la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.” En este caso, desde que se produjo la retención ilícita, el día 26 agosto 2016, hasta que se inició el presente proceso de restitución, el día 4 enero 2017, no ha transcurrido el plazo de un año, y ni siquiera en el momento presente ha transcurrido el año todavía, lo que según la letra del Convenio, debe llevar a acordar la restitución inmediata. Pero siguiendo la sentencia del Tribunal Constitucional español de 1 de febrero de 2016, que consideró necesario valorar la situación de integración del menor desde el punto de vista de su interés superior aunque no haya transcurrido el plazo anual citado (bien es verdad que en un supuesto en el que desde la retención hasta la decisión sobre la restitución en la segunda instancia habían transcurrido casi veinte meses), se tiene en cuenta que lo único que consta en la causa sobre esa situación es que la menor cuenta tan sólo con 17 meses de edad, lo que impide el nacimiento de vínculos sólidos con el entorno en nuestro país. Tampoco la inscripción de la menor en una guardería en el (...), en actividades deportivas y en una asociación cultural, y que reciba atención médica (...) determinan que la restitución atente contra su bienestar porque también en Francia estaba admitida su asistencia a una guardería de la empresa en la que trabajaba la demandada (...), recibía atención médica (...), así como prestaciones económicas familiares (...). Aduce la recurrente que no se han especificado las medidas de protección de la menor en Francia. Sin perjuicio de que la situación de la hija en el país vecino antes de su retención en España descrita en las últimas líneas del párrafo anterior puede ya satisfacer esa pretensión de protección, lo cierto es que la existencia de tales medidas simplemente impediría, de acuerdo con el art. 11.4º Reglamento 2201/2003 de 27 noviembre 2003 valorar la denegación de la restitución al amparo del art. 13 b) del Convenio de La Haya, pero su falta no impide acordar la restitución cuando, a la luz del mencionado precepto del Convenio, no se advierta la exposición a un peligro físico o psíquico o una situación intolerable para la menor. Por otro lado, como subraya el informe explicativo del Convenio de La Haya (p. 34), el art. 20 (La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), es un precepto de aplicación excepcional, que sólo justificaría la decisión de no retorno del menor cuando los principios fundamentales en la materia aceptados por el Estado requerido no lo permitan, cosa que no se ha acreditado en modo alguno en el presente caso. Por todo lo dicho, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado, incluyendo el régimen provisional de contactos acordado por las partes, que no hay razón para modificar.

2017/68.— Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Cuarta, Sentencia de 24 marzo 2017. Ponente: Pable Sócrates González Carrero Fojón. Roj: SAP C 478/2017 – ECLI: ES:APC:2017:478 Id Cendoj: 15030370042017100070. JUR 2017\102694.

Traslado ilícito internacional de menores: denegación del retorno. – Traslado de menores de Portugal a España.– Solicitud de retorno.– Constatación del carácter ilícito del traslado por órgano judicial portugués.– Calificación corroborada por los órganos judiciales españoles.– Ponderación del interés superior del menor.– Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2016, de 1 de febrero.

Normas aplicadas: Arts. 3, 12, 13, 15 y 20 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980; Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

[...]

SEGUNDO: Traslado ilícito de los menores a España.

[...]

7. Que el traslado de los menores a España por parte de la madre fue ilícito en los términos del art. 3 del Convenio de la Haya no ofrece duda alguna que debamos considerar siquiera en esta resolución. Ha

sido así declarado por sentencia del Tribunal de Casación de (...) (Tribunal da Relação ... de fecha 13 octubre 2015 en términos inequívocos, a los efectos del art. 15 del mismo Convenio. Copia traducida del portugués de dicha resolución figura aportada en el acto de la vista como documento nº. 3, folios 474 y ss) y su reconocimiento en España viene impuesto por el propio art. 15 del Convenio de la Haya en relación con los arts. 10 y 11 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000.

TERCERO: Ponderación del superior interés de los menores. Integración de los menores en su nuevo medio.

8. Ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 16/2016, de 1 de febrero que cuando, como ocurre en el caso de autos, la resolución judicial controvertida afecta a un menor, la adecuación constitucional de la motivación debe evaluarse en función del principio del interés superior del menor, que con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989, al disponer que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1º). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales.

9. Es justo el reproche que la apelante dirige a la resolución apelada en cuanto al déficit de motivación sobre las concretas circunstancias concurrentes que sirven para valorar, en este caso, la adecuación de la medida interesada al superior interés de los menores. La argumentación de la sentencia apelada se centra en la ilicitud del traslado en los términos del art. 3 del Convenio de la Haya, que nosotros compartimos, pero prescinde de cualquier otra consideración particular sobre la situación de los menores salvo para rechazar que concurran en el caso las excepciones del art. 13 del Convenio y advertir a las partes que debe ser ante los tribunales portugueses, una vez verificado el retorno, donde deban dirimir las cuestiones atinentes a la guarda y cuidado de los menores, régimen de visitas y ejercicio de las responsabilidades parentales.

10. En nuestro parecer, así resumidamente fundada la resolución del Juzgado se echa en falta una adecuada ponderación del principio del prioritario interés de los menores que identifique los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6). Porque, como también recuerda nuestro Tribunal Constitucional, es doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la que armoniza los principios y la finalidad del Convenio de la Haya con el derecho a la vida privada y familiar que proclama el art. 8 CEDH a partir de las dos condiciones siguientes: En primer lugar, que los factores que pueden constituir una excepción al retorno inmediato del niño en aplicación de los arts. 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya, en particular cuando son invocados por una de las partes, sean realmente tenidos en cuenta por el órgano jurisdiccional requerido. Este órgano jurisdiccional debe adoptar una decisión suficientemente motivada sobre este punto, que permita al Tribunal verificar que estas cuestiones se han examinado de manera eficaz. En segundo lugar, que estos factores deben ser evaluados a la luz del art. 8 del Convenio Europeo.

11. Conforme al art. 12, apartado segundo, del Convenio de la Haya “la autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio”. De lo dispuesto en el párrafo primero de este mismo artículo (y en el art. 16 1 letra a del Reglamento comunitario) se deriva que el procedimiento al que hace referencia es el que se inicia en el Estado Contratante donde se halla el menor, y en este caso ocurre que al tiempo de presentar la demanda el Abogado del Estado – 15 enero 2016– ya había transcurrido un año desde la fecha en que se produjo el traslado ilícito de los menores, que debemos situar en el día 13 enero 2015, martes, primera ocasión en que el padre ya no pudo contactar telefónicamente con sus hijos tras hacerlo el día anterior, 12 de enero. Lo confirma el hecho acreditado de que la Sra. Otilia faltó a su trabajo en el IPO de (...) desde el día 12 de enero, fecha

en la que habría de reincorporarse tras unos días de permiso, y que el mismo día 12 la madre avisó en la guardería a la que acudían los niños que éstos estarían ausentes durante unos días.

12. En cuanto a lo que deba entenderse por nuevo medio en el sentido del art. 12 del Convenio de la Haya no vemos razones que permitan restringirlo a un medio geográfico sino que admite una significación más amplia que integre el medio cultural, social y familiar.

13. De la documentación aportada se deriva que tras un primer periodo durante el que, tras salir de Portugal, la madre se asentó con sus hijos en Galicia, probablemente en (...) donde tenía una oferta de trabajo como anestesista, pasó a trabajar y residir en la ciudad de Granada, donde los niños estuvieron escolarizados en el curso 2015/2016 con muy buen aprovechamiento. Desde el verano 2016 la madre y los niños residen en (...), A Coruña, en cuyo hospital público ha aceptado la Sra. Otilia una oferta de empleo como anestesista; los niños están escolarizados en el colegio público de esa localidad (...) y en la misma provincia de A Coruña residen los familiares de la demandada, sus padres y al menos una hermana, con cuya colaboración indudablemente cuenta. Con ello destacamos que los niños, que conviven exclusivamente con la madre desde mediados de 2012, salieron de Portugal cuando contaban Ariadna con cinco años y medio, y Nicolás con cuatro años recién cumplidos, y han transcurrido desde entonces hasta la actualidad más de dos años durante los cuales no han tenido contacto personal con su padre – y, sin duda alguna, la madre no lo ha favorecido –, han estado escolarizados en España y se han integrado perfectamente a un nuevo idioma y entorno familiar y social, aspecto este último que, con las limitaciones de alcance de un estudio que no comprende a todos los miembros del núcleo familiar y que en parte se basa en las informaciones proporcionadas por la madre, destaca el informe pericial de la psicóloga Sra. Clara, de 3 noviembre 2016 (...). Señala igualmente dicho informe la desvinculación no sólo física sino también emocional de los menores con respecto a la figura paterna, con origen que remonta a los primeros años de vida de los niños durante los cuales el papel del padre ha sido secundario (periférico, dice el informe) y marcado por las discusiones de pareja, distancia física y falta de compromiso. Reiteramos que el alcance y valor probatorio de dicho informe es limitado, por las razones antes indicadas, pero su limitación no invalida su conclusión de que “la familia formada por Otilia, Ariadna y Nicolás se conforma a nivel simbólico como una estructura monoparental, con pautas de crianza adecuadas, protectoras y dirigidas a la atención de las necesidades de los menores, con un apego seguro y sin problemas, dificultades ni carencias”.

14. La conclusión que nos imponen los elementos antes destacados es que los menores han quedado adecuadamente integrados en su nuevo medio, en el sentido del art. 12 del Convenio de la Haya, y que su regreso inmediato a Portugal, donde habrían de quedar bajo la guarda y custodia del padre –porque así lo ha decidido provisionalmente a solicitud de éste el tribunal de (...) en su resolución de 2 noviembre 2015 (...)– rompería de nuevo, y ahora más intensamente por causa de la abierta hostilidad entre los progenitores, la estabilidad que dicha integración y el marco de relaciones familiares y sociales actual les ha proporcionado. En este sentido, la STS 29 marzo 2016 destaca que el concepto de interés del menor ha sido desarrollado en la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”, se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas”; se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”; “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y a que “la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

15. No desconocemos que ni la demora en el inicio del procedimiento en España ni la que posteriormente experimentó su tramitación en primera instancia son imputables al Sr. Felipe, que respondió rápida y diligentemente ante la unilateral e ilícita actuación de la madre. Pero, como también señala la sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, la lamentable dilación del procedimiento tendente a la restitución, en las circunstancias excepcionales que presenta el caso enjuiciado, cualesquiera que fuesen las causas y los responsables de dicha demora, no puede menoscabar el interés superior de la menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio.

16. Aunque la apreciación de la excepción anterior nos exime de la necesidad de examinar otras igualmente invocadas, debemos reseñar que nuestra decisión ha sido adoptada sin oír a los menores

porque hemos valorado que, por su corta edad, no han alcanzado un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

[...]

2017/69.— Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sección Tercera, Sentencia de 27 abril 2017. Ponente: Carlos Vielba Escobar Roj: SAP GC 363/2017 – ECLI: ES:APGC:2017:363 Id Cendoj: 35016370032017100180.

Traslado o retención de un menor ilícito: improcedencia.— Restitución solicitada no expone al menor a ningún peligro a una situación intolerable.— Convenio de La Haya de 1980.— Carácter excepcional de los motivos de restitución del menor.— Necesidad de acreditar que el traslado la situación del menor sería de extrema gravedad para la situación del menor: malos tratos, o quedar a merced de persona irresponsable o que les da ejemplos corruptores.

Normas aplicadas: Arts. 3, 12, 13 y 19 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 octubre 1980.

[...]

TERCERO.— Con respecto a las alegaciones de fondo, se afirma el conocimiento (y por tanto el consentimiento, siquiera sea tácito al mismo) por parte del padre del traslado del menor a la Isla de Fuerteventura, y en segundo lugar los perjuicios que se irrogarían al menor al estar integrado en la Isla y contar su padre con antecedentes.

La premisa mayor, esto es el consentimiento del traslado de residencia por parte del padre de las hijas a España no ha sido mínimamente acreditado. Las únicas pruebas de la existencia de dicho consentimiento están en lo que ha manifestado en el recurso y dichas manifestaciones sin otras pruebas que lo corroboren no pueden acreditar la existencia del consentimiento negado por la otra parte, (las declaraciones de parte únicamente hacen prueba en contra de su autor cuando las mismas le sean perjudiciales (no las favorables, art. 316 LEC).

Era la demandada la que tenía que acreditar la existencia del consentimiento, no ya por cuanto la prueba de un hecho negativo se torna en diabólica sino porque es ella la que alega un hecho al que debe anudarse consecuencias jurídicas y además por su facilidad probatoria. Que la Abogacía del Estado denuncie la retención ilícita del menor, tiene su apoyo en el art. 3º del Convenio, al señalar que el traslado o retención de un menor se considerará ilícito cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y dado que la demandada, como consta en las actuaciones estaba domiciliada en Inglaterra, y ambos progenitores tenían la custodia de su hijo (extremo no discutido), lo que comprendía decidir de forma conjunta sobre el lugar de residencia, se llega a la conclusión de que el unilateral proceder de Dª Soledad constituyó una retención ilegal, a tenor de lo prevenido en el mentado Convenio.

Por otro lado la restitución solicitada no expone al menor a ningún peligro a una situación intolerable (art. 13.b del Convenio), toda vez que Inglaterra es un Estado todavía integrado en la Comunidad Económica Europea.

Debe partirse de la base de que la filosofía del Convenio consiste en entender que, si ha habido un traslado o retención ilegal en el sentido del art. 3, en principio, el menor debe ser restituido configurándose los motivos de denegación como excepcionales por lo tanto, su concurrencia no se presume sino que ha de demostrarse y, en el presente caso tal extremo no se ha producido pues lo que manifiesta el recurso sobre al intregación, no puede considerarse como motivo de denegación ya que no se trata de determinar que pueda ser más beneficioso para el menor para entender aplicable el art. 13, letra b), sino que sería preciso acreditar que de autorizarse el traslado la situación del menor sería de extrema gravedad pues, por ejemplo, serían sometidos a malos tratos, o quedarían a merced de persona irresponsable o que les da ejemplos corruptores, etc., y en este punto resulta baladí el último de los documentos acompañados

con el recurso, las presuntas manifestaciones de uno de los hijos, pues no solo no acreditan la realidad de los malos tratos, sino que carece de valor probatorio al no haberse acompañado la traducción del documento redactado en inglés.

No cabe obviar que lo que se pretende a través del Convenio es restablecer la situación en los términos en los que se encontraba antes de producirse una acción ilícita que vulneraba un derecho de custodia, sin que ello implique decidir sobre el fondo de tal derecho (art. 19) ni sobre la mayor o menor conveniencia de que lo ostente uno u otro progenitor. Restablecida la situación inicial no hay ningún inconveniente en que se planteen las acciones que sean del caso para atribuir esa custodia a quien proceda o para modificar la atribución existente antes del traslado, si a ello hubiere lugar, pero sobre ello deben decidir las autoridades del lugar en que el menor tenga su residencia habitual, que normalmente contarán con más y mejores elementos de juicio.; en consecuencia, dada la retención ilícita del menor en España por parte de la madre y que la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial donde se hallan el menor se produjo antes de haber transcurrido un 4 año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos es procedente, dado lo establecido en el artículo 12 del Convenio revocar el auto objeto del recurso y ordenar la restitución inmediata de las menores.

Por último no está de más el resaltar que el art. 13 permite a la autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiada tener en cuenta sus opiniones.

Sobre la audiencia o exploración del menor debe indicarse que esta es el medio por el que el menor afectado por un procedimiento, da a conocer al Juez su opinión, adquiriendo a través del principio de intermediación su mayor importancia, pues es precisamente esa percepción o impresión captada por el Juez la que debe valorarse en su justa medidas...

[...]

REMISIÓN A UN ÓRGANO JURISDICCIONAL MEJOR SITUADO PARA CONOCER DEL ASUNTO EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

2017/70.— Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 27 octubre 2016. Asunto C-428/15. Ponente: J. Malenovský.

Cooperación judicial en materia civil.— Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.— Reglamento (CE) n° 2201/2003.— Art. 15.— Remisión del asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.— Ámbito de aplicación.— Requisitos para su aplicación.— Órgano jurisdiccional mejor situado — Interés superior del menor.

Normas aplicadas: Art. 15 Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

[...]

28. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 15 del Reglamento n° 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a un recurso en materia de protección de menores que tenga su fundamento en el Derecho público interpuesto por la autoridad competente de un Estado miembro, como el que es objeto del asunto principal, en caso de que la declaración de competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro requiera que ulteriormente una autoridad de ese otro Estado miembro inicie un procedimiento diferente del incoado en el primer Estado miembro, con arreglo a su Derecho interno y en consideración a circunstancias fácticas eventualmente diferentes.

[...]

33. De lo anterior se desprende que el art. 15 del Reglamento nº 2201/2003 es aplicable a un recurso en materia de protección de menores interpuesto por la autoridad competente de un Estado miembro que tenga su fundamento en el Derecho público y esté dirigido a la adopción de medidas relativas a la responsabilidad parental.

[...]

38. Por las razones expuestas, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 15 del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a un recurso en materia de protección del menor interpuesto por la autoridad competente de un Estado miembro, que tenga su fundamento en el Derecho público y esté dirigido a la adopción de medidas relativas a la responsabilidad parental, como el que es objeto del litigio principal, cuando la declaración de competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro requiere que ulteriormente una autoridad de ese otro Estado miembro inicie un procedimiento distinto del incoado en el primer Estado miembro, con arreglo a su Derecho interno y en consideración a circunstancias fácticas eventualmente diferentes.

[...]

39. Mediante las cuestiones prejudiciales tercera, cuarta y sexta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente cómo deben interpretarse y articularse los conceptos de órgano jurisdiccional “mejor situado” y de “interés superior del menor”, contenidos en el art. 15, ap. 1, del Reglamento nº 2201/2003.

[...]

62. Mediante sus cuestiones prejudiciales segunda y quinta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el art. 15, ap. 1, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro debe tener en cuenta, al aplicar dicha disposición en un asunto de responsabilidad parental determinado, la incidencia que la eventual remisión de dicho asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro tenga sobre el derecho de libre circulación de las personas afectadas o el motivo por el cual la madre del menor de que se trata hizo uso de tal derecho antes de interponer su demanda.

[...]

64. De ello resulta que el riesgo de que la eventual remisión del asunto incida negativamente en el derecho de libre circulación del menor afectado forma parte de los elementos que se deben tener en cuenta al aplicar el art. 15, ap. 1, del Reglamento nº 2201/2003.

65. En cambio, las consideraciones relativas a otras personas a las que pueda afectar el asunto, en principio no deben ser tenidas en cuenta, a menos que también resulten pertinentes para evaluar el riesgo para el menor.

66. Por consiguiente, la posible incidencia de tal remisión sobre el derecho de libre circulación de las demás personas afectadas, incluida la madre del niño de que se trate, no debería ser tomada en consideración por el órgano jurisdiccional competente, en la medida en que no pueda repercutir negativamente en la situación del menor. Se llega a la misma conclusión con respecto al motivo por el que la madre del menor ejerció su derecho de libre circulación antes de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional competente.

67. De ello resulta que procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y quinta que el art. 15, ap. 1, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro no debe tener en cuenta, al aplicar esta disposición en un determinado asunto de responsabilidad parental, ni la incidencia que la eventual remisión del asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro tenga sobre el Derecho de libre circulación de las personas afectadas, con excepción del menor de que se trate, ni el motivo por el que la madre del menor ejerció tal derecho, con anterioridad a la presentación de la demanda, a no ser que tales consideraciones puedan incidir negativamente en la situación del menor.

[...]

[D.]

Obs.: Vid. S. Álvarez González: “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor (STJUE 27 de octubre 2016, C-428/15: D)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 43 diciembre 2016.

DUDAS SOBRE LA VERDADERA EDAD DEL EXTRANJERO A LOS EFECTOS DE DETERMINAR SU CONDICIÓN DE MENOR

2017/71.— Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 720/2016, de 1 diciembre 2016. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán. TOL5.903.691.

Protección de menores.— Documentos públicos.— Oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores.— Extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.—No tiene la condición de indocumentado quien posea pasaporte expedido por las autoridades de su país de origen (Senegal) acreditando su minoría de edad.

Normas aplicadas: Arts. 323 y 752.2º LEC; art. 4 LOEx.

SEGUNDO: Prescindiendo de los defectos de formulación a los que la Administración recurrida hace alusión en trámite de oposición, los cuales ciertamente llevaron inicialmente a esta sala a poner de manifiesto la posible existencia de causas de inadmisión (por fundamentarse en la infracción de normas procesales y no sustantivas, por combatir la valoración de la prueba, particularmente de la pericial médica, y, consecuentemente, por no justificar en forma adecuada el interés casacional alegado), finalmente no apreciadas, lo relevante es que nos encontramos nuevamente ante un caso en que el interés casacional, por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, es notorio (sentencia 733/2015, de 21 de diciembre), dada la identidad sustancial de la controversia y de los hechos que la sustentan con la cuestión jurídica debatida y los hechos que apoyaron otros recursos de casación resueltos por esta sala con un criterio jurídico opuesto al seguido por la sentencia recurrida, esto es, apreciando la no conformidad a Derecho de la decisión administrativa de someter a pruebas de edad a menores extranjeros no acompañados que se encuentren en situación irregular en España para averiguar su edad real cuando tal decisión se haya adoptado prescindiendo, sin justificación razonable, del valor de los documentos aportados (en este caso un pasaporte) en el que conste su minoría de edad.

Puesto que de los hechos probados se desprende que el hoy recurrente contaba con pasaporte válido de la República de Senegal cuando se presentó en dependencias policiales, según el cual era menor de edad, resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial sentada por las sentencias de Pleno de esta sala 452/2014, de 23 de septiembre y 453/2014, de 24 de septiembre, reiterada en interés casacional por las más recientes sentencias 11/2015, de 16 de enero, 13/2015, de 16 de enero, 318/2015, de 22 de mayo, 320/2015, de 22 de mayo, 319/2015, de 23 de mayo, 368/2015, de 18 de junio, 411/2015, de 3 de julio y 507/2015, de 22 de septiembre, cuya aplicación al presente caso determina, sin necesidad de más razonamientos que los que en ellas se exponen, la estimación del recurso.

TERCERO: La estimación del recurso determina que se case la sentencia recurrida y se confirme el fallo estimatorio de la demanda contenido en la sentencia de primera instancia en el sentido antes apuntado de que cuando se dictó la resolución administrativa cuestionada (20 agosto 2012) el recurrente era menor de edad, lo que le otorgaba derecho a quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no

es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad”.

2017/72.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 17 enero 2017.
Ponente: María José Pérez Tormo. Roj: SAP B 583/2017 – ECLI: ES:APB:2017:583 Id Cendoj: 08019370182017100020.

Extranjero documentado con dudas sobre su verdadera edad.— Documentación falsa.— Pruebas forenses.— Mayoría de edad.

Normas aplicadas: Art 94 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

PRIMERO: Recurren el Sr. Isaac la sentencia de primera instancia que ha desestimado su oposición a la resolución de la DGAIA de fecha 10 diciembre 2014, que acordó el cierre del expediente administrativo de desamparo al considerarlo mayor de edad, resolución que ahora la sentencia recurrida ha confirmado. La Sra. Letrada de la DGAIA y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO: El presente recurso versa sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en situación irregular en España y, en concreto, sobre el valor de la documentación que o bien llevan los extranjeros o bien la presentan con posterioridad, cuando dicha documentación contenga datos que no puedan conciliarse con la realidad física de la persona, es decir, cuando exista una aparente discrepancia entre la minoría de edad que figure en el documento y la complexión física del joven; situación que ha dado lugar a que por parte de la Administración se actúen una serie de mecanismos tendentes a la averiguación de la edad real de la persona. Sobre esta materia se ha pronunciado el Tribunal Supremo y ha sentado doctrina en sentencias de Pleno de fechas 23 y 24 septiembre 2014 y en dos de la misma fecha 16 enero 2015, nº 26/15 y 27/15 en el sentido de que “el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad”. Ahora bien, también ha dicho el mismo Alto Tribunal en sentencia 329/2015 en un caso en que el menor de edad no acompañado cuando se presentó en Comisaría carecía de documentación que le identificara y determinara su edad, y aportó con posterioridad un documento manipulado por lo que su minoría de edad se podía poner razonablemente en duda, que se justificaba realizar las pruebas médicas oportunas para la averiguación de su edad.

TERCERO: En el caso de autos el recurrente cuando se presentó en Comisaría de los Mossos d’Esquadra era portador de un pasaporte y certificado de nacimiento expedidos en República de Gambia su país de origen, en el que constaba como fecha de nacimiento (...) 1996, por tanto era en ese momento menor de edad. Presentado en la Subdelegación del Gobierno de Barcelona entre otras personas, con Jesús Carlos, que figuraba como su padre en sus documentos, éste manifestó al ser interrogado, que en realidad Isaac no era su hijo, era hijo de un primo suyo, que él aceptó figurar en los documentos del hoy recurrente para hacerle un favor y así que obtuviera el permiso de residencia. Ante estas manifestaciones se incoaron las diligencias previas en el Juzgado de Instrucción nº 11 de Barcelona por falsedad en los documentos, diligencias que han sido sobreseídas provisionalmente. Las anteriores manifestaciones y la apariencia física del actor de edad superior a 18 años justificaban la realización de las pruebas médicas

que se llevaron a cabo pues se trataba de un extranjero cuya documentación podría ser falsa y cuya minoría de edad podía ponerse razonablemente en duda. Tales pruebas médicas dieron como resultado una edad superior a los 18 años, tal como constan en los informes médicos. La prueba radiológica de muñeca muestra una edad ósea según las tablas Greulich-Pyle de 19 años, y según las tablas de Hernández de 18'6 años. La ortopantomografía refiere una edad de más de 18 años y el informe médico forense indica la misma edad superior a 18 años. El médico forense considera que el actor tiene una edad superior a 18 años, teniendo en cuenta ya el eventual margen de error. Quedaba pues, destruida la presunción de minoría de edad de Isaac por lo que la resolución de la DGAIA acordando el cierre del expediente estaba plenamente justificada y debe confirmarse, tal como ha acordado con acierto, la Juzgadora de 1ª Instancia. Debe por todo ello, desestimarse el recurso planteado.

CUARTO: En cuanto a la petición del recurrente relativa a que la DGAIA debía seguir protegiendo al hoy recurrente mientras se discutía su edad, sin sacarlo del Centro en cuanto se dictó la resolución hoy recurrida, debe desestimarse. A este respecto debe recordarse lo preceptuado en el Art 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece la inmediata eficacia de las resoluciones administrativas, cuando dice que "Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los arts. 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior." El problema apuntado en el recurso relativo a la dificultad de contactar a los clientes por los abogados una vez han salido del Centro de Acogida, por lo que solicita que se notifiquen las resoluciones a los Abogados de forma inmediata, no puede resolverse imponiendo unas actuaciones procesales no previstas en la ley, de manera que tendrá que ser resuelto de forma particular entre los Abogados y sus clientes.

MODIFICACIÓN DE MEDIDAS RESPECTO DE MENORES: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

2017/73.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Auto de 9 diciembre 2016. Ponente: Margarita Blasa Noblejas Negrillo. Roj: AAP B 4160/2016 – ECLI: ES:APB:2016:4160A Id Cendoj: 08019370182016200119.

Competencia judicial internacional.— Solicitud de modificación de medidas definitivas de divorcio: régimen de visitas respecto de menores, alimentos y extinción de pensión compensatoria.— Menor trasladado unilateralmente a Escocia.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); art. 5 Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 octubre 1996; arts. 21.1º y 2º y 22 quater LOPJ.

PRIMERO: Traen causa las presentes actuaciones de la sentencia de divorcio de 25 junio 2014, en la que, entre otros extremos, se fijó un régimen de visitas a favor del padre de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20 hs del domingo, Semana Santa por años alternos, mitad de las de Navidad y por quincenas julio y agosto. Formulada por el padre, que tiene su domicilio en Igualada, demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio, alegaba que sin su conocimiento, y de manera unilateral, la madre cambió su residencia de Sant Pere de Ribes a Escocia en julio de 2014, por lo que el régimen de visitas ha devenido de imposible cumplimiento para él. Además, ello había afectado a su actividad laboral, ya no trabajaba en (...) el 29 septiembre 2015 sin haber percibido indemnización. Solicitaba en definitiva la modificación del régimen de visitas, reducción de los alimentos a 2500 € y extinción de la compensatoria, entre otros puntos. El Ministerio Fiscal informó que por el art. 22 LOPJ

son competentes los tribunales españoles cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante se español o resida habitualmente en España, como es el caso puesto que reside en Igualada. El art. 775 no contiene norma de competencia específica respecto de la modificación de medidas, pero conforme al art. 61 LEC debe conocer el juzgado que dictó la sentencia a modificar, el 9 de Vilanova, por tanto éste es el competente. El auto recurrido estima aplicable el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, concretamente por el art. 5 que, como norma general en materia de competencia, fija la residencia de los menores para facilitar, entre otros extremos, la actividad probatoria y la intermediación, por lo que, como quiera que el menor la tiene en Escocia, declara la falta de competencia de los Tribunales españoles para conocer de la demanda de modificación. Contra el mismo se alza el actor alegando básicamente infracción del art. 775 LEC que atribuye la competencia al órgano judicial que acordó las medidas definitivas que se pretenden modificar y de los arts. 21.1º y 2º y 22 quater LOPJ al residir el demandante en España.

SEGUNDO: Para determinar la competencia internacional de los Tribunales Españoles debe acudirse a las normas de competencia establecidas en los tratados y convenios internacionales. El art. 21 LOPJ en redacción dada por LO 7/2015, de 21 de julio dispone que “Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas”. El art. 775 LEC es aplicable si conforme a los tratados, convenios y normas de la UE son competentes los órganos jurisdiccionales españoles. La madre y la hija residen en Escocia desde julio de 2014 según el propio demandante por lo que resulta aplicable a los efectos de determinar la competencia para conocer sobre la petición de modificación del régimen de visitas el Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (art. 1 b). No se aplica el Convenio de la Haya de 1996, aunque el resultado final no difiere, por disponerlo así el art. 61 del propio Reglamento que determina la aplicación del Reglamento y no del Convenio cuando el menor tiene su residencia habitual en un estado miembro de la Unión Europea, como es el caso. El art. 52.2º del Convenio de la Haya de 1996 contiene una cláusula de desconexión que determina en este caso la aplicación de las normas del Reglamento Bruselas II bis para determinar la competencia y el art. 8 del Reglamento establece como criterio de atribución de competencia el de la residencia habitual del menor, con sujeción en todo caso a lo dispuesto en los arts. 9, 10 y 12. En la demanda interpuesta el 23 febrero 2016, se alega que el cambio de residencia del menor se hizo sin su conocimiento y de manera unilateral en julio de 2014, pero ha transcurrido más de un año hasta la presentación de la demanda de modificación por lo que los Tribunales Españoles no mantienen competencia en virtud de lo dispuesto en el art. 10, pues ha transcurrido más de un año y no consta presentada demanda de restitución en Escocia. No estamos ante un supuesto de prórroga de competencia del art. 12 pues el procedimiento es de modificación, ni en el supuesto del art. 9. Conforme a las normas del Reglamento los Tribunales Españoles no son competentes y no cabe aplicar el art. 22 quater de la LOPJ porque las normas internas de competencia solo son aplicables cuando aplicando las del Reglamento no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro (art. 14 Reglamento) y según dicha normativa serían competentes los órganos jurisdiccionales de Escocia. Las normas de competencia para la pensión de alimentos y compensatoria se regulan en el Reglamento 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Conforme al art. 3 no son competentes los Tribunales españoles. La demandada que en este supuesto es la acreedora no tiene su residencia habitual en España. No está contemplada la aplicación de nuestra legislación interna ni siquiera con carácter residual ya que el Reglamento establece foro de necesidad –forum necessitatis– en el art. 7 que tampoco es aplicable en el presente supuesto, por lo cual, aunque por otros fundamentos, debemos desestimar el recurso que se examina.

2017/74.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Auto de 17 de mayo 2017.
Ponente: María Dolores Viñas Maestre. Roj: AAP B 3796/2017 – ECLI: ES:APB:2017:3796A Id Cendoj: 08019370182017200187.

Medidas a adoptar respecto de la hija menor de los litigantes.— Competencia judicial internacional.— Incompetencia de los Tribunales españoles.— Autorización de custodia de la madre a favor de la abuela materna.— Residencia de la menor en la República Dominicana.

Normas aplicadas: Arts. 21 y 22 *quarter* LOPJ; art. 5 Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 octubre 1996; art. 61 Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

*PRIMERO: El Auto apelado, en aplicación de lo dispuesto en el art. 5 del Convenio de la Haya de 1996 se ha declarado incompetente para conocer de la presente demanda que tiene por objeto la adopción de medidas relativas a la hija menor de ambos litigantes, nacida en (...) de 2009 con residencia en República Dominicana. En la demanda se alega que el padre, de nacionalidad española, vive en Panamá cuyo domicilio se desconoce, la madre reside en España desde 2014, la menor reside en República Dominicana a cargo de la abuela materna y se solicita la guarda materna, suspensión del régimen de visitas, pensión de alimentos y la facultad de poder renovar el pasaporte supliendo el consentimiento del demandado, la facultad de poder expedir el DNI, de decidir sobre el lugar de residencia de la autorización para salir de la República Dominicana y para que la menor viaje a España.. La parte apelante basa la competencia de los tribunales españoles en el art. 22 *quarter* LOPJ –demandante que reside habitualmente en España desde seis meses antes de la presentación de la demanda– y en el Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003.*

La Sala comparte el argumento del Auto apelado. Es de aplicación el Convenio de la Haya de 1996 del que República Dominicana es Estado contratante.

El art. 21 LOPJ dispone que “Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas”.

Las normas internacionales que regulan la competencia de los Tribunales españoles para conocer sobre medidas relativas a la responsabilidad parental son varias: de una parte el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, también conocido como Reglamento Bruselas II bis. De otra parte el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

El ámbito material del CH 1996 viene determinado en su art. 3 dentro del cual se comprende la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación. El ámbito de aplicación del Reglamento viene determinado en su art. 1 dentro del cual comprende la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. La STJUE 21 octubre 2015 (C–215/2015) ha declarado que “Está incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento n° 2201/2003 la acción por la que uno de los progenitores solicita al juez que supla la falta de consentimiento del otro progenitor al viaje de su hijo menor de edad fuera del Estado miembro en que éste reside y a la expedición de un pasaporte a su nombre, incluso en el caso de que la resolución judicial que se dicte al término de dicha acción deba ser tenida en cuenta por las autoridades del Estado miembro del que el menor es nacional en el procedimiento administrativo de expedición de ese pasaporte”.

Ambos instrumentos internacionales coinciden en cuanto al ámbito material por lo que lo anteriormente expuesto y acordado por el TJUE debe hacerse extensivo al Convenio de la Haya y debe determinarse en cada caso si es aplicable el Convenio de la Haya o el Reglamento. Es el art. 61 del Reglamento

el que resuelve esta cuestión al disponer que en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, el presente Reglamento se aplicará cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro. Cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado que no es miembro de la Unión Europea pero es parte del Convenio de la Haya de 1996, la competencia debe determinarse con arreglo a las normas del Convenio de la Haya y no del Reglamento. El art. 5 del Convenio de la Haya determina la competencia a favor de las autoridades de la residencia habitual del menor, en este caso la República Dominicana. En el Convenio de la Haya no se contiene ningún precepto que determine competencia por conexión o prórroga como el del art. 12 del Reglamento, que en cualquier caso requeriría aceptación de competencia por parte del demandado, ni cláusula residual como la contenida en el art. 14 del Reglamento, por lo que no es aplicable el art. 22 quarter LOPJ como se alega en el recurso.

La única posibilidad de que los Tribunales españoles fueran competentes para conocer sobre las medidas de responsabilidad parental de la menor es la prevista en el art. 9 del Convenio de la Haya, es decir, considerar, puesto que la menor es nacional española, (único punto de conexión estrecha de los contemplados en el art. 8.2º del Convenio de la Haya) que están en mejor situación para apreciar el interés superior de la niña, en cuyo caso podrían o bien solicitar a la autoridad competente del Estado contratante de la residencia habitual del niño, directamente o con la cooperación de la Autoridad Central de este Estado, que les permita ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias, o bien invitar a las partes a presentar dicha petición ante las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño.

El art. 9 del Convenio de la Haya señala claramente en su último apartado que la autoridad de origen de la solicitud sólo puede ejercer su competencia en lugar de la autoridad del Estado contratante de la residencia habitual del niño si esta autoridad ha aceptado la petición.

Teniendo en consideración las circunstancias concurrentes en el presente supuesto en el que consta que la madre otorgó una autorización de custodia a favor de la abuela materna, con la que convive la menor en la República Dominicana, en enero de 2014, la Sala estima que deberá ser la demandante la que plantee su demanda ante los Tribunales de la República Dominicana a los que se considera en principio en mejor situación para resolver sobre lo que constituye objeto de la presente demanda.

SEGUNDO: El Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, regula las normas de competencia sobre alimentos. Conforme al art. 3 del referido Reglamento son también competentes los Tribunales de la República Dominicana. Por todo ello se desestima el recurso.

[...]

LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

2017/75.— Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala Civil y Penal, Sentencia nº 31/2016, de 21 de diciembre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D Fernando Zubiri de Salinas. Roj: STSJ AR 1700/2016 – ECLI: ES:TSJAR:2016:1700 Id Cendoj: 50297310012016100030.

Medidas sobre responsabilidad parental respecto de un menor.— Unión extramatrimonial de los padres de nacionalidad española y rumana.— Legislación aplicable.— Nacionalidad española de la menor.— Ley española.— Legislación aragonesa.

Normas aplicadas: Art. 15.1º y 47 Convenio de La Haya, de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; arts. 9.4º, 17, 142 Cc; arts. 80 y 82 Código de Derecho foral aragonés.

OCTAVO: Aunque no ha sido cuestionado por ninguna de las partes y ambas sentencias han aplicado el Derecho aragonés, es pertinente plantear la cuestión del ordenamiento jurídico aplicable al caso porque en este concurre un elemento de extranjería en cuanto consta acreditado que la menor es hija de padre español y madre rumana.

La parte actora apoyó su demanda en lo dispuesto en el art. 142 Cc y 80 y 82 del Código de Derecho foral aragonés. La demandada en su contestación se mostró conforme con la fundamentación jurídica invocada en la demanda.

En este caso es de aplicación lo dispuesto en el art. 9.4º segundo párrafo Cc a cuyo tenor “La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”. Porque lo relevante para la decisión del litigio no es la existencia de una relación de pareja a la que se refiere la sentencia de primera instancia, sino el ejercicio de la responsabilidad parental relativa a la hija común por parte de ambos progenitores, y en concreto en orden al derecho de visitas y de relación que corresponde al padre respecto de la menor, cuya guarda y custodia ha sido atribuida a la madre y la ejerce en país extranjero.

El Convenio citado, del que tanto el Reino de España como (...) son parte, previene en su art. 15.1º la aplicación de la *lex fori*: “En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley”.

La menor es de nacionalidad española, conforme al art. 17.1º.a) Cc. En este caso la aplicación de la ley nacional española al caso debe llevar a la legislación aragonesa, a tenor de lo dispuesto en el art. 47.1º y 4º Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, al tratarse de una niña nacida en (...), cuyo primer domicilio lo fue en esta ciudad, de modo que se mantiene un vínculo estrecho con el territorio de (...)y, por tanto, con su ordenamiento jurídico.

Ello no impedirá que, en su caso, pueda aplicarse en la ejecución el ordenamiento jurídico del Estado en que reside actualmente, pues conforme al ap. 3 del art. 15 del Convenio, “En caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de este otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación”. Aunque es de significar que en este proceso no se ha aportado el derecho de (...) que podría ser de aplicación ni ninguna de las partes lo ha reclamado.

[...]

Contenido del fallo

DÉCIMO: El tribunal, constituyéndose como instancia, ha de dictar un fallo que sustituya al recurrido, en la parte afectada por el recurso que se estima. Ha de hacerlo conforme a lo que previene el derechoaplicable, ya citado, y a las pretensiones de las partes.

En este caso la parte recurrente en casación ha solicitado de la Sala que dicte sentencia “en el sentido interesado”, que no es la forma más clara y precisa de formular su pretensión.

A la vista del contenido de su escrito de recurso y de lo obrante en autos se decide: a) confirmar, como se ha indicado, el régimen de visitas establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial; b) que todas las visitas de Don Jenaro con su hija Salome se llevarán a efecto bajo supervisión, manteniendo la institucional en la forma fijada en el fallo citado, así como en los casos en que se realicen bajo control de los abuelos paternos; c) alternativamente la supervisión podrá efectuarse por persona designada de común acuerdo por ambos progenitores; d) este sistema de supervisión se extenderá a los fines de semana y encuentros intersemanales fijados.

Respecto al Auto aclaratorio, y en coherencia con lo razonado en el fundamento tercero, ha de mantenerse la exigencia de informes periódicos expedidos por psiquiatra, pero debe quedar sin efecto la exigencia de que la recogida y entrega de la niña se produzca en el domicilio de la madre, pues el lugar

dependerá de aquél en el que las visitas tengan lugar. Esta decisión no afectará a los periodos de vacaciones en España.

COMPETENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL RESPECTO DE UN MENOR RESIDENTE EN EL EXTRANJERO

2017/76.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 13 enero 2017. Ponente: María Isabel Tomás García. Roj: SAP B 2680/2017 – ECLI: ES:APB:2017:2680 Id Cendoj: 08019370122017100072. JUR 2017\128812.

Medidas sobre la guarda y custodia de una menor residente en Perú.— Competencia judicial de los tribunales españoles.— Inaplicación de normativa de origen europeo o convencional.— Aplicación de la LOPJ.— Competencia: sí.

Normas aplicadas: Art. 39.4º CE; Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); art. 3.1º Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN); art. 24.2º CDFUE; principio 15 Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo; Convenio de La Haya relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 octubre 1996; art. 22 LPOJ (versión anterior a 2015); arts. 92, 154 y 170 Cc; art. 233 –8–3 CCCat; art. 81 Código del Niño y Adolescente (Perú).

[...] 1.— Ante todo, a la vista del precepto en el que la Sentencia recurrida funda su decisión —el art. 9.4º Cc común relativo a la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales—, es importante señalar que una cosa es que la Ley aplicable al fondo del asunto pudiera ser la normativa peruana por tratarse de una materia regida por la Ley nacional de la hija común, y otra previa y bien distinta es que dicha nacionalidad vaya a determinar la competencia de los tribunales de dicho Estado americano. En otras palabras, es perfectamente posible que sean los tribunales españoles los competentes para conocer de un asunto con elementos de extranjería —como es el presente supuesto en que la madre es de Ecuador y el padre y la hija de Perú—, por más que aquéllos deban aplicar, si resulta debidamente acreditada, la normativa de alguno de esos Estados (art. 281.2º LEC).

2.— La normativa de atribución competencial de los tribunales españoles, cuando existe algún elemento de extranjería, se encuentra en el ap. 1º del art. 21 LOPJ según el cual: “Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte”.

La competencia de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental está regulada en el Reglamento de la Unión Europea 2201/03 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y responsabilidad parental (Bruselas II bis).

Dicho instrumento establece como fuero general (art. 8) que son competentes para resolver sobre la guarda y custodia y otras cuestiones relativas a la responsabilidad parental los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual. El concepto de residencia habitual ha sido acotado por el TJUE como el lugar en el que el menor esté integrado a nivel social y familiar correspondiendo a los tribunales nacionales valorar en cada caso las circunstancias concretas como la permanencia e integración en un país, la nacionalidad, los vínculos familiares y sociales, el idioma y las condiciones de escolarización del menor.

Procede por tanto determinar la residencia de la hija de los litigantes en aplicación de lo indicado y teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso. Así se aprecia que Beatriz nació en (...) en (...) de 2009, y allí tuvo su residencia hasta que se trasladó a Perú en septiembre de 2010 sin que conste que haya regresado a España hasta la fecha. El traslado a Perú se realizó con el consentimiento de ambos

progenitores y si bien la madre alega que la menor tenía que haber regresado tras las vacaciones con la familia paterna, lo cierto es que consintió que la menor estuviera a cargo del padre en Perú durante aproximadamente un año y hasta que interpuso la demanda ante el juzgado decano de los de (...). Asimismo del contenido de los correos electrónicos intercambiados entre los litigantes y que obran en la causa reflejan que ambos progenitores mantenían buena relación y el padre se ocupaba de la menor; la ruptura de la pareja se produjo con posterioridad cuando ambos seguían residiendo en distintos países. Por lo que se refiere a Beatriz, hay que indicar que ambos progenitores la inscribieron en el Consulado de Perú en Barcelona con el fin de que adquiriera la nacionalidad y la documentación peruana. Consta asimismo que la menor estuvo escolarizada en el colegio (...) aula de 2 años del nivel inicial y está plenamente integrada en la familia paterna. Por todo lo anterior hay que considerar a Perú como estado de residencia habitual. La consecuencia de ello es descartar la aplicación al presente caso del citado Reglamento 2201/03 por no tener Beatriz su residencia en el territorio de país miembro de la Unión Europea, debiendo descartarse igualmente la aplicación del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, por no ser Perú parte del mismo. La atribución de competencia debemos buscarla por tanto en la normativa nacional, art. 22 LOPJ, en su redacción originaria anterior a la reforma introducida por LO 7/15, de 21 de julio atendida la fecha de interposición de la demanda rectora del proceso.

3.– Si tenemos en cuenta los criterios de atribución contenidos en dicho precepto, todo conduce al reconocimiento de la competencia de los tribunales españoles: – descartados los supuestos del ap. 1º y sentado que la actora se sometió a los tribunales de nuestro país con la mera presentación de la demanda ante el Decanato de (...) (art. 56.1º LEC), desde el momento en el que el sr. Pedro no formuló declinatoria en tiempo y forma, tal como decretó el Juzgado en resolución de 4 marzo 2015 –firme por consentida y por ello con autoridad cosa juzgada formal (art. 207.2º, 3º y 4º LEC – debemos considerarle tácitamente sometido a la competencia de dicho órgano judicial conforme al art. 22.2º LOPJ (art. 56.2º LEC) y – atendida la materia sobre la que versa el litigio, relaciones paternofiliales, al tener la Sra. Valentina su residencia habitual en nuestro país al formular la demanda, el art. 22.3º LOPJ atribuye igualmente competencia a los tribunales españoles para conocer del litigio y de hecho así lo declaró el Juzgado en su Auto de 24 enero 2012, tras el seguimiento del correspondiente incidente.

Por todo lo que antecede procederá estimar el primer motivo del recurso, revocar la Sentencia de 21 julio 2015, en cuanto aprecia la falta de competencia de los tribunales españoles, debiendo seguidamente examinar la pretensión articulada por la Sra. Valentina en su escrito de demanda.

SEGUNDO MOTIVO: Atribución de la guarda y custodia de la menor y efectos derivados.

Solicita la Sra. Valentina en su demanda la atribución del ejercicio de la guarda y custodia y se establece que el padre abone la cantidad de 200 euros para sufragar las necesidades de la menor, sin embargo mediante escrito de 29 noviembre 2011(...) renuncia a la solicitud de alimentos.

Tanto la legislación española (art. 39.4º CE, arts. 92, 154 y 170 Cc, art. 233 –8–3 CCCat) como la peruana (art. 81 del Código del Niño y Adolescente) consideran que la salvaguarda del interés superior del menor es el criterio preferente a la hora de resolver en materia de responsabilidad parental. En el mismo sentido el art. 3.1 0 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), el art. 24.2º CDFUE del año 2000, y el principio 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cataloga al interés del menor como “regla universal... que siempre ha de prevalecer” en materia de guarda y custodia de menores (STSJC 31/2008); el Tribunal Constitucional, lo define como “un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”(STC 141/2000) y un “criterio básico y preferente” en los procedimientos en materia de familia (ATC 127/1986), que “debe inspirar la actuación jurisdiccional”(STC 217/2009) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso de oficio (STC 4/2001), y finalmente el Tribunal Supremo, indica que debe prevalecer “incluso por encima del de sus progenitores “y ha de ser observado necesariamente por jueces y tribunales”(STS 1ª 614/2009).

Atendido lo anterior, procede determinar qué progenitor debe ejercer la guarda (“tenencia” en Perú). De la documental obrante en la causa se aprecia que des septiembre 2010 la menor está conviviendo con el padre, empadronada en su domicilio sito en la (...), que goza de buena salud (certificado médico), que se encuentra escolarizada (primero en “...” y posteriormente en “...” y que se relaciona con la familia extensa. Se considera que el interés de la menor Beatriz se concreta asimismo en gozar de estabilidad y ello podría frustrarse si se concediera la custodia a la madre que hace varios años que no convive con ella. Por ello procede desestimar la solicitud de guarda formulada por Dña. Valentina y acordar que sea el padre Sr. Pedro quien la ostente como hasta ahora sin perjuicio de lo siguiente:

1º.– Ambos progenitores ejercerán conjuntamente la potestad parental. [...]

2º.– La menor tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores y por ello ha de establecerse un régimen de relación con la progenitora no custodia. [...]

RESIDENCIA DE UN MENOR DE EDAD EN KOSOVO O EN ESPAÑA. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

2017/77.— Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Auto de 23 enero 2017. Ponente: María Pilar Manzana Laguarda. Roj: AAP V 16/2017 – ECLI: ES:APV:2017:16A Id Cendoj: 46250370102017200016; JUR 2017/40433.

Medidas sobre la residencia de un menor.— Solicitud de retorno del menor a Kosovo.— Aplicación del “principio” del interés superior del menor.— Desestimación del retorno.

Normas aplicadas: art. 39 CE; Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General Naciones Unidas; LO 1/96 de 15 enero Protección jurídica del menor; LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; Observación general nº 14 (2013) de Naciones Unidas sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial; Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 enero 1996.

SEGUNDO: Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso el que las partes de nacionalidad inglesa él y española ella contrajeron matrimonio en Escocia en agosto de 2007. De dicho matrimonio nació en España el (...) de 2008 Mariana. El fecha 29 abril 2013 las partes acordaron su divorcio, dictándose sentencia en la que ambos progenitores compartían la patria potestad, y la menor quedaría en compañía de su madre residiendo en (...) (Kosovo) con visitas ordinarias para el padre. En agosto de 2014 la madre, con la conformidad del recurrente, trasladó su domicilio por motivos laborales a las (...) llevándose con ella a la pequeña. El Tribunal de las (...) desestimó el retorno de la menor en aplicación del convenio de la Haya de aspectos civiles de la sustracción de menores. Actualmente se encuentra residiendo en Valencia ante cuya jurisdicción la progenitora instó demanda de medidas. En dicho procedimiento se ha emitido dictamen pericial por el equipo sicosocial de los Juzgados de Familia.

TERCERO: Para la resolución del recurso debe previamente partirse del principio básico reconocido en el art. 39 CE, en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General Naciones Unidas de 20 noviembre 1989 ratificada por España (BOE 31.12.90), en numerosos preceptos recogidos a lo largo del articulado del, en la LO 1/96 de 15 enero Protección jurídica del menor, avalada por la STS 27 septiembre 2011, en la LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; por la Observación general nº 14 (2013) de Naciones Unidas sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, así como el Convenio europeo sobre ejercicio de los derechos del niño de Estrasburgo, ratificado por España en febrero de 2012 (BOE 21.02.2015), en todos ellos se destaca la necesaria protección del derecho del que son titulares los menores a su propio desarrollo, educación y formación, lo que se traduce en la materia que nos ocupa, en sede de relaciones paterno filiales, en que todo conflicto surgido acerca de todo lo relativo a su guarda y custodia deba

resolverse por prescripción legal, jurisprudencial y justas razones, atendiendo primordialmente al beneficio e interés del menor.

Pues bien, aplicando dicho principio al caso de autos a la vista de lo informado por el equipo sicosocial, no procede estimar el recurso, considerando que no tiene sentido, en términos de defender el interés de la menor, ni por la vía utilizada ni por el actual momento en que se encuentra que la Sala se pronuncie acerca de la residencia de la menor en Kosovo, lugar que si bien fue residencia familiar en su momento los hechos posteriores de las partes han puesto de manifiesto que no es el actual, no pudiendo, en consecuencia, determinar retorno alguno de la menor a dicha localidad.

MENORES. PROHIBICIÓN DE SALIDA DE ESPAÑA SIN AUTORIZACIÓN

2017/78.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Auto de 14 marzo 2017. Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez. Roj: AAP B 2097/2017 – ECLI: ES:APB:2017:2097A Id Cendoj: 08019370182017200081; JUR 2017\128841.

Modificación de medidas sobre menores.— Prohibición de salida del territorio nacional.— Diferencia entre Estados parte y Estados no parte en el Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Normas aplicadas: Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

PRIMERO. La valoración del riesgo

La resolución apelada sostiene que, levantada la prohibición de salir del territorio nacional, perdura el sentido y alcance de lo pactado en el convenio regulador, de modo que levantar la medida no implica que el padre pueda a su albedrío programar la salida de España, sino que deberá recabar la autorización de la madre o, en su defecto, autorización judicial.

La Sala discrepa de esta valoración, porque si se levanta la medida existente, es evidente que lo pactado implica una restricción equivalente (nuevo permiso paterno o nueva autorización judicial), con la diferencia de que el control policial ya no existirá.

Lo decisivo es que, durante todos estos años, quizás por un erróneo entendimiento del padre, no ha ejercitado acción alguna, concreta, para recabar la autorización de la madre o, en su defecto autorización judicial para salir de España.

Y hay que tener en cuenta que Cuba no ha suscrito el Convenio de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, por lo que no consta que, si se solicitase autorización judicial para un viaje a aquel país, la posición de las autoridades cubanas frente a la entrada y salida de menores de su territorio fuera favorable a los intereses de la menor y a su necesario regreso a España.

Entiende la Sala que, a pesar de la dicción literal inicial del Auto recurrido sobre la inexistencia de cambio de circunstancias, la juez sí está apreciando tal cambio cuando tiene en cuenta la relación estable de pareja del padre, que éste trabaja de forma continuada y que la menor está más arraigada ahora. Hay que coincidir en que no consta intención del padre de irse a vivir a Cuba, en que no se aprecia riesgo de sustracción en la actualidad y en que las medidas restrictivas no deben perdurar.

En trance de resolver la antinomia, parece razonable distinguir entre aquellos países (Andorra, Italia) más cercanos y en donde el padre tiene familiares o intereses y que sí tienen suscrito el Convenio y Cuba.

Entendemos que la menor tiene derecho, con las debidas garantías, a ir conociendo sus orígenes paternos y su familia paterna con más profundidad y a disfrutar con su padre de ocio fuera de España, en países en los que no hay peligro de retención. Por tanto, respecto a tales países, el padre podrá viajar, aun sin permiso materno, siempre que cumpla las condiciones que él mismo aceptó: concreción de destino, fechas de desplazamiento (ida y vuelta), medio de transporte y dirección y teléfono de contacto en el lugar de destino y con una comunicación a la madre de antelación mínima de quince días.

Por el contrario, y respecto a Cuba, no se dan las garantías internacionales suficientes para un desplazamiento de la menor sin un control judicial previo (salvo permiso de la madre). Por ello, si el padre pretende tal viaje, además de concretar los datos convencionalmente pactados deberá recabar autorización judicial expresa.

**MENOR NACIDO POR VOLUNTAD DE SUS PADRES EN UN ESTADO MIEMBRO
DISTINTO DE AQUEL EN EL QUE ÉSTOS TENÍAN SU RESIDENCIA HABITUAL Y DE-
CISIÓN DE LA MADRE DE NO REGRESAR**

2017/79.— Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 8 junio 2017. Asunto C-111/17 PPU. Ponente: J. L. da Cruz Vilaça.

Cooperación judicial en materia civil.— Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.— Sustracción internacional de menores.— Convenio de La Haya de 25 octubre 1980.— Reglamento (CE) n° 2201/2003.— Art. 11.— Demanda de restitución.— Concepto de “residencia habitual” de un lactante.— Menor nacido por voluntad de sus padres en un Estado miembro distinto de aquel en el que éstos tenían su residencia habitual.— Permanencia continua del menor durante los primeros meses de vida en el Estado miembro en el que ha nacido.— Decisión de la madre de no regresar al Estado miembro en el que se encontraba la residencia habitual de la pareja.

Normas aplicadas: Art. 11, ap. 1 Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

[...]

35 Por consiguiente, procede entender la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide, en esencia, la forma en que debe interpretarse el concepto de “residencia habitual”, en el sentido del art. 11, ap. 1, del Reglamento n° 2201/2003, con el fin de determinar si se halla ante un supuesto de “retención ilícita” en una situación, como la que es objeto del litigio principal, en que un menor ha nacido y permanecido de manera ininterrumpida con su madre durante varios meses, por voluntad común de sus padres, en un Estado miembro distinto de aquel en el que estos últimos tenían su residencia habitual antes del nacimiento del menor. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, en tal situación, la intención inicial de los padres en cuanto al regreso de la madre con el menor a ese último Estado miembro es un factor preponderante para considerar que dicho menor tiene en él su “residencia habitual”, en el sentido del citado Reglamento, independientemente de que no haya estado nunca físicamente presente en dicho Estado miembro.

[...]

62. Ahora bien, en una situación como la que es objeto del litigio principal, con arreglo al anterior objetivo, el supuesto comportamiento ilícito de uno de los padres no puede justificar por sí solo que se acceda a la demanda de restitución del menor y que éste sea trasladado del Estado miembro en el que ha nacido y en el que ha permanecido regularmente de forma continua a un Estado miembro que no le es familiar.

[...]

66. Por último, habida cuenta de que, como ya se ha indicado en el ap. 40 de la presente sentencia, el concepto de “residencia habitual”, en el sentido del Reglamento n° 2201/2003, debe interpretarse en función del interés superior del menor, procede subrayar que este criterio primordial no conduce en el presente asunto a una interpretación como la propuesta por el órgano jurisdiccional remitente. En particular, el derecho del menor a mantener relaciones personales y contactos directos con sus dos padres, objeto del art. 24, ap. 3 CDFUE, no exige que el menor se traslade al Estado miembro en el que se encontraba la residencia habitual de aquéllos antes de su nacimiento, ya que este derecho fundamental

puede garantizarse mediante un procedimiento sobre el fondo relativo al derecho de custodia, en la forma indicada en el apartado anterior, en el que podrá reevaluarse la cuestión de la custodia y, en su caso, del derecho de visita instaurado.

67. De hecho, es más conforme con el criterio de proximidad, privilegiado por el legislador de la Unión en el Reglamento nº 2201/2003 precisamente para garantizar que se tenga en cuenta el interés superior del menor, que las eventuales decisiones que atañan a éste sean adoptadas por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor reside de forma continua desde su nacimiento (véanse, en este sentido, las sentencias de 23 diciembre 2009, *Detiček*, C-403/09 PPU, ap. 36, y de 15 julio 2010, *Purrucker*, C-256/09, ap. 91).

[...]

70. Habida cuenta del conjunto de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el art. 11, ap. 1, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un menor ha nacido y permanecido con su madre de manera ininterrumpida durante varios meses, por voluntad común de sus progenitores, en un Estado miembro distinto de aquel en el que éstos tenían su residencia habitual antes del nacimiento del menor, la intención inicial de los progenitores en cuanto al regreso de la madre con el menor a este último Estado miembro no permite considerar que ese menor tiene en dicho Estado miembro su “residencia habitual”, en el sentido del citado Reglamento.

En consecuencia, en tal situación, la negativa de la madre a regresar a ese mismo Estado miembro con el menor no puede considerarse “traslado o retención ilícitos” del menor, en el sentido del citado art. 11, ap. 1.

[...]

[OL]

NACIONALIDAD

NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE DESCENDIENTE DE ESPAÑOLES QUE LA PERDIERON COMO CONSECUENCIA DEL TRATADO DE PAZ SUSCRITO CON LOS ESTADOS UNIDOS EN 1898

2017/80.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, Sentencia nº 524/2016 de 13 octubre 2016. Ponente: Juan Luis Gordillo Álvarez Valdés. JUR 2016\275817.

Nacionalidad española de descendiente de españoles de ultramar.— Pérdida de la nacionalidad española de los antepasados por ausencia de voluntad de conservar o, en su caso, recobrar la nacionalidad española perdida.

Normas aplicadas: Art. 9 Tratado de paz suscrito con los Estados Unidos el 10 diciembre 1898 (Tratado de París); RD 11 mayo 1901, sobre naturales de Ultramar; art. 21 Cc en su redacción vigente en 1901.

[...]

PRIMERO: Referidas las primeras alegaciones del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia que desestima la demanda presentada —en solicitud de declararse haber lugar a la inscripción de nacionalidad española de origen de D^a. Teodora— a que, si bien está “conforme con la vuelta al statu quo normativo vigente en el momento del canje de ratificaciones del tratado de paz suscrito por los Estados Unidos el 10 diciembre 1898 “ – Tratado de París— no lo está con la aplicación del RD 11 mayo 1901 al que se refiere la sentencia apelada al carecer este de rango de ley, el motivo no puede surtir el efecto pretendido cuando, en todo caso, como indica el Abogado del Estado al oponerse al recurso de apelación, el art. 21 Cc en la redacción entonces vigente permitía recuperar la nacionalidad

española perdida por adquirir naturaleza en país extranjero: “podrá recobrarla volviendo al Reino, declarando que tal es su voluntad ante el encargado del Registro Civil del domicilio que elija para que se haga la inscripción correspondiente y renunciando a la protección del pabellón de aquél país”, es decir, la inaplicación de lo dispuesto en el indicado Real Decreto no enervaría las acertadas consideraciones vertidas en la sentencia respecto a la falta de acreditación por la demandante de “la voluntad de los ascendientes de la actora tendente a llenar los requisitos establecidos en el art. 21 Cc –redacción vigente en 1901....”.

SEGUNDO: A dicha falta de acreditación de la indicada voluntad de recobrar la nacionalidad española perdida habría de añadirse la falta de voluntad de tales ascendientes en conservar la nacionalidad española pues el art. 9 del Tratado citado que preveía: “los súbditos españoles, naturales de la península, residentes en el territorio cuya soberanía España renuncia o cede por el presente tratado..... podrán conservar su nacionalidad española haciendo ante una oficina de registro, dentro de un año después del cambio de ratificaciones de este tratado, una declaración de su propósito de conservar dicha nacionalidad, a falta de esta declaración, se considerará que han renunciado a dicha nacionalidad.....”. Es decir, tal y como el Abogado del Estado adujo al contestar a la demanda: “lo cierto es que sus bisabuelos tuvieron la opción de conservar la nacionalidad española y no la ejercieron, adquiriendo la nacionalidad estadounidense. Ello dio lugar a que la abuela tuviere nacionalidad estadounidense, que fue la que transmitió al padre de D^a. Teodora...”.

Si bien en el recurso se alude a situaciones de “apatridia”, como al rango constitucional de la protección a la nacionalidad de origen, lo cierto es que en el caso de autos la actora no ha demostrado reunir los requisitos legales para la procedencia de la inscripción de la nacionalidad española que pretende.

Rechazo que debe de hacerse extensivo a los alegatos vertidos sobre la dificultad o imposibilidad de desplazarse –sus ascendientes– desde Puerto Rico a España para efectuar la declaración que establecía el art. 21 Cc, no ya solo al tratarse de una cuestión de política legislativa –la exposición de motivos del citado Real Decreto así lo revela– plenamente ajena a la imperiosa aplicación de las leyes por los Tribunales, sino cuando, además, se olvida que el art. 21 citado se refería al supuesto de recobrar la nacionalidad española por personas que habían perdido la misma, entre otros supuestos, por no ejercitar la opción de conservar la nacionalidad española en tiempo y forma (como preveía el Tratado de París).

Consideraciones que conducen igualmente al rechazo de los alegatos referidos a, de conformidad con la Ley Jones–Shafroth y el denominado “Acta Jones”, “imponerse” la nacionalidad estadounidense, olvidando nuevamente la ya tratada opción de conservar la nacionalidad española los españoles residentes en Puerto Rico (art. 9 del Tratado de París de 1898), como, igualmente, la facultad de recobrar la nacionalidad española.

TERCERO: Sentado la anterior, los argumentos del recurso referidos a la “falta de voluntad explícita de recuperación de la nacionalidad española” por los ascendientes de la actora como a la “voluntaria aceptación de la nacionalidad estadounidense” que –según se invoca– considera la sentencia apelada, en modo alguno pueden ser aceptados cuando lo cierto es que la normativa entonces en vigor permitía a los ascendientes de la actora bien conservar la nacionalidad española al ceder España el territorio de Puerto Rico o bien recuperar la misma en los términos ya consignados en la presente resolución, sin que los argumentos vertidos en pretendida justificación de no haber podido “conservar” aquella, ni posteriormente “recuperar” la misma, sean estimables según todo lo ya razonado.

CUARTO: En orden a la indebida aplicación del art. 394.1º LEC que se invoca en el recurso sin mayor motivación, la Sala discrepa de dicho motivo pues la demanda se desestima en su integridad, no ofreciendo la cuestión planteada duda jurídica alguna –y menos aún “seria”– de conformidad con todo lo razonado en la sentencia de instancia como en la presente.

[...]

DE NUEVO SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL
ART. 17 CC, EN LA REDACCIÓN POR LA LEY DE 15 JULIO 1954

2017/81.— Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia n° 665/2016 de 14 noviembre 2016. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz. RJ 2016/5243.

Nacionalidad española.— Rectificación de nacionalidad por opción, a fin de que conste como de origen: desestimación: hijo de madre de nacionalidad española y de padre con nacionalidad norteamericana: adquisición *iure sanguinis* de la nacionalidad norteamericana del padre por aplicación del art. 17 Cc en la redacción dada por la Ley 15 junio 1954: no aplicación retroactiva de la CE cuando afecte a situaciones agotadas con anterioridad a su promulgación: el recurrente gozó de una disposición transitoria segunda de la Ley 18/1990 que no aprovechó para recuperar su nacionalidad.

Normas aplicadas: Arts. 11 y 14 CE; Art. 17.2° Cc (redacción dada por la Ley de 15 julio 1954)

[...]

10.— El demandante interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia al amparo del ordinal primero del art. 477.2° LEC y lo estructuró en un único motivo:

Por infracción de los arts. 11 y 14 CE, como consecuencia de la incorrecta aplicación de la norma al caso, esto es, del art. 17.2° Cc en su redacción dada por la Ley de 15 julio 1954.

[...] la sentencia infringe el art. 11.1° C.E., en cuanto que, de facto, no respeta la ley de aplicación en cuanto a la nacionalidad de mi representado y, por tanto y como consecuencia de ello, incumple el mandato del art. 11.2° C.E., en cuanto priva del reconocimiento de su nacionalidad a un español de origen.

También infringe la sentencia recurrida, [...] el principio de no discriminación ínsito en el art. 14 CE, en cuanto a la doble discriminación padecida por el recurrente, por razón de su lugar de nacimiento (extranjero) y las circunstancias de éste, es decir, ser su padre extranjero y su madre (mujer) española.

11.— La Sala dictó auto el 15 junio 2016 admitiendo el recurso y, tras el oportuno traslado, se opuso a él el Abogado del Estado, si bien previamente entendió que existía causa de inadmisibilidad del recurso por falta, en esencia, de concurrencia del supuesto que permita la admisibilidad en la modalidad de casación por vulneración del derecho fundamental al amparo del art. 477. 2. 1° LEC, así como por defectos de técnica casacional.

12.— El Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso, argumentando que: “Ello supone que Juez puede dejar de aplicar una norma preconstitucional y contraria a la CE, pero no aplicar la norma Suprema con retroactividad plena a situaciones consolidadas conforme a Ley vigente en el momento que surgió la situación de hecho que había de regularse, y para solventar la situación contraria al art. 14 CE respecto a la discriminación en cuanto a que los hijos de madre española en cualquier caso también son españoles de origen, se dictó la Ley 51/1982, estableciendo la nacionalidad de origen para los hijos de padre o madre española, dejándose sin efecto la normativa vigente al momento del nacimiento del recurrente.

“La cuestión queda así definitivamente fijada en cuanto que la Ley vigente en el momento del nacimiento de D. Alberto es clara, al seguir la nacionalidad del padre norteamericano, no podía obtener la nacionalidad de origen del madre, y tenemos que situarnos en ese momento y observar que la evolución legislativa en defensa de la igualdad de género en la materia que nos ocupa fue adaptándose a la CE, pero ello no supone que se pueda crear retroactivamente una situación generalizada de inseguridad jurídica contraria al art. 9.3° CE, situación del recurrente que se ajusta a la norma vigente en el momento de su aplicación”.

[...] TERCERO: Decisión de la Sala sobre el recurso cuyo planteamiento aparece recogido en el resumen de antecedentes.

1.— La inconstitucionalidad sobrevenida del art. 17 Cc, en la redacción por la ley de 15 julio 1954, a consecuencia de la Disposición Derogatoria 3 CE de 1978, no se pone en tela de juicio por la sentencia recurrida, siendo la norma suprema de inmediata aplicación tras la promulgación de ésta. El propio legislador, consciente de ello, modificó la normativa por la Ley de 13 julio de 1982, en la que ya no discrimina entre padre y madre sino que declara que “son españoles de origen: 1.— Los hijos de padre o madre españoles...”. Tal precepto no sufrió modificación en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, pero sí es importante destacar que una de las carencias principales, señaladas por la doctrina, en relación con las reformas legales de nuestro Código civil de 1954, 1975 y 1982 fue precisamente la de no incorporar un régimen transitorio que facilitase la transición entre la regulación anterior y la posterior, más que de forma limitada.

Para paliar estos graves problemas de interpretación se incorporaron a la Ley 18/1990 tres Disposiciones Transitorias. En la primera se parte del principio general de irretroactividad de las leyes, pero, como afirma en su preámbulo, este principio general “queda matizado en las dos disposiciones siguientes, que obedecen al propósito de favorecer la adquisición de la nacionalidad española para situaciones producidas con anterioridad...” (énfasis añadido).

Por la íntima conexión entre ambas, el epígrafe viii de la Instrucción DGRN 20 marzo 1991 dedicó su estudio al conjunto de ellas. La adquisición de la nacionalidad española por opción —con efectos de nacionalidad de origen—, contenida en la disposición transitoria segunda, comprende como ámbito principal los casos de hijo de española, nacido antes de la entrada en vigor de la Ley 51/1982, de 13 de julio, al cual le correspondiera seguir, según la legislación entonces vigente, la nacionalidad extranjera del padre, que sería el supuesto que aquí se enjuicia.

2.— Ello se compadece con lo razonado por la sentencia recurrida, que lejos de negar un derecho fundamental motiva como la propia normativa constitucional ha establecido mecanismos legales para superar situaciones producidas con anterioridad tributarias de desigualdad, con la finalidad de que desapareciesen los efectos de la normativa preconstitucional.

3.— Por todo ello aparece correctamente citada la sentencia de 9 diciembre 1986, pues confirma la doctrina que cita la sentencia recurrida sobre la inconstitucionalidad sobrevenida de una norma tras la promulgación CE, así como la no aplicación retroactiva de ésta cuando afecte a situaciones agotadas con anterioridad a su promulgación. Pero añade que la recurrente gozó de una disposición transitoria que no aprovechó para recuperar su nacionalidad.

4.— Es lo que reprocha al recurrente la sentencia de apelación, pero no sólo en relación con la D.T. Segunda de la Ley 18/1990, sino también con la opción que permite ejercitar en la Disposición Adicional Séptima.1 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, que se encontraba en vigor cuando el demandante inició el proceso que se enjuicia.

Resulta contradictorio que el recurrente postule la protección de un derecho fundamental que el legislador ha cubierto, según lo expuesto, así como que el promotor anuncie en el Hecho Octavo de la demanda que se acoge a tal protección pero sin abandonar la presente; lo que a todas luces contradice el interés de protección demandado.

El motivo se desestima.

CUARTO: El aplicación de los arts. 394.1º y 398.1º procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito que se hubiese constituido para recurrir.

[...]

NACIONALIDAD DE NACIDO EN TERRITORIO DEL SAHARA OCCIDENTAL. CONSOLIDACIÓN

2017/82.— Audiencia Provincial Gran Canaria, Sección Cuarta, Sentencia de 8 febrero 2017. Ponente: Juan José Cobo Plana. Roj: SAP GC 92/2017 – ECLI: ES:APGC:2017:92 Id Cendoj: 35016370042017100042. AC 2017\365.

Nacido en el antiguo Sahara Occidental.– Inscrito en registro español y provisto de documentación española (DNI y Pasaporte).– Denegación de renovación de DNI.– Solitud de reconocimiento de la nacionalidad española: denegación.– Recurso judicial: estimación.

Normas aplicadas: Ley de 19 noviembre 1975; RD 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara.; art. 18 Cc.

[...] **TERCERO:** 3.1. *La parte aclara solicitaba, como pretensión principal, que se le reconozca la nacionalidad española por cumplir con lo establecido en el art. 18 Cc, así como que se inscriba este hecho en el Registro Civil correspondiente.*

El art. 18 Cc establece que “la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó”. “Por tanto, para adquirir la nacionalidad española por vía del art. 18 Cc se requiere: A) La acreditación de que la supuesta condición de “español indígena” se inscribió en el Registro Civil correspondiente aunque después dicho título registral fuese anulado. B) La constatación externa de que se utilizó la nacionalidad teniéndose a sí mismo como español tanto en el disfrute de sus derechos como en el cumplimiento de sus deberes en relación con órganos del Estado Español”.

Para resolver dicha cuestión se ha de partir del hecho controvertido de que don Luis Carlos haya estado haciendo uso, de manera continuada, de la nacionalidad española con base en un título inscrito en el Registro Civil.

Por lo tanto, lo fundamental para poder acceder a la petición del actor es éste tenga un “título inscrito en el Registro Civil”.

3.2. *El juez a quo entiende que ello no ha quedado acreditado en este procedimiento.*

Es cierto que de la documental aportada a las actuaciones no consta que el actor tenga reconocida la nacionalidad española en el Registro Civil, aportando éste, como única prueba al respecto, el documento nº 5 de la demanda, el cual es una certificación en extracto de acta de nacimiento, donde tan sólo se refleja que don Luis Carlos consta inscrito en la Sección I del Registro Civil de Ifni, la fecha del nacimiento y el nombre de los padres, pero sin que en el mismo se haga mención a qué nacionalidad ostenta. También es cierto que no consta que dicha inscripción se realizara en el Libro de Españoles que se inscribieron en Sidi Ifni cuando era español, o en el Libro correspondiente a los Marroquíes.

Sin embargo, del hecho de que DON Luis Carlos esté en posesión del DNI y del pasaporte español debe presumirse que la inscripción a que se refiere el documento número 5 tuvo lugar en el Libro de Españoles que se inscribieron en Sidi Ifni cuando era español.

3.3. *El art. 1 ap. 2 RD 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, afirma en relación con la naturaleza y efectos del DNI, que “El Documento Nacional de Identidad es un documento personal e intransferible emitido por el Ministerio del Interior que goza de la protección que a los documentos públicos y oficiales otorgan las leyes. Dicho documento tiene suficiente valor por sí solo, para acreditar la identidad y los datos personales de su titular que en él se consignan así como la nacionalidad española del mismo”.*

El art. 386 LEC regula la denominada prueba de presunción judicial, que en realidad no constituyen un medio de prueba propiamente dicho, sino un método para tener por probado [STS de 1 junio 2011, recurso 1023/2007) y 16 marzo 2011 (recurso 130/2007)]. El precepto establece que “a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”. Este artículo de la LEC es reproducción del antiguo art. 1253 Cc, que también hacía referencia a que entre el hecho demostrado y “aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.

Es pacífica la doctrina que considera que las presunciones son operaciones intelectuales que consisten en tener como cierto un hecho (hecho presunto) a partir de la fijación formal de otro hecho (hecho base) que debe haber sido probado.

A diferencia de las pruebas denominadas “directas”, en la presunción judicial el Juez llega a te conclusión de cuáles son los hechos pese a que sobre los mismos no existen pruebas directas, mediante el razonamiento lógico deductivo a partir de otros admitidos o probados, cuando existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano sustentado en la lógica y la experiencia entre los hechos probados o admitidos y los presumidos [STS 1ª 21 febrero 2011].

En el supuesto de autos del hecho de que D. Luis Carlos esté en poder del DNI y del Pasaporte español cabe deducir y dar por acreditado que la inscripción a que se refiere el documento número 5 tuvo lugar en el Libro de Españoles que se inscribieron en Sidi Ifni cuando era español.

Se cumple, por tanto, el requisito del art. 18 Cc en el sentido de que don Luis Carlos ha estado haciendo uso, de manera continuada, de la nacionalidad española con base en un título inscrito en el Registro Civil.

Por cuanto antecede, procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia en el sentido siguiente:

Debe reconocerse y se reconoce la nacionalidad española de D. Luis Carlos, con DNI nº (...) por cumplir lo establecido en el art. 18 Cc, inscribiéndose dicha nacionalidad en el Registro Civil correspondiente.

[...]

OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

2017/83.— Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Tercera, Sentencia de 26 enero 2017. Ponente: Ángel Muñoz Delgado. Roj: SAP VA 363/2017 – ECLI: ES:APVA:2017:363 Id Cendoj: 47186370032017100104; JUR 2017\105468.

Opción a la nacionalidad española por extranjera nacida en Cuba hija de padre cuya nacionalidad española de origen no se acredita.— Denegación.

Normas aplicadas: Arts. 17.2 º, 18, 22, 154 y concordantes del Código Civil en su redacción original; Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007 de 26 de Diciembre, de Memoria Histórica.

PRIMERO: La actora en su demanda impugna, en base a lo dispuesto en el art. 362 RRC, la Res. DGRN de 21 noviembre 2012 que confirma el auto dictado el 10 mayo 2010 por el Encargado del Registro Civil Consular de La Habana, denegatorio de su solicitud de optar a la nacionalidad española de origen en virtud de lo preceptuado en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007 de 26 de Diciembre, de Memoria Histórica.

Emplazados al efecto se han opuesto a dicha pretensión la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, recayendo en primera instancia sentencia desestimatoria de la demanda. El juzgador argumenta que consta acreditado en autos que el padre de la demandante nació en 1930 en Cuba de padre y madre de nacionalidad cubana, habiendo obtenido la nacionalidad española por opción en fecha 5 julio 2010, así como que la actora nació en Cuba en 1956 de progenitores de nacionalidad cubana. No se acredita a su entender por tanto que ninguno de los progenitores de la demandante hubiera sido español de origen, presupuesto indispensable para el ejercicio de la opción al amparo de la citada Disposición Adicional Séptima.

Frente a dicha resolución recurre en apelación la actora, formulando una serie de motivos de impugnación que seguidamente pasamos a analizar.

SEGUNDO: A efectos de resolver la cuestión debatida en la litis conviene precisar los hechos que de las actuaciones resultan acreditados. Nos encontramos así con que la abuela de la demandante, la Sra. Noelia, nació en España el (...) de 1909 de padre y madre españoles, por lo que era española de origen

conforme a lo dispuesto en el art. 17 Cc en su redacción primitiva por aquel entonces vigente. Dicha Sra. viajó junto con su familia de origen a Cuba en su adolescencia, contrayendo matrimonio el 20 julio 1929 con el Sr. Armando, de nacionalidad cubana y descendiente a su vez de españoles, tal y como resulta de la certificación aportada en su momento por la hoy recurrente (...), que despeja cualquier duda que al efecto pudiera suscitarse de la lectura de la nota marginal extendida en el acta de nacimiento de la Sra. Noelia (...). De dicho matrimonio nació un hijo, el Sr. Diego, padre de la demandante, en fecha 13 octubre 1930.

Es cierto que el art. 22 Cc español entonces vigente disponía en su primer párrafo que la mujer casada seguía la condición y nacionalidad de su marido, por lo que en su virtud la Sra. Noelia al casarse con el Sr. Armando habría pasado a ostentar la nacionalidad cubana. El art. 20 del propio texto legal establecía por otra parte que la calidad de español se perdía, entre otras causas, por adquirir naturaleza en país extranjero, disposición también contemplada en el art. 4 de la Constitución Española de 1876 por aquel entonces también vigente. Ahora bien, tal seguimiento de la nacionalidad del esposo por parte de la española casada con extranjero lógicamente habrá de entenderse tendría lugar solo y exclusivamente si la legislación del país de este le atribuía su nacionalidad, pues de lo contrario restaría en condición de apátrida. No consta que la legislación en aquel momento vigente en Cuba atribuyese automáticamente la nacionalidad cubana a la mujer extranjera por el mero hecho de que contrajese matrimonio con un nacional cubano. El propio Consulado de España en Santiago de Cuba le expidió el 10 febrero 1969 el certificado de nacionalidad española aportado como doc. nº 6 de la demanda, siéndole expedido el 7 febrero 1975 el pasaporte español acompañado como doc. nº 7. Es más, obran en autos sendas certificaciones expedidas por la Dirección General de Inmigración y Extranjería del Ministerio del Interior de Cuba (...) en las que se hace constar que la abuela de la hoy apelante aparece inscrita en el mismo como española cuando tenía 52 años, es decir allá por 1961, sin que hubiera obtenido en momento alguno la nacionalidad cubana por naturalización.

TERCERO: En todo caso esa circunstancia entendemos resulta irrelevante a los efectos que aquí interesan. Aun cuando la Sra. Noelia hubiera mantenido la nacionalidad española de origen tras contraer matrimonio con un nacional cubano, ello consideramos no bastaría para que su hijo, el padre de la demandante Sr. Diego, fuera español de origen en el momento de su nacimiento, en 1930. La redacción originaria del Código Civil, que era la vigente en esas fechas, adoptaba en esta materia el principio de unidad jurídica de la familia y la preeminencia de la figura paterna dentro de la concepción de la familia tradicional, operando tales factores de modo y manera incondicional. En su virtud y conforme a lo dispuesto en el art. 17.2º, 18, 22, 154 y concordantes del Código Civil en esa su redacción original, antes de las reformas operadas por Ley de 15 julio 1954 y sucesivas, la nacionalidad del hijo en el momento del nacimiento venía determinada por la materna solo y exclusivamente para el caso de que la del padre no lo hiciera.

En el presente caso la legislación cubana si atribuyó tal nacionalidad al padre de la hoy apelante con motivo de su nacimiento, y como tal cubano este venía figurando en los Registros Oficiales. La mejor prueba de que el Sr Diego en el momento de su nacimiento no era español de origen es que precisamente ha optado por la adquisición de la nacionalidad española de origen en septiembre de 2009, cuando ya contaba casi con 70 años y precisamente al amparo de la Disposición Adicional Séptima de la Ley nº 52/07, la misma normativa en la que ahora su hija y apelante pretende ampararse. En su consecuencia consideramos no se cumple por tanto en el presente caso el requisito para el ejercicio de la opción que en dicha Disposición se contempla, consistente en que el padre o madre de quien pretende optar hubiera sido originariamente español. Vamos por tanto a confirmar la sentencia apelada con desestimación del recurso.

CUARTO: Dadas las especiales circunstancias fácticas y jurídicas que concurren en el presente caso, consideramos no procede efectuar expresa imposición de las costas de la primera instancia, extremo este en el que vamos a revocar la sentencia apelada con estimación parcial del recurso, ni tampoco de las causadas en esta alzada, todo ello conforme a lo dispuesto en los arts. 394 y 398 LEC.

CONSERVACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

2017/84.— Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoprimer, Sentencia de 24 marzo 2017. Ponente: David Suárez Leoz. Roj: SAP M 5388/2017 – ECLI: ES:APM:2017:5388 Id Cendoj: 28079370212017100127. JUR 2017\149349.

Pérdida de la nacionalidad española.— Declaración de conservación ante el encargado del Registro civil consular.— Modalidades de nacionalidad española. – Solicitud de pasaporte dentro de los tres años siguientes a la mayoría de edad.

Normas aplicadas: Art. 22.3º Cc; art. 24 Cc, en su número tercero, era la introducida por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad.

[...] *SEGUNDO: Centrado en los precedentes términos el objeto del recurso, el mismo debe ser estimado y revocada la sentencia de instancia, por las razones que, seguidamente, pasaremos a exponer.*

Conforme a la declaración de hechos probados, admitidos por la parte demandada hoy apelante, al Sr. Jenaro –quién nació en Colombia, de madre también nacida en Colombia, pero de nacionalidad española, al ser hija de español – en abril de 2007 le fue expedido pasaporte español, por el Consulado General de España en Bogotá, y renovado en fecha 11 abril 2012, siendo requerido para que procediera a la devolución del citado pasaporte, en fecha 7 septiembre 2012, dictándose por el Encargado del Registro Civil Consular en Bogotá (Colombia) resolución de 18 julio 2013, por la que se acuerda la inscripción en tal registro de la pérdida de la nacionalidad española del ahora apelado, en virtud de lo dispuesto en el art. 24.3º Cc.

En el momento en el que alcanzó la mayoría de edad – en fecha 26 octubre 2004 – la redacción del art. 24 Cc, en su número tercero, era la introducida por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad, en los siguientes términos:

“[...]

3. Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, perderán, en todo caso, la nacionalidad española si no declaran su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación”.

Alega el demandante ahora apelado que tal precepto es inconstitucional; pues bien, el art. 11.1º CE remite las cuestiones relativas a la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad española a lo que establezca la ley. Como nos recuerda la SAP Baleares de 4 mayo 2016, “en resolución de 11 abril 2014 ha declarado la DGRN que en la tradición histórica española, nuestro Ordenamiento jurídico ha venido distinguiendo dos tipos distintos de nacionalidad española, la nacionalidad originaria y la nacionalidad derivativa. Tal distinción estaba asentada en la consideración de que la nacionalidad originaria, a diferencia de la derivativa o sobrevenida, se adquiría de modo automático sin intervención alguna de la voluntad del interesado en el proceso o iter jurídico de su atribución, atribución que tenía lugar ope legis desde el mismo momento del nacimiento o, por ser más precisos, desde que el nacido adquiere personalidad jurídica de conformidad con lo dispuesto por el art. 30 de nuestro Código civil, y sin perjuicio de la retroacción de los efectos favorables al momento de la concepción que resulta del art. 29 Cc (vid. Resolución 26–1º diciembre 2002).

Esta distinción hoy se mantiene en cuanto determinativa de dos modalidades o categorías de nacionalidad, en función de su respectivo título de adquisición y generadora de ciertos efectos jurídicos diferenciados. Así los españoles de origen, además de poder ser tutores del Rey (vid. art. 60 nº 1 de la Constitución), no pueden ser privados de la nacionalidad española (arts. 11, nº 2 de la Constitución y 25 Cc),

disponiendo, por otra parte, de un régimen distinto privilegiado de conservación de la nacionalidad española, según resulta de lo establecido en el art. 11 n° 3 CE y 24 Cc.

En parecidos términos se ha pronunciado en resolución de 23 enero 2015. De ellas se desprende con claridad que no existe esa diferencia en relación a la pérdida de la nacionalidad española, más allá de la posibilidad por parte de los españoles que no lo sean de origen de la pérdida por sanción, que está vedada a los españoles de origen”.

Es por ello plenamente conforme a derecho la posibilidad de quien, habiendo nacido de español/a fuera de España, nacido/a a su vez fuera de España, pierda la nacionalidad española, cuando no cumple las formalidades establecidas en el citado art. 24.3° Cc.

Y así, la propia sentencia reconoce que, antes del día 26 octubre 2007, fecha en la que finalizaba el plazo de tres años desde que el ahora apelado alcanzaba la mayoría de edad, el Sr. Jenaro no había declarado, de forma expresa, su voluntad de conservar la nacionalidad española. Sin embargo, no compartimos la valoración que hace el juzgador de instancia, en cuanto a la significación que otorga a la solicitud de expedición de pasaporte español formulada por el Sr. Jenaro, equiparándola a la manifestación de voluntad requerida por el tan citado art. 24.3° Cc. Y ello porque, en el momento en el que se formula la solicitud de expedición del pasaporte, el Sr. Jenaro era español, y como tal tenía derecho a la expedición de tal documento identificativo, sin que podamos, por ello, concluir que el ejercicio de un derecho reconocido por nuestro ordenamiento jurídico a quienes ostentan la nacionalidad española pueda equipararse a una manifestación expresa de una voluntad de conservar tal nacionalidad. Sobre este extremo conviene significar que la declaración de voluntad expresa, determinante de la conservación de la nacionalidad, sólo es la realizada ante el Encargado del Registro Civil, en atención a lo dispuesto en el art. 64 LRC que dispone que sea el encargado del Registro Civil –consular en este caso– el que deba recibir las declaraciones de conservación, y en cambio, la expedición del pasaporte al que tienen derecho todos los españoles, residentes en el extranjero, se puede solicitar en la representaciones consulares, y no sólo, o al menos no obligatoriamente, ante el encargado del Registro Civil consular. Así, el Abogado del Estado, en su escrito de recurso, destaca que la organización consular de España en la capital de Colombia tiene, entre otras, una “sección consular del Registro Civil” y una “Sección de atención al ciudadano”, y esta es la encargada de la expedición de pasaportes a nacionales residentes en el extranjero, tal y como se comprueba en la página web oficial del Consulado General de España en Bogotá; y reiteramos, por ello, que en el momento en el que se solicita la expedición del pasaporte, ninguna negligencia pudo cometer el personal consular a la hora de expedir tal pasaporte, porque el ahora apelado era español, y si, en realidad no se trataba de una primera expedición, sino de una renovación del mismo solicitada en el mes abril 2007 –tal y como afirma el demandante en el hecho cuarto y hecho sexto de su demanda – ni siquiera era necesario aportar certificado de nacimiento, en el que, por otra parte, por no haber transcurrido el plazo, no tenía por qué recogerse en tal certificado la tan citada declaración expresa de voluntad conservativa de la nacionalidad.

Por otra parte, la pérdida de la nacionalidad se produce ipso iure o automáticamente, en cuanto concurren todos sus presupuestos de hecho (art. 67 LRC), y así, si como hemos manifestado, el Código Civil no exige una forma especial a esa declaración de voluntad conservativa de la nacionalidad, si exige que se haga, y que se haga ante el Encargado del Registro Civil, por lo que, al declararse probado en la Sentencia que no hubo tal declaración de voluntad expresa, conservativa de la nacionalidad, en el plazo fijado, ante el Encargado del Registro Civil, el Sr. Jenaro perdió la nacionalidad española ipso iure.

Todo ello conduce a la estimación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y a declarar la desestimación de la demanda, por lo que el ahora apelado ha perdido la nacionalidad española al no hacer, en tiempo y forma, manifestación expresa de conservar la nacionalidad.

PERSONA

NEGATIVA DE LAS AUTORIDADES DEL UN ESTADO MIEMBRO A INSCRIBIR EN EL REGISTRO CIVIL EL APELLIDO ADQUIRIDO EN OTRO ESTADO MIEMBRO

2017/85.— Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 2 de junio 2016. Asunto C-438/14. Ponente: A. Rosas.

Ciudadanía de la Unión.— Artículo 21 TFUE.— Libertad de circular y residir en los Estados miembros.— Ley de un Estado miembro que declara abolidos los privilegios y prohíbe la concesión de nuevos títulos nobiliarios.—Apellido de una persona mayor de edad, nacional de dicho Estado miembro, obtenido durante una residencia habitual en otro Estado miembro, cuya nacionalidad también posee esta persona.— Apellido que contiene elementos nobiliarios.— Residencia en el primer Estado miembro.—Negativa de las autoridades del primer Estado miembro a inscribir en el Registro Civil el apellido adquirido en el segundo Estado miembro.—Justificación.— Orden público.— Incompatibilidad con los principios esenciales del Derecho alemán.

Normas aplicadas: Art. 18 y 21 TFUE.

[...]

Sobre la existencia de una restricción

[...]

43. A este respecto, cabe recordar que numerosas acciones de la vida cotidiana, tanto en el ámbito público como privado, requieren probar la propia identidad y, cuando se trata de una familia, acreditar la naturaleza de los vínculos familiares existentes entre los diferentes miembros de ésta (sentencia de 12 mayo 2011, Runevič-Vardyn y Wardyn, C-391/09, ap. 73).

44. El demandante en el litigio principal posee dos nacionalidades, por lo que tanto las autoridades alemanas como las británicas pueden expedirle documentos oficiales, como un pasaporte. Ahora bien, el demandante en el litigio principal está inscrito con nombres y apellidos diferentes en el Registro Civil alemán y ante las autoridades británicas. En efecto, los nombres y el apellido “Peter Mark Emanuel Graf von Wolffersdorff Freiherr von Bogendorff” que figuran en su pasaporte y en su permiso de conducir británicos no son idénticos a los nombres y el apellido “Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff” inscritos en el Registro Civil alemán y en los documentos de identidad alemanes.

45. Del mismo modo que en el asunto que dio lugar a la sentencia de 22 diciembre 2010, Sayn-Wittgenstein (C-208/09), el riesgo concreto, en circunstancias como las del asunto principal, de tener, debido a la diversidad de apellidos, que disipar dudas sobre su identidad constituye una circunstancia que puede obstaculizar el ejercicio del derecho que se deriva del art. 21 TFUE.

46. Además, es preciso señalar que, en la medida en que la hija menor de edad del demandante en el litigio principal dispone de dos pasaportes a nombre de “Larissa Xenia Gräfin von Wolffersdorff Freiin von Bogendorff”, expedidos respectivamente por las autoridades del Reino Unido y, a raíz de la sentencia del Oberlandesgericht Dresden (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Dresde), por las autoridades alemanas, el demandante en el litigio principal corre también el riesgo, debido a su apellido, diferente al de su hija, de enfrentarse a dificultades para justificar sus vínculos familiares con ella.

47. Por consiguiente, la negativa de las autoridades de un Estado miembro a reconocer los nombres y el apellido de un nacional de ese Estado miembro, tal como se determinan y se hallan inscritos en un segundo Estado miembro cuya nacionalidad también posee, constituye una restricción de las libertades que el art. 21 TFUE reconoce a todo ciudadano de la Unión.

[...]

49. El órgano jurisdiccional remitente menciona cuatro motivos que podrían justificar la negativa a reconocer e inscribir los nombres y el apellido obtenidos por el demandante en el litigio principal en el Reino Unido. Estos motivos se basan en los principios de fijeza y continuidad del apellido; en la circunstancia de que el cambio de apellido en el Reino Unido fue una elección deliberada, independiente de cualquier cambio de estatuto personal derivado de la aplicación de disposiciones del Derecho de familia; en la longitud y la complejidad del apellido elegido; y en razones ligadas a la opción constitucional alemana y a la abolición de los títulos nobiliarios.

[...]

56. En estas circunstancias, debe considerarse que el carácter voluntario del cambio de apellido no constituye en sí mismo una lesión del interés general y, por consiguiente, no permite justificar por sí solo una restricción del art. 21 TFUE. Por tanto, las autoridades alemanas no pueden denegar el reconocimiento de un apellido legalmente obtenido por un nacional alemán en otro Estado miembro por el único motivo de que ese cambio de apellido responda a razones de conveniencia personal y sin tener en cuenta los motivos de dicho cambio.

57. Por lo que respecta, en particular, al interés, expresado en relación con los cambios voluntarios de apellido, en impedir que se eluda el Derecho nacional en materia de estatuto personal ejerciendo con esa única finalidad la libertad de circulación y los derechos derivados de ella, es preciso recordar que, en el ap. 24 de la sentencia de 9 marzo 1999, Centros (C-212/97), el Tribunal de Justicia ya declaró que un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, algunos de sus nacionales intenten evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional y que los justiciables puedan invocar el Derecho de la Unión de forma abusiva o fraudulenta.

58. De ello resulta que la negativa a reconocer el apellido británico del demandante en el litigio principal no puede justificarse por la mera circunstancia de que el cambio de apellido se haya producido a iniciativa de éste, sin tener en cuenta los motivos de ese cambio.

[...]

59. Según el órgano jurisdiccional remitente, el orden jurídico alemán también persigue el objetivo de evitar los apellidos de una longitud desproporcionada o demasiado complejos. En este sentido, señala que el nombre escogido por el demandante en el litigio principal, a saber, "Peter Mark Emanuel Graf von Wolffersdorff Freiherr von Bogendorff" es, en Alemania, de una longitud inusual.

60. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado, en el ap. 36 de la sentencia de 14 octubre 2008, Grunkin y Paul (C-353/06), en respuesta a la alegación del Gobierno alemán de que el Derecho alemán no permite la atribución de apellidos compuestos por motivos prácticos, que tales consideraciones de facilidad administrativa no bastan para justificar un obstáculo a la libre circulación.

[...]

80. A este respecto, al efectuar la ponderación entre el derecho a la libre circulación reconocido a los ciudadanos de la Unión por el art. 21 TFUE y los intereses legítimos perseguidos por las limitaciones a la utilización de títulos nobiliarios y por la prohibición de crear la apariencia de un origen nobiliario impuestas por el legislador alemán, han de tomarse en consideración diversos elementos. Aunque estos elementos no puedan servir de justificación en cuanto tales, deben ser tenidos en cuenta en el momento de realizar el control de proporcionalidad.

81. Así, por un lado, debe tomarse en consideración el hecho de que el demandante en el litigio principal ejerció ese derecho y posee la doble nacionalidad alemana y británica; que los elementos del apellido adquiridos en el Reino Unido que, según las autoridades alemanas, son contrarios al orden público no constituyen formalmente títulos nobiliarios ni en Alemania ni en el Reino Unido; y que el órgano jurisdiccional alemán que ordenó a las autoridades competentes inscribir el apellido de la hija del demandante en el litigio principal compuesto por elementos nobiliarios, tal como había sido inscrito por las autoridades británicas, no consideró que dicha inscripción fuera contraria al orden público.

82. Por otro lado, es preciso asimismo tomar en consideración el hecho de que el cambio de apellido examinado se basa en una elección de mera conveniencia personal del demandante en el litigio principal; que la divergencia de apellidos resultante no es imputable ni a las circunstancias de su nacimiento, ni a una adopción, ni a la adquisición de la nacionalidad británica; y que el apellido elegido en el Reino Unido contiene elementos que, sin constituir formalmente títulos nobiliarios en Alemania o en el Reino Unido, confieren la apariencia de un origen nobiliario.

83. En cualquier caso, ha de subrayarse que, si bien la razón objetiva basada en el orden público y en el principio de igualdad ante la ley de los nacionales alemanes podría justificar, si se estimara aplicable, la negativa a reconocer el cambio de apellido del demandante en el litigio principal, no podría justificar en cambio la negativa a reconocer el cambio de sus nombres.

84. De cuantas consideraciones preceden resulta que procede responder a la cuestión planteada que el art. 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que las autoridades de un Estado miembro no están obligadas a reconocer el apellido de un nacional de ese Estado miembro cuando éste posee igualmente la nacionalidad de otro Estado miembro en el que ha adquirido ese apellido libremente elegido por él y que contiene varios elementos nobiliarios, que el Derecho del primer Estado miembro no admite, si se demuestra, circunstancia que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, que tal denegación de reconocimiento está, en ese contexto, justificada por motivos de orden público, por cuanto resulta apropiada y necesaria para garantizar el respeto del principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos de dicho Estado miembro.

[...]

[BOGENDORFF VON WOLFFERSDORFF]

Obs.: Vid. J.-J. Forner Delaygua “Ciudadanía de la Unión Europea: apellido que contiene elementos nobiliarios e incompatibilidad con los principios esenciales del Derecho alemán (STJUE de 2 de junio 2016, asunto C-438/14: Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe)”, *La Ley Unión Europea*, nº 42, noviembre 2016.

LEY APLICABLE A LA TUTELA

2017/86.— Audiencia Provincial de Logroño, Sección Primera, Auto de 9 marzo 2017. Ponente: Fernando Solsona Abad. Roj: AAP LO 148/2017 – ECLI: ES:APLO:2017:148A Id Cendoj: 26089370012017200148. JUR 2017\140787.

Tutela.— Remoción del cargo de tutora.— Compra de vivienda en Cuba sin autorización del tutelado y con dinero de éste.— Compra a nombre de la madre de ambos para eludir la prohibición de la ley cubana respecto de la adquisición de inmuebles por emigrados.— Prueba del Derecho extranjero: no.

Normas aplicadas: Art. 271 Cc; art. 33 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

PRIMERO: La representación de D^a Elisabeth recurre en apelación el auto que resolvió su remoción del cargo de tutora respecto de su hermano incapacitado Don Felipe.

La remoción, solicitada por el Ministerio Fiscal, se acordó con base en que la Doña Elisabeth había extraído sin autorización judicial dinero de las cuentas de su hermano Felipe del que era tutora, y sin autorización judicial había comprado una vivienda en Cuba con ese dinero, vivienda que había puesto a nombre de la madre de ambos, y que no habría reintegrado además luego el dinero pues el último ingreso

de dieciséis mil euros, lo habría efectuado en una cuenta de la que solo era titular la tutora y no el tutelado.

Frente a esto, la apelante alega en primer lugar que no concurrían los requisitos para proceder a la remoción que establecía el art. 247 Cc porque siempre ha velado por el interés de su hermano Felipe. Añade que nunca pretendió distraer el dinero objeto de la venta, y que de hecho lo ha devuelto, pudiéndose observar en particular, en virtud de la certificación que adjunta, que el último ingreso de 16.000 euros lo efectuó en una cuenta de la que es solo titular Don Felipe (y no ella misma, como dice la sentencia con error). Que ese dinero lo sacó de la cuenta para comprar una vivienda en Cuba para su hermano. Que la puso a nombre de la madre de ambos y no de su hermano porque éste no puede adquirir bienes inmuebles en Cuba, en su calidad de emigrante cubano, por prohibirlo la Ley.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso.

SEGUNDO: Ha de partirse de que la tutora D^a Elisabeth extrajo dinero de las cuentas del pupilo Don Felipe, y sin dar cuenta a nadie, ni, por supuesto, solicitar tampoco autorización de clase alguna, adquirió una vivienda en Cuba con ese dinero, lo cual constituye una vulneración del art. 271 Cc. Además, resulta que el inmueble adquirido con el diento del tutelado no fue puesto a su nombre sino que fue puesto a nombre de la madre del pupilo y de la tutora.

Todo esto fue solo averiguado por el Juzgado después de consumadas esas operaciones, y con ocasión de la rendición de cuentas.

Es verdad que la tutora hoy recurrente arguye que la vivienda es de su hermano Don Felipe, y que si no se puso a su nombre fue porque la legislación cubana prohíbe a los emigrantes cubanos— como lo es don Felipe — adquirir bienes inmuebles en ese país. Sin embargo, es revelador que esta argumentación solo se ha alegado por la apelante después, y nunca antes, de haber llevado la operación, y después, y nunca antes, de que el Juzgado averiguase esa operación con ocasión de la rendición anual de cuentas. Pero es que además, aun en la hipótesis —no acreditada— de que fuera cierto lo que se afirma y se hubiera comprado la vivienda por la tutora para Don Felipe poniéndola a nombre de la madre para evitar o enervar esa prohibición de la Ley cubana que se arguye, resulta evidente que la tutora habría obrando indebidamente, por cuanto si realmente era cierto que la legislación cubana impedía a Don Felipe, por su condición de emigrante, la compra de una vivienda en Cuba, resulta meridiano que la tutora lo que debió de hacer fue respetar esa prohibición, absteniéndose de llevar a cabo semejante negocio en nombre del pupilo. No es admisible que se pretenda que un Juzgado español pueda o deba amparar o comprender la decisión unilateral de la tutora de comprar bienes inmuebles para Don Felipe contra la prohibición de una Ley de otro país, valiéndose para ello de la simulación de que quien adquiriría era la madre.

En todo caso, en fin, lo que decimos no es sino a mayor abundamiento; pues no hay prueba de que esa prohibición exista en la ley Cubana en los términos que se afirma, debiéndose recordar que el art. 33 Ley 29/2015 de 30 de julio en relación con el art. 281 LEC exigen la prueba del Derecho extranjero por la parte que lo invoca, lo que no ha sido el caso.

Sea como fuere, lo que es cierto y verdad es que una operación de semejante calibre y tan poco clara se llevó a cabo por la tutora sin solicitar la autorización del Juzgado y sin ni siquiera informarle. La tutora se codujo mal en el ejercicio de la tutela en un aspecto tan trascendental como es la gestión patrimonial. A ello no es óbice el hecho de que, una vez que el Juzgado descubrió la adquisición, el dinero se haya devolviendo paulatinamente (a este respecto, la documentación aportada con el recurso, en particular certificación de la entidad bancaria, establece que los últimos 16.000 euros sí fueron ingresados en una cuenta de don Felipe). Lo relevante es el incumplimiento, que consideramos relevante, de los deberes que le incumbían a Doña Elisabeth como tutora y que justifica su remoción.

El recurso se desestima.

PROCESO

REQUISITOS DE VALIDEZ PARA LA NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE DOCUMENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES

2017/87.— Tribunal de Justicia, Sala Décima, Sentencia de 2 marzo 2017. Asunto C-354/15. Ponente: F. Biltgen.

Cooperación judicial en materia civil y mercantil.— Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales.— Reglamento (CE) n° 1393/2007.— Arts. 8, 14 y 19.— Notificación o traslado por correo de un escrito de demanda o documento equivalente.— Inexistencia de traducción del documento.— Anexo II.— Formulario normalizado.— Inexistencia.— Consecuencias.— Notificación mediante carta certificada con acuse de recibo.— No devolución del acuse de recibo.— Recepción del documento por un tercero.— Requisitos de validez del procedimiento.

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

[...]

48. Mediante la tercera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide sustancialmente que se dilucide si el Reglamento n° 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, con arreglo a la cual, en el supuesto de que un documento judicial notificado a un demandado residente en el territorio de otro Estado miembro no esté redactado ni vaya acompañado de una traducción bien en una lengua que el propio demandado entienda, o bien en la lengua oficial del Estado miembro requerido, o en la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que deba efectuarse la notificación o el traslado si existen varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, la omisión del formulario normalizado que figura en el anexo II del citado Reglamento llevará aparejada la nulidad de la notificación o del traslado, con sujeción, sin embargo, al requisito de que ese mismo demandado invoque tal nulidad dentro de un plazo determinado o a partir del inicio del procedimiento y antes de llevar a cabo cualquier actuación en cuanto al fondo.

[...]

67. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el Reglamento n° 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, con arreglo a la cual, en el supuesto de que un documento judicial notificado a un demandado residente en el territorio de otro Estado miembro no esté redactado ni vaya acompañado de una traducción bien en una lengua que el propio demandado entienda, o bien en la lengua oficial del Estado miembro requerido, o en la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que deba efectuarse la notificación o el traslado si existen varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, la omisión del formulario normalizado que figura en el anexo II del citado Reglamento llevará aparejada la nulidad de la notificación o del traslado, aunque tal nulidad deba ser alegada por ese mismo demandado dentro de un plazo determinado o a partir del inicio del procedimiento y antes de llevar a cabo cualquier actuación en cuanto al fondo.

68. El mismo Reglamento n° 1393/2007 exige, en cambio, que tal omisión sea subsanada, de conformidad con las disposiciones que el propio Reglamento establece, mediante la comunicación al interesado del formulario normalizado que figura en el anexo II del mismo.

[...]

Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda

[...]

69. *Habida cuenta de la respuesta dada a la tercera cuestión prejudicial, resulta procedente que el Tribunal de Justicia se pronuncie asimismo sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda.*

70 *Mediante estas cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pide sustancialmente que se dilucide si el Reglamento nº 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que la notificación o el traslado por correo de un escrito de demanda o documento equivalente serán válidos incluso cuando no se haya devuelto al remitente el acuse de recibo de la carta certificada y conste que el correo no lo recibió el destinatario del documento sino un tercero.*

[...]

99. *En vista de todas las consideraciones expuestas, procede responder a las dos primeras cuestiones prejudiciales que el Reglamento nº 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que la notificación o el traslado por correo de un escrito de demanda o documento equivalente serán válidos incluso en los siguientes casos:*

– *cuando el acuse de recibo de la carta certificada que contenga el documento que deba notificarse o trasladarse al destinatario haya sido sustituido por otro documento, siempre que este último ofrezca garantías equivalentes en materia de la información facilitada y de prueba. Incumbe al tribunal que conozca del asunto en el Estado miembro de origen comprobar que el destinatario ha recibido el documento de que se trate en condiciones en que se haya respetado su derecho de defensa;*

– *cuando el documento que deba notificarse o trasladarse no haya sido entregado personalmente a su destinatario, siempre que lo haya sido a una persona adulta que se encuentre en la residencia habitual del destinatario, ya sea como miembro de la familia de éste o como persona empleada a su servicio. Incumbirá en su caso al destinatario acreditar, por todos los medios de prueba admisibles ante el tribunal que conozca del asunto en el Estado miembro de origen, que no pudo tener conocimiento efectivo del hecho de que se hubiera incoado contra él un procedimiento judicial en otro Estado miembro, o identificar el objeto y la causa de la demanda, o disponer de tiempo suficiente para preparar su defensa.*

[...]

[HENDERSON]

RECONOCIMIENTO EJECUCIÓN DE DECISIONES

MODIFICACIÓN DE MEDIDAS ACORDADAS EN SENTENCIA EXTRANJERA

2017/88.— Audiencia Provincial de Asturias, Sección Séptima, Sentencia nº 237/2016 de 3 junio 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D Rafael Martín del Peso García. JUR 2016\185313.

Solicitud de modificación de medidas sobre alimentos y responsabilidad parental.— Sentencia peruana homologada en España.— Competencia judicial internacional.— Modificación de las circunstancias que dieron lugar a las primeras medidas.

Normas aplicadas: Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis): arts. 21 y 22 LOPJ; art. 45 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; arts. 951 a 958 LEC/1881.

PRIMERO: En primer lugar debe resolverse la petición de la parte que pide la nulidad de lo actuado por ser competente para conocer de la demanda de modificación de medidas los juzgados de Perú que

dictaron la sentencia cuya eficacia ha sido reconocida en España. Al margen de señalar que no se comprende la cita de la infracción del Reglamento de Bruselas, referencia que debe referirse al Reglamento 1215/2012 y que no es razonable se esgrima para defender la competencia de un tribunal ajeno a la UE, ni invoca siquiera la causa de vulneración de los principios de dicha norma, lo cierto es que dictada por los tribunales peruanos resolución que aprueba lo acordado por ambas partes sobre alimentos, la guarda y visitas del menor que tuvieron en común, –en relación análoga a la conyugal–, dicha sentencia de fecha 1 julio 2014 fue homologada por Auto de 21 enero 2015 que ha dado lugar a la interposición de la demanda de modificación de medidas que nos ocupa, la cual ha sido contestada por la demandada (...) sometiénndose a la jurisdicción española y al procedimiento interesado (art. 21 bis 3º LOPJ), y con independencia de esta sumisión expresa, dado que la jurisdicción debe examinarse de oficio, es en todo caso competente nuestro país tanto conforme al actual art. 22 quáter d) LOPJ ya que el fuero no es exclusivo sino optativo y aunque el menor tenga residencia en Perú, el demandante es de nacionalidad española y residente en nuestro país, como también lo son la madre y aquél, y también lo sería si aplicamos analógicamente por su similitud al procedimiento matrimonial, la norma contenida en el ap. c), como también lo es de acuerdo con el vigente al tiempo de interponer la demanda regulado en el anterior art. 22 3º LOPJ y aplicable a este supuesto que en síntesis y en lo que aquí respecta, permite elegir entre idénticas posibilidades de opción toda vez que ambas partes tienen nacionalidad española y su residencia común fue en Gijón, de modo que no hay vulneración alguna de las normas procesales determinantes de la competencia pues es competente desde luego la jurisdicción española a la que la parte se sometió invocando la nulidad como cuestión nueva en la alzada, sin que la interposición posterior por la parte en Perú de una demanda (en noviembre de 2015) para modificar tales medidas excluye la jurisdicción de los tribunales españoles para resolver la presente demanda de modificación, una vez homologada la sentencia extranjera, ya que es éste en la actualidad el procedimiento adecuado para hacerlo según dispone el art. 45 Ley 29/2015 que cita la parte como infringida, que en realidad no es aplicable al supuesto enjuiciado puesto que entró en vigor tras ser admitida la presente demanda derogando de los arts. 951 a 958 de la anterior LEC, preceptos que no eliminan la competencia de nuestros tribunales para este procedimiento.

SEGUNDO: Sentado lo anterior, nos hallamos ante una demanda de modificación de medidas dictadas en una sentencia firme reconocida en España, que despliega por tanto eficacia de cosa juzgada, por lo que al respecto ha dicho esta Sala de fecha dieciséis julio dos mil nueve (sentencia de 17 febrero 1993 por todas), que los efectos y medidas decretados en la sentencia de separación, nulidad o divorcio (art. 91 in fine Cc), poseen eficacia de cosa juzgada, si bien limitada a la prueba de circunstancias que alteren de forma sustancial o relevante el estado de cosas tenido en cuenta al tiempo de su adopción; prueba que incumbe a quien insta la modificación y ha de ser fehaciente. La existencia de cosa juzgada obliga a mantener las medidas acordadas en tanto no se demuestre cumplidamente la variación, especialmente si las medidas se impusieron en su día por la libre voluntad de las partes, como ocurre en el supuesto examinado, doctrina que la sentencia de instancia ignora ya que modifica las medidas de la sentencia peruana homologada sin fundamentar un cambio de circunstancias, máxime teniendo en cuenta el escaso tiempo en que se dictó aquella (julio de 2014) y la petición de modificación (julio de 2015), y considerando que el estado de cosas existente al tiempo de pactarse el convenio no ha variado: el menor reside en Perú con su madre y la parte demandante en España, datos que tuvieron en cuenta ambos progenitores a la hora de pactar el convenio donde se contiene el régimen de visitas y los alimentos que se intentan modificar. Sentado lo anterior y aunque quepa actuar de oficio en interés del menor, el juez a quo modifica libérrimamente lo postulado por la demanda, dirigida fundamentalmente a pedir la guarda y custodia paterna y subsidiariamente a modificar tan sólo el régimen de las vacaciones de verano sin aludir en la demanda a razones de peso que obliguen a modificar el convenio en fecha tan reciente salvo el deseo del menor de residir con el padre. Renunciada la petición de cambio de custodia, no se motiva en la sentencia ni se esgrime en la demanda ningún hecho que altere el anterior estado de cosas, y obligue a modificar el que viene pactado de mutuo acuerdo y menos aún en la forma propuesta por la recurrida que no coincide con la solicitada, por lo que debe mantenerse aquél ya que nada se ha probado con entidad suficiente y en interés del menor que obligue a su variación. Con mayor razón aún se revoca la

reducción de alimentos que no se fundamenta en la demanda ni en la sentencia se motiva en virtud de un cambio de circunstancias económicas relevantes surgidas con posterioridad al convenio, que obliguen a su revisión, de modo que la demanda se desestima.

[...]

TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO PARA CRÉDITOS NO IMPUGNADOS: REQUISITOS PARA LA CERTIFICACIÓN

2017/89.— Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 16 junio 2016. Asunto C-511/14. Ponente: M. Safjan.

Espacio de libertad, de seguridad y de justicia.— Cooperación judicial en materia civil.— Reglamento (CE) n° 805/2004.— Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.— Art. 3, ap. 1, letra b).— Requisitos para la certificación.— Sentencia dictada en rebeldía.— Concepto de “crédito no impugnado”.— Posibilidad de que el comportamiento procesal de una parte equivalga a una “ausencia de oposición al crédito”.

Normas aplicadas: Art. 3, ap. 1, del Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

[...]

35. *Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se dilucide, en esencia, si, en caso de sentencia dictada en rebeldía, los requisitos para calificar un crédito de “no impugnado” en el sentido del art. 3, ap. 1, párrafo segundo, del Reglamento n° 805/2004 deben ser establecidos por la ley del foro, o bien, fijados de manera autónoma por este Reglamento exclusivamente.*

[...]

40. *Como explica, a este respecto, el considerando 6 del citado Reglamento, la ausencia de impugnación por parte del deudor a que se refiere la letra b) del ap. 1 del art. 3 de dicho Reglamento puede consistir en la incomparecencia en la vista o en la omisión de respuesta a la invitación del órgano jurisdiccional a presentar alegaciones por escrito.*

41. *Por consiguiente, un crédito podrá ser considerado “no impugnado”, en el sentido del art. 3, ap. 1, párrafo segundo, letra b), del Reglamento n° 805/2004, cuando el deudor no se opone a él de ninguna forma, bien porque no contesta a la invitación del órgano jurisdiccional a presentar alegaciones por escrito, bien porque no comparece en la vista.*

42. *Así pues, procede declarar que el hecho de que, conforme al Derecho italiano, una sentencia condenatoria dictada en rebeldía no equivalga a una sentencia condenatoria sobre crédito no impugnado carece de pertinencia en relación con la respuesta que deba darse a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente. El art. 3, ap. 1, párrafo segundo, letra b), del Reglamento n° 805/2004, se remite expresamente a las normas procesales del Estado miembro no para determinar las consecuencias jurídicas que se siguen de la ausencia del deudor en el procedimiento, pues es el propio Reglamento el que regula de manera autónoma tales consecuencias, sino sólo para señalar las vías procesales por las que el deudor podrá oponerse eficazmente al crédito.*

43. *Debe señalarse, en efecto, que el Reglamento n° 805/2004 establece meramente unas garantías procesales mínimas, necesarias para salvaguardar el derecho de defensa del deudor ausente, pero sin entrar a regular todos los aspectos relacionados con la impugnación del crédito, tales como, entre otros, las formalidades del escrito de oposición, los órganos intervinientes en el procedimiento de oposición o los plazos que han de observarse. Por lo tanto, el deudor habrá de formular tal oposición con arreglo a las normas procesales vigentes en cada Estado miembro.*

44. Por otro lado, las normas mínimas aplicables a los procedimientos, a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior de la presente sentencia, enunciadas en el capítulo III del mencionado Reglamento, que, en virtud del art. 6, ap. 1, letra c) de éste, deben ser cumplidas para que una resolución sobre un crédito no impugnado dictada en un Estado miembro pueda ser certificada como título ejecutivo europeo, tienen por objeto garantizar, conforme al considerando 12 del mismo Reglamento, que el deudor esté informado, con el tiempo suficiente y de manera tal que pueda preparar su defensa, por un lado, de la acción judicial ejercitada contra él, así como de los requisitos para su participación activa en los procedimientos para impugnar el crédito de que se trate, y, por otro, de las consecuencias que acarrea su no participación. En el caso concreto de una resolución dictada en rebeldía, en el sentido del art. 3, ap. 1, párrafo segundo, letra b), del Reglamento nº 805/2004, las antedichas normas procesales mínimas están destinadas a garantizar suficientemente la salvaguarda del derecho de defensa.

45. Habida cuenta de todas las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que, en caso de sentencia dictada en rebeldía, los requisitos para calificar un crédito de “no impugnado” en el sentido del art. 3, ap. 1, párrafo segundo, letra b), del Reglamento nº 805/2004 deben ser fijados de manera autónoma por este Reglamento exclusivamente.

[...]

[PEBROS SERVIZI]

Obs.: Vid. M.A. Rodríguez Vázquez, “El concepto autónomo de ‘crédito no impugnado’ del Reglamento sobre el Título Ejecutivo Europeo (STJUE de 16 de junio 2016, asunto C-511/14: Pebros Servizi Srl c. Aston Martin Lagonda Ltd.)”, *La Ley Unión Europea*, nº 40, septiembre 2016

2017/90.— Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 9 marzo 2017. Asunto C-484/15. Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil.— Reglamento (CE) nº 805/2004.— Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.— Condiciones de la certificación como título ejecutivo europeo — Concepto de “órgano jurisdiccional”.— Notario que emite un mandamiento de ejecución en virtud de un “documento auténtico”.— Documento público con fuerza ejecutiva.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

[...]

30. Mediante la primera parte de la cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el Reglamento nº 805/2004 debe interpretarse en el sentido de que, en Croacia, los notarios están comprendidos en el concepto de “órgano jurisdiccional”, a efectos de dicho Reglamento, cuando actúan en el marco competencial que les atribuye el Derecho nacional en los procedimientos de ejecución forzosa en virtud de un “documento auténtico”.

[...]

44. En el caso de autos, ha de recordarse que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley sobre ejecución forzosa, en Croacia, los notarios son competentes para resolver, por medio de mandamientos, sobre las solicitudes de ejecución basadas en documentos auténticos. Una vez notificado el mandamiento de ejecución al demandado, éste puede formular oposición. El notario ante el que se formule dentro de plazo una oposición admisible y motivada contra un mandamiento emitido por éste transmitirá el expediente para su evaluación al órgano jurisdiccional competente, que adoptará una resolución sobre la oposición.

45. De estas disposiciones resulta que el mandamiento de ejecución en virtud de un “documento auténtico” expedido por el notario sólo se notifica al deudor una vez adoptado, sin que se haya comunicado a éste la solicitud presentada ante el notario.

46. Si bien es cierto que el deudor puede formular oposición contra el mandamiento de ejecución expedido por el notario y que parece que el notario ejerce las funciones que se le atribuyen en el procedimiento de ejecución forzosa en virtud de un “documento auténtico” bajo el control del juez, al que el notario debe enviar las eventuales objeciones, no es menos verdad que, en Croacia, el examen por el notario de la solicitud para que se expidan mandamientos de ejecución con tal fundamento no tiene carácter contradictorio.

47. Pues bien, según el art. 12 del Reglamento nº 805/2004, una resolución sobre un crédito no impugnado a efectos de las letras b) o c) del ap. 1 del art. 3 de dicho Reglamento podrá certificarse como título ejecutivo europeo únicamente si los procedimientos judiciales del Estado miembro de origen cumplen las normas mínimas a las que se refiere su capítulo III.

48. El art. 16 del mismo Reglamento, interpretado a la luz de su considerando 12, establece la remisión “debida” de la información al deudor a fin de permitirle preparar su defensa y garantiza, por tanto, el carácter contradictorio del procedimiento que culmina con la emisión del título ejecutivo que puede dar lugar a la expedición de un certificado. Estas normas mínimas materializan la voluntad del legislador de la Unión de velar por que los procedimientos que culminan con la adopción de resoluciones relativas a créditos no impugnados garanticen suficientemente la salvaguarda del derecho de defensa (véase, en este sentido, la sentencia de 16 junio 2016, *Pebros Servizi*, C-511/14, ap. 44).

49. Pues bien, no puede calificarse de contradictorio un procedimiento nacional de adopción de un mandamiento de ejecución sin notificar el escrito de incoación o documento equivalente y sin informar en él al deudor acerca del crédito, que da lugar a que el deudor no tenga conocimiento del crédito reclamado hasta el momento en que se le notifica el mandamiento de ejecución.

50. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera parte de la cuestión prejudicial que el Reglamento nº 805/2004 debe interpretarse en el sentido de que, en Croacia, los notarios no están comprendidos en el concepto de “órgano jurisdiccional”, a efectos de dicho Reglamento, cuando actúan en el marco competencial que les atribuye el Derecho nacional en los procedimientos de ejecución forzosa en virtud de un “documento auténtico”.

[...]

51. Mediante las partes segunda y tercera de la cuestión prejudicial, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en esencia, por un lado, si el Reglamento nº 805/2004 debe interpretarse en el sentido de que cabe certificar como título ejecutivo europeo un mandamiento de ejecución adoptado por un notario, en Croacia, en virtud de un “documento auténtico”, que no ha sido objeto de oposición, y, por otro lado, si dicho Reglamento debe interpretarse en el sentido de que la competencia para la expedición de tal certificado corresponde a los notarios o en el sentido de que esa competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales.

[...]

55. Procede señalar que, aunque en el ordenamiento jurídico croata los notarios estén facultados para redactar documentos públicos con fuerza ejecutiva, no concurre el carácter de crédito no impugnado declarado por un mandamiento de ejecución adoptado en virtud de un “documento auténtico”.

56. En efecto, de conformidad con el considerando 5 del Reglamento nº 805/2004, su art. 3, ap. 1, letra d), establece que los documentos públicos con fuerza ejecutiva sólo podrán certificarse como títulos ejecutivos europeos en la medida en que el deudor haya aceptado expresamente el crédito en ese documento.

57. Pues bien, en el litigio principal, el notario expidió un mandamiento de ejecución en virtud de un “documento auténtico”, concretamente la minuta emitida por el Sr. Zulfikarpašić a raíz de un contrato de asesoramiento y representación, redactada unilateralmente por el abogado. Del contenido del mandamiento de ejecución no resulta que el deudor haya aceptado expresamente el crédito.

58. Por otro lado, la falta de oposición por parte del deudor no puede equipararse a una aceptación expresa del crédito en el sentido del art. 3, ap. 1, letra d), del Reglamento nº 805/2004, puesto que tal aceptación debe figurar en el documento público con fuerza ejecutiva que sea objeto de certificación.

59. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las partes segunda y tercera de la cuestión prejudicial que el Reglamento n° 805/2004 debe interpretarse en el sentido de que no cabe certificar como título ejecutivo europeo un mandamiento de ejecución adoptado por un notario, en Croacia, en virtud de un “documento auténtico”, que no ha sido objeto de oposición, puesto que tal mandamiento de ejecución no se refiere a un crédito no impugnado con arreglo al art. 3, ap. 1, de dicho Reglamento.

[...]

[ZULFIKARPAŠIĆ]

NO ENTREGA AL DEMANDADO REBELDE DE LA CÉDULA DE EMPLAZAMIENTO CON TIEMPO SUFICIENTE

2017/91.— Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 7 julio 2016. Asunto C-70/15. Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil.— Reglamento (CE) n° 44/2001.— Art. 34, punto 2.— Demandado que no comparece.— Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.— Motivos de denegación.— No entrega al demandado rebelde de la cédula de emplazamiento con tiempo suficiente.— Concepto de “recurso”.— Demanda tendente a la exención de la preclusión.— Reglamento (CE) n° 1393/2007.— Art. 19, ap. 4.— Notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales.— Plazo de admisibilidad de la demanda tendente a la exención de la preclusión.

Normas aplicadas: Art. 34, punto 2 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I); art. 19, ap. 4 Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (“notificación y traslado de documentos”) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo.

[...]

31. Mediante su primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el concepto de “[recurso]” que figura en el art. 34, punto 2, del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que también incluye la demanda tendente a la exención de la preclusión cuando haya expirado el plazo para interponer un recurso ordinario.

[...]

42. Procede precisar, más concretamente, que la demanda tendente a la exención de la preclusión tiene por objeto restablecer al demandado rebelde en su derecho a ejercitar una acción judicial una vez expirado el plazo legalmente previsto para ello.

43. Así pues, al igual que la facultad brindada de interponer un recurso ordinario, dicha demanda trata de garantizar el respeto efectivo, con respecto a demandados rebeldes, del derecho de defensa.

44. No obstante, de conformidad con el art. 19, ap. 4, del Reglamento n° 1393/2007, la presentación de una demanda tendente a la exención de la preclusión presupone que el demandado, sin mediar culpa de su parte, no haya tenido conocimiento en tiempo oportuno de la resolución para interponer recurso y que sus alegaciones aparezcan provistas, en principio, de algún fundamento. Además, dicha demanda debe formularse dentro de un plazo razonable.

45. Dado que se reúnen las condiciones establecidas en este sentido en el art. 19, ap. 4, del Reglamento n° 1393/2007 al tener todavía el demandado la posibilidad de solicitar que se restablezca su derecho a interponer un recurso ordinario, no cabe considerar que ya no pueda ejercitar de manera efectiva el derecho de defensa. En estas circunstancias, la presentación de una demanda tendente a la exención de

la preclusión no puede considerarse una nueva actuación que vaya más allá de la diligencia normal en la defensa de los derechos del demandado rebelde.

46. Si éste no alegó su derecho a solicitar la exención de la preclusión cuando pudo hacerlo, dado que se reunían las condiciones mencionadas en el ap. 44 de la presente sentencia, no cabe denegar el reconocimiento de una sentencia dictada contra él en rebeldía sobre la base del art. 34, punto 2, del Reglamento Bruselas I.

47. En cambio, no debe reconocerse una sentencia dictada en rebeldía si el demandado, sin mediar culpa de su parte, presentó una demanda tendente a la exención de la preclusión, que fue posteriormente desestimada, cuando se reunían las condiciones establecidas en el art. 19, ap. 4, del Reglamento nº 1393/2007.

48. Esta solución puede garantizar el respeto del derecho a un proceso equitativo y el justo equilibrio entre, por una parte, la necesidad de que, en principio, se reconozcan y se otorgue la ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro, y, por otra parte, el respeto del derecho de defensa.

49. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el concepto de “[recurso]” que figura en el art. 34, punto 2, del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que también incluye la demanda tendente a la exención de la preclusión cuando haya expirado el plazo para interponer un recurso ordinario.

[...]

50. Mediante su segunda cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el art. 19, ap. 4, último párrafo, del Reglamento nº 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que excluye la aplicación de las disposiciones del Derecho nacional relativas al régimen de las demandas tendentes a la exención de la preclusión si ha expirado el plazo de admisión de tales demandas, tal como se determina en la comunicación de un Estado miembro a la que se refiere dicha disposición.

[...]

56. Pues bien, en el litigio principal no se refuta que el Sr. Domino no tuviera conocimiento de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de París hasta el mes julio 2011, cuando el plazo de un año desde la fecha de dicha sentencia ya había expirado.

57. Por consiguiente, sería contrario al principio de seguridad jurídica y a la obligatoriedad atribuida a los Reglamentos de la Unión interpretar el art. 19, ap. 4, del Reglamento nº 1393/2007 en el sentido de que una demanda tendente a la exención de la preclusión pueda presentarse aún en el plazo establecido por el Derecho nacional, cuando ya no es admisible en virtud de una disposición obligatoria y directamente aplicable de dicho Reglamento.

58. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el art. 19, ap. 4, último párrafo, del Reglamento nº 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que excluye la aplicación de las disposiciones del Derecho nacional relativas al régimen de las demandas tendentes a la exención de la preclusión si ha expirado el plazo de admisión de tales demandas, tal como se determina en la comunicación de un Estado miembro a la que se refiere dicha disposición.

[...]

[LEBEK]

**EL ORDEN PÚBLICO DEL FORO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA EFICACIA
DE LA SENTENCIA NO ES APLICABLE A SITUACIONES DE REBELDÍA
CONSENTIDAS POR EL PROPIO DEMANDADO**

2017/92.— Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 599/2016 de 6 octubre 2016. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. RJ 2016/4774.

Sentencia extranjera: execuátur.— Sentencia dictada por tribunal suizo: notificación de la sentencia en situación de rebeldía del demandado provocada por su mala fe procesal.— Demandado: conocimiento del procedimiento y estuvo legalmente representado, contestando a la demanda y apartándose voluntariamente del mismo.— Comportamiento obstructivo que llevó al cese de su representante legal y a no nombrar, pese a estar informado de las consecuencias derivadas, ningún otro representante legal a efectos de notificaciones del juzgado.— Notificación de la sentencia por reconocer al demandado: deber impuesto por el orden público del foro cuyo cumplimiento se hace necesario para el reconocimiento de la eficacia de la sentencia: no es aplicable a situaciones de rebeldía no sólo consentidas por el propio demandado, sino además articuladas desde su mala fe procesal en el curso del procedimiento.— Execuátur: sí.

Normas aplicadas: Art. 24.1º CE; arts. 26 y 27 Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 30 octubre 2007; arts. 2 y 6.2º Tratado entre España y la Confederación Suiza para facilitar la pronta ejecución de las sentencias o fallos dictados recíprocamente en sus respectivos Estados en materia civil o comercial, de 19 noviembre 1896; art. 30 Ley del cantón de Zúrich sobre el procedimiento civil del 13 junio 1976 (ZPO).

[...] *SEGUNDO*: Execuátur. Reconocimiento judicial de sentencia dictada por Tribunal suizo. *Notificación de la sentencia en situación de rebeldía del demandado provocada por su mala fe procesal. Cuestión de orden público del foro. Determinación del Convenio aplicable: Convenios de Lugano de 1988 o Tratado Hispano– Suizo de 1896. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. El recurrente, al amparo del ordinal tercero del art. 477.2º LEC, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia la oposición o desconocimiento por el auto objeto de recurso de la doctrina jurisprudencial acerca de la vigencia y aplicación, en determinadas materias, del Tratado entre España y Suiza sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial de 19 noviembre 1896 y, por tanto, no derogado el mismo en dichas materias por el Convenio de Lugano de 1988, contrariamente a lo declarado en el fundamento de derecho tercero del auto recurrido que si lo considera derogado en virtud de la regla *lex posterior derogat priori*. En apoyo de su argumentación cita los autos de esta Sala de 8 septiembre 1998, 1 diciembre 1998 y 11 junio 2002.

2. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

Aunque, en principio, no le falta razón al recurrente en su interpretación acerca de la normativa aplicable con relación al Tratado entre el Reino de España y el Consejo Federal de la Confederación Suiza, sobre ejecución recíproca de las sentencias definitivas o firmes en materia civil o comercial, del 19 noviembre 1898 (...), pues a dicha conclusión se llega de la interpretación del art. 56, párrafo primero, en relación con los arts. 1.1º y 55 del propio Convenio de Lugano; no obstante, dicha razón no resulta determinante en el presente caso con arreglo a la siguiente fundamentación.

En primer lugar, y de forma concluyente, porque debe precisarse que si bien esta Sala, en el auto de 10 diciembre 2002, que cita el recurrente, tiene declarado, entre otros extremos que:

“[...] La notificación de la sentencia, aun la recaída en los juicios seguidos en rebeldía del demandado, y fuere cual fuere la calificación de ésta, es una condición que decididamente se integra en el concepto del orden público del foro, y constituye una exigencia impuesta desde el respeto al derecho a la tutela judicial sin indefensión que se plasma en el derecho positivo (cf. 497.2º LEC/2000) cuya finalidad es permitir el acceso a los recursos a quien se ve desfavorecido por la resolución judicial, incluso a aquel que, aun voluntariamente, ha preferido permanecer al margen del proceso. Por ello, desde la perspectiva del reconocimiento de las sentencias extranjeras, semejante exigencia, constitutiva de un principio esencial del ordenamiento identificado con el derecho constitucional que consagra el art. 24.1º CE, se impone necesariamente sobre las previsiones del ordenamiento extranjero y sobre la regularidad de la actuación procesal del tribunal del Estado de origen, cuando dicho ordenamiento exima del deber de notificación al demandado. La notificación de la sentencia por reconocer al demandado se erige, pues, en un deber impuesto por el orden público del foro cuyo cumplimiento se hace necesario para el reconocimiento de

la eficacia de la sentencia, por encima de las disposiciones del ordenamiento del Estado de origen; y en este procedimiento de *execuatur* resulta también determinante la cumplida acreditación del cumplimiento de tal deber, de forma que su falta, o la falta de su oportuna prueba, aboca ineludiblemente al rechazo del reconocimiento y declaración de ejecutividad de la resolución extranjera”.

Sin embargo, dicha declaración, en el sentido general de la misma, resulta aplicable a aquellas situaciones de rebeldía no consentidas por el propio demandado pero, en caso alguno, supuesto del presente caso, puede resultar justificativa de aquellas situaciones de rebeldía no sólo consentidas por el propio demandado, sino además articuladas desde su mala fe procesal en el curso del procedimiento. En este sentido, la interdicción de la mala fe procesal, como proyección de la noción del abuso del derecho constituye, sin duda, un presupuesto que integra preferentemente el concepto de orden público del foro y que impide que el derecho o la pretensión que ha sido realizada, carente de una finalidad honesta y legítima, en perjuicio de tercero, pueda reportar los efectos perseguidos desde una actuación de mala fe de una de las partes.

En el presente caso esta posición de abuso procesal del demandado ha resultado acreditada a lo largo del curso del procedimiento seguido. En esta línea, no sólo tuvo conocimiento de dicho procedimiento, sino que estuvo legalmente representado contestando a la demanda y apartándose voluntariamente del mismo. Todo ello con un comportamiento obstructivo que llevó al cese de su representante legal y a no nombrar, pese a estar informado de las consecuencias derivadas, ningún otro representante legal a efectos de notificaciones del juzgado. Circunstancias que claramente conformaron esta posición de abuso procesal que, como cuestión de orden público del foro, esta Sala debe declarar, con independencia del Convenio o Tratado que finalmente resulte de aplicación, pues ninguno de ellos permite o autoriza su excepción; máxime, cuando los procedimientos seguidos no han reportado ninguna efectiva vulneración del derecho de defensa del demandado. Por lo que el motivo debe ser ya desestimado con arreglo a esta fundamentación.

En segundo lugar, y a mayor abundamiento, de acuerdo con lo alegado por la recurrida en su escrito de oposición, también debe precisarse que, si atendemos al plano formal de la aplicación de la norma, la solución tampoco hubiese variado en orden al reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera. En ese sentido, a tenor del propio Tratado hispano-suizo, la solicitud de ejecución se acompañó de todos los documentos exigidos por dicho tratado (art. 2) y, a su vez, la sentencia suiza se dictó contra parte debidamente citada y representada legalmente en el procedimiento (art. 6.2º del Tratado).

Condición, esta última, que en el fondo concuerda con la función garantista del citado art. 27.2º del Convenio de Lugano (actual art. 34 del Convenio relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, publicado en el DOUE el 21 diciembre 2007), acerca de la necesidad, en los supuestos de rebeldía del demandado, de la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse. Circunstancias plenamente acreditadas en el presente caso.

[...]

EJECUCIÓN FORZOSA DE LAUDO EXTRANJERO

2017/93.— Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Quinta, Auto nº 168/2016 de 21 octubre 2016.
Ponente: Carlos Ercilla Labarta. Roj: AAP CA 344/2016 – ECLI: ES:APCA:2016:344ª. Id Cendoj: 11012370052016200039; JUR 2017/9672.

Competencia judicial para el conocimiento de demanda de *execuatur*.— Resolución (¿arbitral?) dictada en Grecia.— Demandado domiciliado en Grecia.

Normas aplicadas: Art. 52 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis).

1º.- Se plantea en esta apelación la competencia o no del Juzgado de lo Mercantil para el conocimiento de la presente demanda de ejecución, y a este respecto, como bien indica la resolución recurrida, no es de aplicación el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, pues conforme a su art 1: “El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (acta iure imperii). 2. Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento... d) el arbitraje”, por lo cual la normativa reguladora debe concretarse a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, la cual en su art 52 establece que “1. La competencia para conocer de las solicitudes de ejecución corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera”. La parte indica que si bien la competencia principal se establece en base al domicilio del demandado, subsidiariamente se establecen otros fueros competenciales, debiendo rechazarse la alegación efectuada, pues el procedimiento de ejecución está previsto para aquellos supuestos en que deba ejecutarse la resolución fuera del lugar donde se ha dictado la resolución, precisamente, y con carácter general, cuando al ser el demandado no residente en dicho lugar, deba acudir a tribunales extranjeros, donde viva el mismo, para conseguir cumplir lo acordado. En el presente procedimiento el demandado al parecer esta domiciliado en Grecia, por lo cual deberá ejecutarse en dicho país, pudiendo dirigirse dichos órganos jurisdiccionales a los órganos españoles en virtud de solicitudes de cooperación internacional, si ha de procederse en España a realizar algún acto determinado, pero en esencia, es el lugar de domicilio donde debe intentarse la ejecución de lo acordado, pues es en dicho país (Grecia), donde se dictó la resolución y donde reside el demandado, sin que pueda acudir a otros fueros competenciales subsidiarios si puede aplicarse el fuero principal. Pero tampoco de admitirse la competencia se obtendría una mayor rapidez en el procedimiento, pues conforme a la normativa legal, habría de darse traslado al demandado de la pretensión ejercitada, con la consiguiente solicitud de cooperación jurisdiccional con Grecia, lo cual demoraría aún más la tramitación de la causa, por todo lo cual y con desestimación del recurso, es procedente la confirmación de la resolución recurrida, todo ello con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

[...]

PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE EJECUCIÓN DE UNA RESOLUCIÓN EN MATERIA DE ALIMENTOS DIRECTAMENTE A LA AUTORIDAD COMPETENTE DEL ESTADO MIEMBRO DE EJECUCIÓN

2017/94.- Tribunal de Justicia, Sala Sexta, Sentencia de 9 febrero 2017. Asunto C-283/16. Ponente: C.G. Fernlund.

Ejecución de una resolución en un Estado miembro.- Presentación de la solicitud directamente a la autoridad competente del Estado miembro de ejecución.- Reglamento (CE) nº 4/2009.- Art. 41, ap. 1.- Reconocimiento y ejecución de las resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos.- Legislación nacional que obliga a acudir a la autoridad central del Estado miembro de ejecución.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

[...]

25. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si las disposiciones del capítulo IV del Reglamento n° 4/2009 deben interpretarse en el sentido de que un acreedor de alimentos, que ha obtenido una resolución en su favor en un Estado miembro y que desea ejecutarla en otro Estado miembro, puede presentar su solicitud directamente a la autoridad competente, como un tribunal especializado, de este último Estado miembro, o si puede estar obligado a presentar su solicitud a tal autoridad a través de la autoridad central del Estado miembro de ejecución.

[...]

40. De los artículos 51 y 56 del Reglamento n° 4/2009, en relación con los considerandos 31 y 32 de éste, se desprende que la solicitud de ayuda de las autoridades centrales, en virtud de las disposiciones que figuran en el capítulo VII de dicho Reglamento, constituye un derecho y no una obligación. Por consiguiente, es facultativa y sólo se aplica si el acreedor de alimentos desea efectuarla, por ejemplo para superar algunas dificultades particulares, como puede ser la localización del deudor de alimentos.

[...]

44. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que las disposiciones del capítulo IV del Reglamento n° 4/2009, y en particular el art. 41, ap. 1, de este Reglamento, deben interpretarse en el sentido de que un acreedor de alimentos, que ha obtenido una resolución en su favor en un Estado miembro y que desea ejecutarla en otro Estado miembro, puede presentar su solicitud directamente a la autoridad competente —como un tribunal especializado— de este último Estado miembro, y no puede estar obligado a presentar su solicitud a tal autoridad a través de la autoridad central del Estado miembro de ejecución.

[...]

45. La segunda cuestión prejudicial versa sobre las consecuencias para el Estado miembro de ejecución de una respuesta afirmativa a la primera cuestión y tiene por objeto más concretamente que se determine si existe la obligación de establecer un procedimiento o mecanismo que permita acudir directamente a la autoridad competente del Estado miembro de ejecución.

[...]

48. La aplicabilidad directa de un reglamento exige que su entrada en vigor y su aplicación en favor o en contra de los sujetos de Derecho se produzcan sin necesidad de ninguna medida de incorporación al Derecho nacional, salvo que el reglamento de que se trate habilite a los Estados miembros para adoptar ellos mismos las medidas legislativas, reglamentarias, administrativas y financieras necesarias para que las disposiciones del referido reglamento puedan aplicarse efectivamente (sentencia de 14 junio 2012, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers, C-606/10, ap. 72).

49. En el presente asunto, el Reglamento n° 4/2009, aplicable a partir del 18 junio 2011, prevé en su art. 76 la aplicación diferida de sus disposiciones respecto a la fecha de entrada en vigor, el 20 enero 2009. Entre estas dos fechas, correspondía a los Estados miembros modificar eventualmente su Derecho nacional adaptando sus normas procedimentales para evitar cualquier contradicción con el Reglamento n° 4/2009 y, en particular, permitir a los acreedores de alimentos, como la Sra. S., ejercer su derecho a acudir directamente a la autoridad competente del Estado miembro de ejecución, tal como prevé dicho Reglamento.

50. En todo caso, de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solici-

tar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (véanse, en particular, en este sentido, las sentencias de 9 marzo 1978, Simmenthal, 106/77, aps. 21 y 24; de 22 junio 2010, Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, ap. 43, y de 4 junio 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems, C-5/14, ap. 32).

51. En atención a las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que los Estados miembros han de garantizar la plena eficacia del derecho previsto en el art. 41, ap. 1, del Reglamento nº 4/2009 modificando eventualmente sus normas procedimentales. En cualquier caso, incumbe al juez nacional aplicar las disposiciones del citado art. 41, ap. 1, dejando inaplicadas en caso de necesidad las disposiciones contrarias del Derecho nacional, y, por consiguiente, permitir a un acreedor de alimentos presentar su solicitud directamente ante la autoridad competente del Estado miembro de ejecución, incluso si el Derecho nacional no lo prevé.

[...]

[M. S. Y P. S.]

EXECUÁTUR: LEGITIMACIÓN PASIVA

2017/95.— Audiencia Provincial de Alicante, Auto de 10 abril 2017. Ponente: Francisco José Soriano Guzmán. Roj: AAP A 114/2017 – ECLI: ES:APA:2017:114A Id Cendoj: 03014370082017200039. JUR 2017\138537.

Execuátur.— Solicitud de reconocimiento y ejecución de sentencia dictada por tribunal ruso.— Demanda dirigida contra quien no aparece como parte en el procedimiento de origen.— Desestimación.

Normas aplicadas: Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, de 26 octubre 1990; arts. 52 y 54 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

PRIMERO: Desestimaremos el recurso de apelación por motivos distintos de los expresados en el auto recurrido, abordando una cuestión planteada en la primera instancia (y reiterada en trámite de oposición al recurso) sobre la que nada se resolvió en aquél, cual es que la parte frente a la que se pretende obtener el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera no consta que sea la misma condenada por ella.

El procedimiento se ha iniciado en virtud de demanda de reconocimiento y ejecución (execuátur) del Auto de 25 agosto 2014 dictado por el Juzgado Municipal de la ciudad de Ístra (región de Moscú), dirigida contra el condenado en dicha resolución “Segundo”.

El art. 24.7º del Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, firmado en Madrid el 26 octubre 1990, dispone que “El procedimiento de ejecución se regulará por la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio tenga lugar la ejecución de dicha resolución” y, en consecuencia, el art. 52 (“Competencia”, dentro de un capítulo rubricado “Del procedimiento judicial de execuátur”) de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil prevé que dicha demanda se dirija contra “... la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera...”, lo que expresamente se reitera en el art. 54.3º “La demanda se habrá de dirigir contra aquella parte o partes frente a las que se quiera hacer valer la resolución judicial extranjera”.

Como hemos dicho, la demanda se ha dirigido contra “D. Jacobo” y el condenado en el auto moscovita es “Segundo”.

Pues bien, el emplazamiento se ha producido respecto de D. Jacobo, que ha presentado oposición aduciendo que no es él (pese a lo que se mantiene de contrario) la persona condenada en el auto mencionado.

Y, ciertamente, no existe prueba alguna de que lo sea.

De una parte, los nombres son distintos: el condenado, “Segundo”; el interviniente en el presente procedimiento, Jacobo.

De otra parte, que ambos no sean la misma persona parece resultar además del siguiente dato: según comunicación de la Dirección General de la Policía, Segundo carece de nº NIE; sin embargo, la comunicación notarial de D. Antonio Ripoll Soler (que autorizó una compraventa, de fecha 4 junio 2013, de Jacobo) indica que éste tiene el NIE nº (...).

De lo que se colige que el condenado por el Tribunal ruso y la persona contra la que se ha dirigido el procedimiento, y se pretende obtener el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera, no parecen ser los mismos.

Al haberse acumulado por la parte solicitante la demanda de execuátur y la solicitud de ejecución (art. 54.1º, “la demanda de execuátur y la solicitud de ejecución podrán acumularse en el mismo escrito”) y haberse dirigido el procedimiento contra una persona que no se ha probado que sea la misma frente a la que se dictó el auto cuyo reconocimiento y ejecución se pretende, procede confirmar la resolución recurrida, sin necesidad de mayores disquisiciones.

[...]

EXECUÁTUR. COMPETENCIA. INDEFENSIÓN

2017/96.— Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Quinta, Auto de 14 febrero 2017. Ponente: Carlos Augusto García van Isschot. Roj: AAP GC 98/2017 – ECLI: ES:APGC:2017:98A Id Cendoj: 35016370052017200086. JUR 2017\148425.

Execuátur.— Reconocimiento de sentencia dictada en Austria.— Órgano judicial competente para conocer del reconocimiento.— Indefensión en el procedimiento de origen: no.

Normas aplicadas: Art. 34, 35, 39 y 43 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; art. 85 LOPJ.

PRIMERO: En el primer motivo del recurso de apelación cuestiona la recurrente que no cabe otorgar el reconocimiento de título de ejecución al amparo del Reglamento 44/2001 del Consejo de la Unión Europea, de 22 diciembre 2000, “relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” (derogado con efectos desde el 10 enero 2015 por el art. 80 Reglamento nº 1215 /2012 de 12 diciembre 2012) al procedimiento seguido en la República de Austria contra doña Aida por ser la materia allí discutida (deudas entre empresarios por encargo de fabricación de placas electrónicas no retiradas ni pagadas) propia de la competencia objetiva de un Juzgado de Lo Mercantil y estableciendo el art. 39 de dicho Reglamento “1. La solicitud se presentará ante los tribunales o las autoridades competentes indicados en la lista que figura en el anexo II del presente Reglamento”, el cual anexo expresamente establece que el tribunal o autoridades competentes ante el que se presentará las solicitudes a las que se refiere el art. 39 del Reglamento es en España, el Juzgado de Primera Instancia, como en el caso presente sucede en que la solicitud se ha presentado ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente de San Bartolomé de Tirajana, que es además el del territorio donde está domiciliada la señora Aida en el Reino de España.

Precisamente el art 85 LOPJ en su apartado quinto, reformado por la LO 5/2011, de 20 de mayo, “complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado” establece

que los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil:”5. De las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras y de la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal” sin que sea de aplicación el ap. 3 del art. 86 ter sobre competencia de los Juzgados de lo Mercantil para el reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que versen sobre materias de su competencia, pues con arreglo al apartado primero del art 39 en relación con su anexo II de Reglamento 44/2001 del Consejo de la Unión Europea corresponda su conocimiento al Juzgado de Primera Instancia.

SEGUNDO: En el segundo motivo del recurso de apelación interpuesto ante esta Audiencia Provincial contra el reconocimiento de la resolución del tribunal austriaco por la representación procesal de la señora Aida conforme al art. 43 del citado Reglamento 44/2001 junto con su Anexo III y los motivos de los arts. 34 y 35, aduce la recurrente que esa decisión del tribunal centroeuropeo no se debe reconocer al haberse dictado en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiere recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo.

En concreto la recurrente alega que no recibió ni la notificación de la demanda ni de la sentencia que se quiere ejecutar y que no era cierto que se le hubiese comunicado a la demanda el día 21 agosto 2014 pues no se empadronó ante el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana sino a partir octubre 2014 y porque en la documentación aportada al Juzgado de origen no se expresa como se produjo la presunta notificación ora personal ora por edictos ora entregada a un tercero que son medios que la legislación española no admitiría en un procedimiento monitorio.

Mas no es eso lo que se desprende de los documentos auténticos procedentes del Tribunal del Estado miembro de origen el cual hace suyas la fecha del 21 agosto 2014 como de traslado de la cédula de emplazamiento y autorizó una segunda notificación (...) 35100 Las Palomas de Gran Canaria” y como se extrae del escrito presentado por la recurrente ante el Tribunal Regional de Ried im Innkreis en fecha 11 noviembre 2015, se lamenta doña Aida de que le envió a la dirección “...” que es un residencial de 60 apartamentos o bungalows y que ella vive en el nº (...), pero consta que precisa- e igualmente en esa misma dirección del nº (...) de la (...)de San Bartolomé de Tirajana recibió ella personalmente (identificada con su certificado de registro de ciudadana de la Unión Europea con nº NIE (...)) la presente demanda de ejecución, lo que, unido a la correspondencia electrónica del marido de doña Aida don Carlos María, originariamente enviado comunicando la nueva dirección postal y telefónica fija (...) y móvil en la (...), (...), en fecha, ya, del once junio 2014, sobre las 16:15 horas (en el conjunto de documentos aportados también por la parte apelada al folio 75), y del certificado de la oficina central de empadronamiento del Ministerio del Interior de la República de Austria (ZMR) emitido el 17 junio 2014 (...), expresivo de que no había en esa fecha allí datos de empadronamiento de doña Aida, son datos todos que respaldan la aseveración del certificado del citado tribunal austriaco de que la demanda le fue notificada en fecha del 21 agosto 2014, y que dicha demanda fue enviada correctamente al domicilio de la demandada a la isla de Gran Canaria llevándolo a cabo por correo postal certificado con acuse de recibo y por la vía de la comisión rogatoria en asuntos civiles con el Reino de España.

[...]

RECONOCIMIENTO DE SENTENCIA ALEMANA DICTADA EN REBELDÍA DEL DEMANDADO

2017/97.— Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Cuarta, Auto de 2 marzo 2017.
Ponente: María Pilar Fernández Alonso. Roj: AAP IB 73/2017 – ECLI: ES:APIB:2017:73A Id Cendoj: 07040370042017200031. JUR 2017\145679.

Execuátur de sentencia alemana.— Reglamento 44/2001 y Reglamento 1215/2012: ámbito de aplicación temporal.— Sentencia dictada en rebeldía del demandado sin haberle sido entregado la cédula de emplazamiento o documento equivalente.— Reconocimiento: no.

Normas aplicadas: Arts. 34, 35, 43, 54 y 58 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis); Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

PRIMERO: El auto recaído en primera instancia dictó orden general de ejecución de sentencia dictada por el Tribunal Regional de Darmstadt (Alemania) frente a don Leoncio y despachó ejecución contra dicho ejecutado por importe de 41.931,85 euros en concepto de principal, intereses ordinarios y moratorios vencidos, más otros 8000 euros fijados provisionalmente en concepto de interés de ejecución y costas, sin perjuicio de su ulterior liquidación.

Contra la anterior resolución se presentó oposición por el ejecutado al amparo del art 523 LEC considerando aplicable el Reglamento n° 1215/2012 de 12 diciembre la Unión Europea, sobre reconocimiento y ejecución de títulos extranjeros, manteniendo que las resoluciones anteriores al mes enero 2015 como la que nos ocupa, se continuarán rigiendo por el Reglamento 44/2001, considerando infringido el art 34 del mismo, por haber sido dictada en rebeldía sin haber sido emplazado ni tenido conocimiento, ni del juicio, ni de la sentencia dictada.

[...] TERCERO: En el supuesto que nos ocupa, lo cierto es que se han cumplido por la parte que instó la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Regional de Darmstadt (Alemania) frente a don Leoncio con los requisitos formales exigidos en los arts. 54 y 58 del Reglamento 44/2001, acompañando al efecto las certificaciones necesarias emitidas por tal órgano judicial al efecto, de forma que habiéndose recurrido la resolución adoptada por el Juzgador de instancia accediendo a la ejecución de una sentencia dictada por el Tribunal Regional de Darmstadt Alemania, lo que hemos de examinar, teniendo en cuenta los motivos de impugnación alegados contra la misma y concretada la normativa aplicable al supuesto que nos ocupa, es si cabe la posibilidad de ejecutar esta resolución.

Creemos con el recurrente que ello no es posible por cuanto si bien no se exige para el reconocimiento de la ejecutoriedad del título acompañar la cédula de emplazamiento, lo cierto es que cuando el ejecutado alega que no fue emplazado en el estado de origen, y aun cuando aparezca en la certificación librada acompañada como documento 5 a la demanda, que fue emplazado, el ejecutante tiene que acreditar, por facilidad probatoria, que sí lo fue aportando la cédula de emplazamiento.

El Reglamento 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007 relativo a la notificación y traslado en los estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil prevé la forma en que debe hacerse las notificación y emplazamiento y, en este caso no consta que se haya realizado así, por lo que de acuerdo con lo que resulta de la propia certificación de la sentencia, donde figura que ésta fue notificada mediante comunicación pública, esto es de forma virtual o edictal, podemos entender racional y fundadamente que el emplazamiento también lo fue, de suerte que el ejecutado apelante no pudo recurrirla al no tener conocimiento de la misma, ni tampoco del procedimiento, cuando además figura un domicilio del demandado en España, donde fue encontrado en el procedimiento de ejecución que ahora nos ocupa.

CUARTO: De la propia redacción del precepto art 32.2° se deriva un ánimo limitativo de la colaboración judicial entre estados miembros cuando la cédula de emplazamiento o documento equivalente no ha sido entregada de modo personal.

Mas aún, como se decía en precedente resolución de esta Sala, deberá alcanzarse dicha conclusión cuando no conste en autos que el demandado haya tenido noticia del devenir procesal, sin constar tampoco una eventual actitud de éste propiciatoria de la incomparecencia, actitud ésta que, pese a ser pretendida por la parte ejecutante en los presentes autos, lo cierto es que no puede considerarse acreditado en el procedimiento que efectivamente la ejecutada haya realizado a priori una actitud obstruccionista en orden a dificultar un eventual posterior emplazamiento en un futuro proceso civil.

Debe tenerse además presente que el repaso de la Jurisprudencia evidencia una inequívoca tendencia a no conceder el executúr cuando el reconocimiento de los efectos de la sentencia extranjera se pretenda respecto de un proceso del que, por circunstancias ajenas al demandado, éste no tuvo conocimiento directo y personal, y en el que, por lo tanto, no consta en autos que su ausencia se debiera a su propia voluntad o conveniencia. Diferenciado el Tribunal Supremo los posibles tipos de rebeldía en función de las diferentes causas a que obedece la incomparecencia, y así ha distinguido los casos en que el demandado, debidamente citado y emplazado –es decir, regularmente, conforme a la ley rectora del procedimiento, y en tiempo útil para defenderse–, no comparece voluntariamente, ya sea porque no reconoce la competencia del Juez de origen, ya sea porque no le conviene o, simplemente, porque deja transcurrir los plazos para la personación, de aquellos otros en los que la falta de presencia se debe al desconocimiento de la existencia del proceso, tipo de rebeldía éste que por lo que representa para el adecuado respeto de los derechos de defensa, se erige en un obstáculo para el reconocimiento de la sentencia extranjera.

Es por todo ello que procede revocar el otorgamiento de ejecución decretado, al haber sido dictada en rebeldía la sentencia alemana, al no constar entregada cedula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente al condenado en rebeldía, que no ha recurrido la sentencia por no poder hacerlo, al notificarse de forma virtual.

RECURSO DE NULIDAD CONTRA UN AUTO QUE DENEGÓ EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA

2017/98.— Audiencia Provincial de Alicante, Sección Quinta, Auto de 1 junio 2017: Ponente María Teresa Serra Abarca. Roj: AAP A 159/2017 – ECLI: ES:APA:2017:159A Id Cendoj: 03014370052017200103.

Execuátur.— **Recurso de nulidad contra un Auto que denegó el reconocimiento y ejecución solicitados de la sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París.**— Estimación de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la sentencia citada.

Normas aplicadas: Arts. 45.c) y d) y 46 Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis).

PRIMERO: Se solicita por la representación de Don Urbano, D^a. Azucena y SCI Alicante executúr en reconocimiento y ejecución de sentencia dictada el 4 marzo 2014 ante el Tribunal de Gran Instancia de París contra Joaquina, que se desestima por el auto recurrido al apreciar que concurre los supuestos del art 45.c) y d) del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo, decisión a la que se opone en el recurso los demandantes que solicitan la nulidad del auto y que en su lugar se dicte otro que estime la solicitud de reconocimiento y ejecución de la sentencia citada.

SEGUNDO: Pide la nulidad conforme el art 225.3º LEC por infracción de las normas esenciales del procedimiento, citando infringidos los arts. 45 y 46 del citado Reglamento y Disposición Final 25.1º.5ª al dictar el auto de oficio y no a instancia de parte interesada y que se sustanciará conforme la Disposición Final 25.4º LEC por los cauces del juicio verbal.

En cuanto al fondo se opone a la denegación del reconocimiento por considerar que no concurre cosa juzgada porque en el procedimiento francés se pide un derecho de tanteo sobre las participaciones sociales de la SCI Alicante y además es parte Azucena, que no lo era en el procedimiento seguido en primera instancia nº 2 de Elda. Procede resolver en primer lugar la nulidad instada en el recurso, pues su estimación haría innecesario cuestionar los motivos sobre el fondo. Examinados los preceptos aplicables al caso de autos tiene razón el recurrente que la resolución infringe los preceptos citados, infracción que produce indefensión a las partes que no han tenido oportunidad de pronunciarse en la ejecución instada de la sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París, sobre los extremos señalados por el juez a quo por los que deniega la ejecución de la sentencia extranjera con cita del art. 45 del Reglamento 1215/12 del Parlamento Europeo, donde expresamente se recoge que la denegación se hará “A petición de parte interesada”, y así se reitera en el art. 46 que señala “la ejecución de una resolución se denegará, a petición de la persona contra la que se haya instado la ejecución, por cualquiera de los motivos mencionados en el art. 45”. Por lo expuesto se estima el recurso y se declara nulo el auto dictado, con base a lo dispuesto en el art. 225.3º LEC, salvo que concurra otra causa que lo impida, se despache ejecución, sin perjuicio de la oposición que pueda formular la ejecutada.

TERCERO: En consecuencia con lo expuesto, procede la estimación del recurso y revocación del auto de instancia, con el pronunciamiento sobre costas que se deriva de la aplicación de los arts. 398.1º y 394 LEC

RESPONSABILIDAD

TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA

2017/99.— Audiencia Provincial de León, Sección 1ª Sentencia nº 226/2016 de 11 julio 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D Ricardo Rodríguez López. JUR 2016/201901.

Transporte internacional de mercancías por carretera.— Desaparición de la mercancía producida durante la carga y el traslado de la mercancía: riesgo cubierto.— Culpa *in eligendo* de la transportista al no realizar ningún tipo de comprobación de la fiabilidad de la empresa que subcontrató.— Convenio CMR.— Prescripción.— Seguro.— Indemnización.

Normas aplicadas: Arts. 29 y 32 Convenio de Ginebra, sobre transporte internacional de mercancías por carretera, de 19 mayo 1956 (CMR); art. 20 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; arts. 2 y 6.1º de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías; arts. 1.254, 1.256, 1.157, 1.124 y 1.183 Cc.

PRIMERO: Delimitación del objeto de los recursos de apelación.

La sentencia recurrida estima en parte la demanda presentada y condena a la transportista a indemnizar a la demandante en la suma de 140.234,08 en concepto de daños y perjuicios derivados de la mercancía perdida, y condena a cada una de las dos aseguradoras demandadas, con responsabilidad solidaria respecto de su asegurada, al pago de la mitad de la suma indicada.

A) Recurso de apelación interpuesto por Helvetia Compañía Suiza S.A. de Seguros y Reaseguros.

1.— Infracción procesal por vulneración de lo dispuesto en el art. 144 LEC: aportación de documento en idioma extranjero sin traducción.

2.— Inexistencia de cobertura: el riesgo asegurado es la pérdida de la mercancía con ocasión y a consecuencia del transporte, sin embargo, en el caso concreto, “(L)o ocurrido en el presente siniestro es simple y llanamente una estafa ocurrida en los almacenes del cargador por parte de unos delincuentes

que nunca formaron parte del contrato de transporte “ (lo entrecomillado reproduce una frase contenida en la página 8 del recurso).

3.– Exclusión de cobertura: infidelidad del personal dependiente del tomador del seguro o asegurado. El apoderamiento de la mercancía tuvo lugar por la actuación de alguien que dependía de la tomadora del seguro y asegurada: el camionero de Asko Truck a quien se encomendó el transporte.

4.– Incongruencia: infracción de los arts. 216, 218, 400 y 412 LEC. En la demanda inicial de las actuaciones no se alegó dolo por parte de Transleon, y, sin embargo, la sentencia se funda en él para aplicar el plazo de 3 años de prescripción previsto en el art. 32 del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, al que España se adhirió por Instrumento de Adhesión publicado en el BOE 7.5.1974.

5.– Infracción de lo dispuesto en el art. 32 del Convenio CMR.

5.1.– El plazo de prescripción aplicable es el de un año, conforme a lo alegado en la demanda.

5.2.– No existió conducta dolosa por parte de Transleon: la sentencia recurrida traslada a aquella las consecuencias de la actuación dolosa de quien se encargó del transporte.

6.– Inexistencia de responsabilidad de Transleon: actuó con toda la diligencia exigible al elegir a través de una bolsa de carga a Asko Truck, que disponía de licencia comunitaria para el desarrollo de la actividad y tenía contratada póliza de seguros con Generali Slovensko.

7.– Falta de acreditación de los daños reclamados.

7.1.– Falta de fundamento de la determinación y cuantificación del daño sobre la base de un documento no admisible (documentos no traducidos).

7.2.– Falta de explicación acerca de los criterios empleados para la determinación y cuantificación.

7.3.– Indeterminación del precio del cobre.

7.4.– Improcedencia del beneficio: “Dado que existía flexibilidad en las fechas de entrega del cobre, era evidente que RMD podía haber cumplido el contrato [...] el envío frustrado fue suplido por otro posterior, por lo que el contrato se cumplió y RMD obtuvo el beneficio que esperaba de su operación “ (lo entrecomillado es transcripción parcial de la página 27 del recurso).

7.5.– Improcedente cuantificación del perjuicio: existe una incertidumbre acerca de la concreta cuantía del daño, y no es correcto fijar la cuantía sobre la base de una documentación unilateralmente confeccionada por la cargadora.

8.– Concurrencia de seguros: en la alegación sexta del recurso de apelación se alude a ella, pero no para impugnar la sentencia en cuanto al correspondiente pronunciamiento, sino para determinar la responsabilidad de la aseguradora codemandada.

B) Recurso de apelación interpuesto por Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (en adelante, Allianz).

1.– Error en la imputación de responsabilidad derivada de ilícito penal por parte de quien no ha sido autor del hecho punible.

2.– Inexistencia de cobertura por parte de Allianz.

3.– Improcedencia del recargo por mora del art. 20 LCS.

SEGUNDO: Recurso de apelación interpuesto por Helvetia Compañía Suiza.

[...]

2.– Inexistencia de cobertura: el riesgo asegurado es la pérdida de la mercancía con ocasión y a consecuencia del transporte, sin embargo, en el caso concreto, “(L)o ocurrido en el presente siniestro es simple y llanamente una estafa ocurrida en los almacenes del cargador por parte de unos delincuentes que nunca formaron parte del contrato de transporte” (lo entrecomillado reproduce una frase contenida en la página 8 del recurso).

Tal y como se indica en la demanda, y se reconoce por la demandada, existen dos coberturas contratadas: robo (se identifica como póliza V4T0000099) y de responsabilidad civil del transportista (se

identifica como póliza V4T0000100). La acción ejercitada no se ampara en el robo de la mercancía, por lo que no tiene sentido entrar a analizar si el acto ilícito que dio lugar a la sustracción fue una estafa, una apropiación indebida o un robo. La acción se ejercita con base en la cobertura ofrecida en la póliza V4T0000100, en cuyo art. 1 se delimita como riesgo cubierto “la desaparición de las mercancías aseguradas, con ocasión y a consecuencia de su transporte”. Y aunque en el recurso de apelación ya nada se indica acerca de las causas de exclusión, como se indica en la sentencia recurrida, no son de aplicación porque ni se trata de “daños causados dolosamente o con temeridad manifiesta por el tomador del seguro, sus representantes legales, apoderados o jefes de sucursales, dado que la pérdida se debe a la apropiación indebida de una empresa subcontratada, razón por la que no puede resultar de aplicación además la cláusula de exclusión por infidelidad del personal dependiente...” (sobre este último inciso se matizará algo más en otro apartado posterior).

En el recurso de apelación se cuestiona que la pérdida se produjera “con ocasión y a consecuencia del transporte”, pero no podemos compartir esa afirmación porque la cobertura no se ofrece por los actos que dan lugar a la desaparición (en este caso un apoderamiento de desarrollo incierto, pero que pudiera haber sido organizado antes incluso de la carga de la mercancía). Con independencia de cuál fuera la intencionalidad de quienes pudieran haber sustraído la mercancía, lo cierto es que acceden a ella como consecuencia de actos vinculados al transporte; la desaparición de la mercancía no se produce hasta que no se carga la mercancía, por lo que la pérdida tiene lugar cuando se verifica el transporte, sin que la mercancía llegue a su destino.

La redacción de la cláusula delimitadora del riesgo no contiene excepción alguna a cómo pueda haberse producido la pérdida de la mercancía, y se limita a establecer un requisito objetivo: que la pérdida tenga lugar “con ocasión y a consecuencia de su transporte”. Y es obvio que, en este caso, que la sustracción se produce cuando se carga y se traslada la mercancía; con independencia de cuándo pudiera haber surgido la idea de apropiarse de ella. Llegados a este punto precisamos, no obstante, que tampoco existe dato alguno que permita suponer la existencia de un plan previo, e incluso existe una casi total incertidumbre acerca del destino final de la mercancía y de cómo se pudo desarrollar la presumible sustracción.

La descripción del riesgo contenida en el artículo primero de las condiciones generales tiene su justa correspondencia con lo indicado en las condiciones particulares, en las que, en el apartado “Descripción de la garantía” se remite a las responsabilidades previstas en el Convenio de 19 mayo 1956 relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, conocido como CMR: “Las garantías de este contrato quedan sujetas al Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)”. Y entre las responsabilidades del transportista se encuentra la de la entrega de la mercancía, que tiene carácter objetivo (art. 17.1º CMR), y con las únicas excepciones previstas en el ap. 2 del citado artículo. La única que podría invocarse en este procedimiento es la referida a “circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir”, pero ya en la sentencia recurrida se expone la falta de previsión y diligencia de la transportista cuando dice: “Efectivamente, el legal representante de la demandada manifestaba en su interrogatorio que nunca había contratado con anterioridad con Asko Truck, y que de hecho en los transportes realizados con anterioridad para RMD utilizaba sus propios vehículos. Asimismo, afirmaba que la selección de aquella empresa la llevó a cabo mediante una “bolsa de carga” consistente en una aplicación informática gestionada, como de hecho afirmaba en la vista, por una entidad privada, en definitiva, sin las menores garantías de fiabilidad. Y la mayor evidencia de la inadecuación del método empleado es que el representante de la demandada afirmaba que tras el incidente objeto de autos no ha vuelto a utilizarlo, y que adopta mayores cautelas con el fin de evitar otro incidente similar “. Se deja con ello claro que la transportista encomendó un porte sin ningún tipo de comprobación acerca de la fiabilidad de la subcontratada, sin que una “bolsa de carga” sea algo más que un instrumento para identificar empresas, por lo que la culpa in eligendo es evidente; máxime en relación con el porte de una mercancía de un elevado valor.

3.– *Exclusión de cobertura: infidelidad del personal dependiente del tomador del seguro o asegurado.* El apoderamiento de la mercancía tuvo lugar por la actuación de alguien que dependía de la tomadora del seguro y asegurada: el camionero de Asko Truck a quien se encomendó el transporte.

También se da cumplida respuesta al motivo de impugnación en la sentencia recurrida: “la pérdida se debe a la apropiación indebida de una empresa subcontratada, razón por la que no puede resultar de aplicación además la cláusula de exclusión por infidelidad del personal dependiente invocada en la contestación”. En primer lugar conviene destacar que la exclusión a la que se alude por la recurrente es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, porque no define ni delimita el riesgo, sino que vincula la cobertura a una conducta concreta: infidelidad del personal dependiente. Y como cláusula limitativa ni aparece aceptada expresamente por el asegurado ni tampoco aparece destacada, por lo que carecería de eficacia (art. 3 LCS). Pero es que, además, en modo alguno se puede considerar que el personal de una empresa subcontratada sea dependiente de la contratista. La subcontratación de un porte, con carácter general y, en concreto, en este caso, otorga a la subcontratista una función de dirección autónoma no sujeta a control ni supervisión por parte de la contratista, que se limita a encargar un porte, cargar la mercancía y designar el lugar de entrega y un plazo, junto con alguna que otra exigencia circunstancial. Pero no existe ningún tipo de dependencia entre las empresas: una cosa es el vínculo contractual y otra que el encargo realizado sea supervisado y controlado por una de las contratantes. En este caso, además, la falta de control y el desinterés por parte de la transportista fue absoluto, ya que se limitó a cargar la mercancía y contratar su porte; precisamente ese interés es el que motivó la fácil apropiación de la mercancía que impidió que llegara a su destino.

4.– *Incongruencia: infracción de los arts. 216, 218, 400 y 412 LEC.* En la demanda inicial de las actuaciones no se alegó dolo por parte de Transleon, y, sin embargo, la sentencia se funda en él para aplicar el plazo de 3 años de prescripción previsto en el art. 32 del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, al que España se adhirió por Instrumento de Adhesión publicado en el BOE 7.5.1974.

En el art. 32.1º del Convenio CMR se contempla un plazo largo de prescripción para el supuesto de “dolo o de culpa equivalente a dolo”. Es la parte apelante la que introduce la excepción de prescripción, por lo que no puede articularse en la demanda la calificación de la culpabilidad que da lugar al incumplimiento. En la demanda se alega el incumplimiento y se exponen los hechos en los que se funda el incumplimiento, y en el párrafo segundo de su página 14 se alude a la responsabilidad contractual de quienes en el cumplimiento de sus obligaciones “incurrieren en dolo, negligencia o morosidad”, con lo que alude, de modo general, al incumplimiento culpable y deja abierta la vía al comportamiento doloso o gravemente culposo. Además, invoca la doctrina de los actos propios por referencia a “los hechos reconocidos en el acto de conciliación” (párrafo segundo de la página 15).

Es la apelante la que introduce la prescripción como causa de oposición a la demanda, y la prescripción responde a un principio de seguridad jurídica que no supone extinción del derecho, sino de la acción. Al ser la apelante la que alega la prescripción, es ella quien abre el debate sobre los presupuestos en los que fundarla y pueden las demás partes cuestionarlos en el sentido más amplio: proponer prueba sobre los presupuestos de la prescripción y su correspondiente valoración.

Por ello, tanto si la demandante alegó un incumplimiento doloso como si no lo alegó, se puede introducir en el debate la controversia al respecto porque es la demandada la que amplía el ámbito del contencioso en relación con esa cuestión, y la norma contempla dos supuestos: el plazo general de un año y el especial de tres. En relación con ellos pueden las partes formular alegaciones y prueba, y el Juez que dicta la sentencia ha de tener en cuenta los hechos acreditados y valorarlos.

En definitiva: el presupuesto de conducta dolosa o gravemente culposa no resulta de hechos no alegados, sino de la valoración de los que sí lo fueron, por lo que no se produce incongruencia alguna.

5.– *Infracción de lo dispuesto en el art. 32.3º Convenio CMR.*

5.1.– *El plazo de prescripción aplicable es el de un año, conforme a lo alegado en la demanda.*

En la demanda, como se ha indicado, no se alega más que el incumplimiento, sin valorar si resulta de dolo, culpa grave, o mera negligencia. Es la parte apelante la que, al contestar a la demanda, introduce

la cuestión de la prescripción y, por ello, abre la controversia al respecto y el deber del tribunal de resolver sobre ella aplicando uno de los dos plazos previstos en el art. 32.1º Convenio CMR. Al ser la parte demandada la que plantea la cuestión el tribunal ha de valorar si ha de aplicar la norma general o la especial, y para ello ha de tener en cuenta las circunstancias concurrentes para establecer si la transportista obró con dolo o culpa grave.

5.2.— No existió conducta dolosa por parte de Transleon; la sentencia recurrida traslada a aquella las consecuencias de la actuación dolosa de quien se encargó del transporte.

No podemos compartir la anterior información, que introducimos como motivo de apelación alegado por Helvetia. En la sentencia recurrida se dice que “el transportista responderá de todas las personas a cuyo servicio recurra para la ejecución del transporte, lo que supone una atribución de responsabilidad objetiva por culpa in eligendo que no admite prueba en contrario de su diligencia”. Y después dice: “el art. 29 del Convenio CMR establece que el transportista no podrá pretender la exclusión de responsabilidad en caso de dolo no solo propio, sino también de “cualesquiera otras personas a las que el transportista haya recurrido para la realización del transporte”.

Tal y como se indica en el art. 29.2º Convenio CMR, el transportista ha de responder de aquellas personas a las que recurre para la realización del transporte. Este mandato general abarca tanto a aquellas personas que estén vinculadas o mantengan dependencia respecto del transportista como a todas aquellas a las que pueda recurrir para realizar el transporte. En este caso, la transportista recurrió a otra empresa para subcontratar el porte, por lo que se han de situar en el mismo plano de responsabilidad la transportista y la empresa a la que esta recurrió para realizar el transporte: si esta es responsable de la pérdida de la mercancía por conducta dolosa este mismo grado de culpabilidad es atribuible a la transportista.

A esta proyección de responsabilidad añadimos que le culpa in eligendo de la transportista se ha de calificar de gravemente culposa, al no realizar ningún tipo de comprobación de la fiabilidad de la empresa que subcontrató, dejándose guiar solo por estar incluida en la “bolsa de carga” que, como se indica en la sentencia recurrida “es una aplicación informática gestionada, como de hecho afirmaba en la vista, por una entidad privada, en definitiva, sin las menores garantías de fiabilidad”. Si la cargadora confió en la transportista, esta confianza debe de ser gestionada con un alto grado de control por parte de la transportista que, como consta en autos, se limitó a encargar el transporte a una empresa desconocida, sin verificar credenciales, experiencia y solvencia profesional; todo lo cual se tradujo, como así sucedió, en la entrega de la mercancía a quienes presumiblemente se apoderaron de la carga, que no llegó a su destino.

[...]

TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

2017/100.— Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, Sección Segunda, Sentencia nº 242/2916, de 4 octubre 2016. Ponente: Dª Olga Ahedo Peña. TOL5.915.229.

Transporte aéreo.— Responsabilidad del transportista.— Pérdida de una maleta.— Convenio de Montreal: “préjudice” y “dommage”.— Responsabilidad contractual.— Responsabilidad objetiva.— Restitución.— Daños morales.

Normas aplicadas: Arts. 17 y 22 Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, de 28 mayo 1999; art. 3.1º Reglamento (CE) nº 2027/97 del Consejo, de 9 octubre 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

PRIMERO: Pretensión de la actora y hechos en que se funda La demandante reclama a Gorenditrans, S.L., (MRW) la cantidad total de 1.450 €, en concepto de daños materiales y morales derivados del extravío de los enseres cuyo transporte aéreo a Illinois contrató con la demandada.

Alega la actora que el 16 diciembre 2014 contrató con la demandada, por un precio de 87 €, el transporte de una maleta desde Las Arenas (Getxo– Bizkaia) a Illinois, y que la maleta no llegó a su destino.

Explica la demandante que la maleta, que pesaba 19 Kg, contenía enseres de su hija, que estudia en Estados Unidos, así como regalos para su “familia americana”, remitiéndose en la fecha dicha con el objeto de que llegara a su destino antes de Nochebuena. Valora la demandante los enseres en la cantidad de 1.283,89 € y por ello reclama el máximo previsto en dicha fecha en el Convenio de Montreal, además de 250 € en concepto de daños morales derivados de la angustia, ansiedad e impotencia sufrida por la demandante al ver que su hija no recibía la maleta con enseres necesarios para pasar una larga temporada, además de los regalos adquiridos para la “familia americana”.

SEGUNDO: Legislación y jurisprudencia aplicables. La normativa aplicable viene constituida por el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal de 28 mayo 1999

Art. 22, bajo el título “Límites de responsabilidad respecto al retraso, el equipaje y la carga”, dispone en su ap. 3 que “En el transporte de carga, la responsabilidad del transportista en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso se limita a una suma de 17 derechos especiales de giro por kilogramo, a menos que el expedidor haya hecho al transportista, al entregarle el bulto, una declaración especial del valor de la entrega de éste en el lugar de destino, y haya pagado una suma suplementaria, si hay lugar a ello. En este caso, el transportista estará obligado a pagar una suma que no excederá del importe de la suma declarada, a menos que pruebe que este importe es superior al valor real de la entrega en el lugar de destino para el expedidor” Dicho límite, actualmente 23,62 derechos especiales de giro (DEG), incluye tanto el daño material como el daño moral, tal y como se desprende de la STJUE 1ª 16 mayo 2010, sentencia: 62009J0063, recurso: C–63/09 : “...”.

TERCERO: Resolución. La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso, en el que no hizo la actora “especial declaración de valor” con abono de la correspondiente suma suplementaria (art 22.3º del Convenio de Montreal), conduce a reconocer a aquélla una indemnización de 448,78 € (19 kg de peso de la maleta por 23,62 DEG) en concepto de daños materiales y morales.

Asimismo, en virtud de los dispuesto en el art. 1101 Cc, sobre responsabilidad contractual, y en el art. 1124 Cc, sobre cumplimiento o resolución de las obligaciones recíprocas, no habiendo cumplido la demandada la prestación a que se obligó deberá restituir a la actora el precio del contrato (87 €), concepto éste independiente de los daños materiales a que se refiere el Convenio de Montreal.

En consecuencia, deberá ser indemnizada la demandada en la cantidad total de 535,78 €.

2017/101.– Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vitoria–Gasteiz, Sentencia de 2 mayo 2017.
Ponente: María Teresa Trinidad Santos. Roj: SJPI 406/2017 – ECLI: ES:JPI:2017:406 Id Cendoj: 01059420072017100072.

Transporte aéreo.– Responsabilidad del transportista.– Retraso en la entrega de una maleta.– Convenio de Montreal.

Normas aplicadas: Art. 1, 19, 22 y 24 Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, de 28 mayo 1999; art. 3 Reglamento 2027/1997/CE, del Consejo, de 9 octubre 1997, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

PRIMERO: Los demandantes ejercitan acción de reclamación de cantidad con fundamento en el incumplimiento del contrato de transporte aéreo por parte de la compañía aérea, exactamente por retraso en la entrega del equipaje. [...]

SEGUNDO. Hechos.

Se acredita documentalmente que: Los demandantes contrataron con la demandada un transporte aéreo para viajar desde Madrid a Malta y después a Sicilia, con salida de España el día 30 julio 2016 y

vuelta el 16 agosto 2016. Exactamente viajaron desde Madrid a Catania (Malta) el día 30 julio.2016, con una única maleta para la familia, siendo la hija menor de edad (...).

Al llegar al primer destino, la maleta embarcada no fue entregada a los demandantes, realizando la correspondiente reclamación (...). Los días siguientes los demandantes hicieron varias reclamaciones por escrito (...). Finalmente el día 8 agosto 2016 los demandantes consiguen localizar la maleta en el mismo aeropuerto de Catania. Por tanto, los demandantes se vieron privados de la única maleta que recogía todos los enseres y ropa precisos para disfrutar de sus 10 primeros días de vacaciones.

TERCERO: Establece el art. 19 Convenio de Montreal: El transportista es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, equipaje o carga. Sin embargo, el transportista no será responsable del daño ocasionado por retraso si prueba que él y sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y a otros, adoptar dichas medidas.

Por su parte, en relación a la limitación del quantum indemnizatorio, dispone el art. 22.2º Convenio Montreal: En el transporte de equipaje, la responsabilidad del transportista en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso se limita a 1.000 derechos especiales de giro por pasajero a menos que el pasajero haya hecho al transportista, al entregarle el equipaje facturado, una declaración especial del valor de la entrega de éste en el lugar de destino, y haya pagado una suma suplementaria, si hay lugar a ello.

En este caso, el transportista estará obligado a pagar una suma que no excederá del importe de la suma declarada, a menos que pruebe que este importe es superior al valor real de la entrega en el lugar de destino para el pasajero.

Dicho límite ha sido revisado por la Organización de Aviación Civil Internacional, conforme a lo dispuesto en el art. 24 del citado Convenio, con efecto desde el 30 de diciembre de 2009, lo que ha dado lugar a la modificación de los requisitos mínimos de seguro establecidos para las compañías aéreas respecto a la responsabilidad por los pasajeros, equipaje y carga –Reglamento (UE) nº 285/2010–. En concreto, ha sido incrementado a 1.131 DEG (BOE 17.12. 2010).

Debe tenerse en cuenta que la STJUE 3ª 6 mayo 2010, declara que el término “daño”, subyacente al art. 22, ap. 2 Convenio Montreal, que fija el límite de responsabilidad del transportista aéreo por el daño resultante, en particular, de la pérdida de equipaje, debe interpretarse en el sentido de que incluye tanto el daño material como el moral.

La existencia de topes cuantitativos de responsabilidad en este ámbito supone una constante en la normativa del transporte aéreo que responde a la realidad económica del mercado y a la necesidad de garantizar una proporcionalidad en este sector, en el que se produce un tráfico en masa, entre las tarifas que se cobran y los riesgos que se asumen, y se esté o no de acuerdo con su conveniencia o, si se quiere, de su injusticia, es un asunto que no cabe someter a discusión por tratarse de lege data.

Pero ciertamente se trata de límites máximos que no cabe aplicar automáticamente, sin un mínimo esfuerzo probatorio siquiera indicando y probando bien el objeto y duración del viaje, enseres adquiridos en sustitución de los que se llevaban en la maleta extraviada. en fin, una mínima argumentación y actividad probatoria por parte del demandante. En esta materia prueba del contenido de las maletas– la SAP Madrid 28 21 abril 2014 , dice: “...”.

CUARTO: Se reclaman en nuestro caso 1990 euros por el retraso de 10 días en la entrega de una maleta. No se aporta justificante o documento que acredite el gasto incurrido en la reposición de los objetos transportados en la maleta o los estrictamente necesarios para superar esos 10 primeros días de vacaciones, luego habrá que entender que se reclama la suma indicada en concepto de daño moral.

Debe tenerse en cuenta que se trata de una única maleta pero que albergaba la ropa y enseres necesarios para una estancia en país extranjero de una familia de tres miembros, incluida una menor. Por tanto, se trata de una reclamación por persona de 663,33 euros. Tal como indica la AP de Madrid, en Sentencia de 26 enero 2011, “las acciones indemnizatorias y el correspondiente límite de la indemnización dependen del número de pasajeros perjudicados por la pérdida del equipaje, no del número de bultos o de que el equipaje sea o no compartido”. Por tanto, en ningún caso superaría el importe reclamado el

límite máximo previsto en el Convenio de Montreal de 1131 DEG (equivalentes hoy a 1412,90 euros) por persona.

[...]

Atendiendo a criterios de razonabilidad, la privación de toda la ropa y enseres que puede llevarse en una maleta de viaje para toda una familia, durante 10 días, en las vacaciones estivales, no precisa de especial y específica argumentación, pues resulta razonable suponer que en la misma se contiene todo lo necesario para vivir y disfrutar de la estancia fuera y lejos del domicilio. Es decir, aún sin prueba del contenido de la maleta, que ya se ha dicho debe basarse en criterios de normalidad o razonabilidad, y aún sin prueba de los elementos que tuvieran que adquirir en su sustitución, pues resulta razonable suponer que una familia de tres miembros, menor incluida, no puede sobrevivir diez días con lo que lleva encima en un viaje *¿equipaje de mano—*, estimo ajustada a Derecho una indemnización de 300 euros por persona, teniendo en cuenta, insisto de que se trata de la indemnización del daño psíquico o moral y no material, no justificado. No se trata de la pérdida definitiva de la maleta, sino de un retraso en la entrega de 10 días, 10 días tras los cuales, previa recuperación de la maleta, la familia pudo continuar con sus vacaciones se que prolongaron otros 8 días más.

Por tanto, la demanda se estima parcialmente, condenando a la entidad demandada a abonar a los demandantes la suma de 900 euros. A dicha cantidad deben añadirse los intereses moratorios ordinarios, que conforme al art. 1100 y 1108 Cc consisten en el interés legal del dinero desde la intimación judicial, es decir, desde la interposición de la demanda el 15.9.2016 hasta el completo pago, sin perjuicio de verse incrementado en dos puntos el interés legal desde la fecha de la presente sentencia.

2017/102.— Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vitoria Gasteiz, Sentencia de 8 mayo 2017. Magistrada: María Teresa Trinidad Santos. Roj: SJPI 409/2017 – ECLI: ES:JPI:2017:409 Id Cendoj: 01059420072017100075.

Transporte aéreo internacional de personas.— Padecimiento psíquico indemnizable por un retraso de más de 17 horas derivado del incumplimiento de un contrato de transporte aéreo: apreciación.

Normas aplicables: Arts. 19, 20 y 22 Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, de 28 mayo 1999.

[...]

La demandante contrató con Air China (compañía aérea no comunitaria) un transporte desde Bangkok a España, con destino Madrid y escala en Pekín. El vuelo de Bangkok (...) debía salir a las 16:55 horas del 19 noviembre 2016, con llegada a Beijing a las 22:30 horas. El vuelo de Beijing con destino a Madrid (...) salía a las 00:05 horas del 20 noviembre 2016, con llegada prevista a las 05: 55 horas (...). Sin embargo el primer vuelo se retrasó 383 minutos (6 horas y media), doc. 3, con lo que se perdió la conexión a Madrid. La compañía aérea, asumiendo la responsabilidad en la pérdida, facilitó a la pasajera un transporte alternativo, consistente en volar de Pekín a Bilbao, con escala en Frankfurt, de manera que finalmente llegó a Bilbao a las 23:05 horas del día 20 noviembre 2016, es decir, tuvo que volar a Bilbao, en lugar del destino inicialmente previsto (Madrid) y llegó con más de 17 horas de retraso (de las 05: 55 horas a las 23:05 horas) (...).

TERCERO: Debe partirse en este caso de que no es aplicable el Reglamento 261/2004/ CE. Se trata de un vuelo que parte de un Estado no miembro de la UE (Tailandia) y la compañía aérea no es comunitaria (Air China). Conforme a su art. 3 el Reglamento es de aplicación: a) a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado; b) a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en un tercer país con destino a otro situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese tercer país, cuando el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo en cuestión sea un transportista comunitario.

La Ley de Navegación Aérea de 21 julio 1960 se limita a disponer que “cuando el viaje se suspenda o retrase por causa de fuerza mayor o razones meteorológicas que afecten a la seguridad del mismo, el transportista quedará liberado de responsabilidad devolviendo el precio del billete”.

En el Convenio de Montreal, el art. 19 dispone que “el transportista es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de pasajeros, equipaje o carga. Sin embargo, el transportista no será responsable del daño ocasionado por retraso si prueba que él y sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y a otros, adoptar dichas medidas”. Por su parte, el art. 20, en la parte que aquí interesa, señala que si el transportista prueba que la negligencia u otra acción u omisión indebida de la persona que pide indemnización, o de la persona de la que proviene su derecho, causó el daño o contribuyó a él, el transportista quedará exonerado, total o parcialmente, de su responsabilidad con respecto al reclamante, en la medida en que esta negligencia u otra acción u omisión indebida haya causado el daño o contribuido a él.

La demandada señala como causa del retraso una avería técnica. Al margen de que tal afirmación no tiene sustento probatorio, pues el documento que aporta es indiscutible, en relación a la causa de fuerza mayor se ha de traer a colación la STJCE 4ª 19 noviembre 2009 que, aunque referida al art. 5 del Reglamento comunitario, pone de manifiesto que: “el concepto de “circunstancias extraordinarias” no se aplica a un problema técnico surgido en una aeronave que provoque la cancelación o el retraso de un vuelo, a menos que este problema se derive de acontecimientos que, por su naturaleza o por su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo de que se trate y escapen al control efectivo de dicho transportista”.

El concepto de “circunstancias extraordinarias” al que hace referencia el art. 5.3º. del Reglamento europeo guarda un gran paralelismo con el concepto de fuerza mayor de nuestra legislación interna, concepto que cabe distinguir del de caso fortuito, de forma esencial, a partir de un dato: el origen interno o externo de las circunstancias que los determinan. Si esas circunstancias son intrínsecas a la actividad, se está ante una situación de caso fortuito, pero no de fuerza mayor, de manera que no existe exoneración de responsabilidad. En cambio, únicamente si la circunstancia es completamente ajena a los riesgos propios de la actividad en el curso de la cual se originó el daño, se está ante la fuerza mayor exonerante. Nada al respecto acredita la compañía demandada, luego el hecho impeditivo alegado se rechaza.

En cuanto al límite de la responsabilidad, establece el art. 22.1º Convenio de Montreal que en caso de daño causado por retraso, como se especifica en el art. 19, en el transporte de personas la responsabilidad del transportista se limita a 4.150 derechos especiales de giro por pasajero, sin que la reclamación de la actora supere dicho límite.

El TJUE, en Sentencia de 23 octubre 2012 (Nelson y otros, asuntos acumulados C- 581/10 y C- 629/10) ha establecido una nítida separación conceptual entre la molestia consecutiva a los retrasos y el daño moral indemnizable con arreglo al art. 19 del Convenio de Montreal. La referida sentencia señala: “... una pérdida de tiempo no es un daño generado a raíz de un retraso, sino que constituye una molestia, al igual que otras molestias que subyacen a las situaciones de denegación de embarque, de cancelación de vuelo y de gran retraso y que acompañan a estas situaciones, como las incomodidades o el hecho de verse temporalmente privado de los medios de comunicación disponibles normalmente ...”.

En el ámbito nacional, la STS 533/2000, de 31 de mayo, se pronunciaba en los siguientes términos referidos a un supuesto de indemnización por retraso: “Las Sentencias de esta Sala han reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (S 22 mayo 1995), relativa e imprecisa (SS 14 diciembre 1996 y 5 octubre 1998). Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual (SS 9 mayo 1984, 27 julio 1994, 22 noviembre 1997, 14 mayo y 12 julio 1999, entre otras), adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del pretium doloris y los ataques a los derechos de la personalidad (S 19 octubre de 1998). La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (Sentencias 22 mayo 1995, 19 octubre 1996, 27 septiembre 1999). La reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (S 23 julio 1990), impotencia,

zozobra, ansiedad, angustia (S 6 julio 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S 22 mayo 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (S 27 enero 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (S 12 julio 1999).

Evidentemente, como sostiene la parte recurrente, no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo; y obviamente también tiene razón cuando indica que pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso. Pero con ello no se agotan todas las posibilidades, pues resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad, (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna”.

Como ejemplo de esa perturbación de entidad se ha entendido que se produce cuando, tratándose de un retraso de larga duración e injustificado, concurría la situación paralela de que caducara el visado de la codemandante, o quedase frustrada la finalidad del viaje (acudir a un evento familiar al que no se puede llegar por el retraso, etc...). Son circunstancias excepcionales que merecen el resarcimiento a que se hace referencia, pero que en todo caso deben ser objeto de acreditación.

En este caso no tratamos de un mero retraso que más allá de la incomodidad, pérdida de tiempo y frustración, carezca de entidad relevante. Se trata de un retraso de más de 17 horas, en un viaje de más de 10.000 kilómetros, de vuelta al punto de origen de la pasajera y con un cambio en el destino final (Madrid– Bilbao), que desde el punto de vista objetivo, sobrepasa la mera molestia. La demandante, consumidora que contrata un servicio con una compañía extranjera, se encuentra en un país foráneo y muy alejado de su domicilio (Tailandia), se retrasa ya el primer vuelo más de 6 horas, con lo que la viajera tiene la certeza de que no llegará a coger la conexión a Madrid en Pekín, circunstancia que necesariamente tiene que generar una angustia y ansiedad considerable ante la perspectiva cierta de verse en un país extranjero (China) sin enlace para regresar a España y a la espera de que la compañía aérea le pueda facilitar una salida. Circunstancias que por sí solas acreditan un necesario padecimiento psíquico indemnizable por no tener que ser sufrido por la contratante que ha cumplido con la prestación que le incumbía (pago del precio) y que se cuantifica en 600 euros en aplicación orientativa del Reglamento comunitario que aún no siendo aplicable al caso ofrece un criterio orientativo.

[...]

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

2017/103.— Audiencia Provincial de Asturias, Sección Quinta, Sentencia, nº 299/2016 de 3 noviembre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D José María Álvarez Seijó. Id Cendoj: 33044370052016100290; JUR 2016257538.

Enriquecimiento sin causa.— Importador acogido al régimen de importación temporal.— Requisitos del enriquecimiento injusto.— Derecho colombiano.— Derecho español.

Normas aplicadas: Arts 2 y 10 Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II); art. 1158 y 1887 en relación con el art. 1902 Cc; art. 1579 Cc de Colombia.

TERCERO: [...]

Ha de tenerse en cuenta que, no obstante siendo la jurisdicción para conocer del litigio por parte de los Tribunales españoles, debe concretarse cuál ha de ser la legislación aplicable.

En cuanto a la existencia de solidaridad entre las partes en contienda, acción rechazada por el juzgador de instancia y en la que insiste ahora el actor a través de la vía de la impugnación, la basa en el art. 1579 Cc de Colombia, que establece la subrogación del deudor solidario, así como lo dispuesto en el art. 794 del Estatuto Jurídico Impositivo y la interpretación de la normativa dada en diversas misivas unidas a autos. Estos preceptos fueron tomados en cuenta en la recurrida. Dispone el primero de ellos que el deudor solidario que paga la deuda quedará subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y responsabilidades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga en la deuda. Señala el segundo, que en todos los casos los socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados responden solidariamente por los impuestos, actualización e intereses de la persona jurídica o ente colectivo sin personalidad jurídica de la que sean miembros, socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, a prorrata de sus aportes o participaciones en las mismas y del tiempo durante el que los hubieren poseído en el respectivo período gravable.

Ahora bien, volviendo a la cuestión de la ley aplicable, lo que ha de señalarse es que, como acaba de verse, el pago realizado por el actor no tuvo su base en un contrato entre las partes ni en una obligación legal, tratándose en definitiva de un pago voluntario. En este sentido, el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, denominado Roma II, que se refiere a las obligaciones extracontractuales, contempla entre ellas en su art. 10 el enriquecimiento injusto y pago de cantidades indebidas, Reglamento que, como establece su art. 2, se aplica con carácter universal, estableciendo en cuanto a la ley aplicable en el mencionado art. 10 que cuando exista una relación contractual entre las partes o un hecho dañoso, será la que rijan dicha relación, y en su defecto la del país de residencia habitual de las partes, esto es, España.

La sentencia, entre otras, del Tribunal Supremo de 21 septiembre 2010 ya advertía de que “para que haya lugar al enriquecimiento injusto es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Que el demandado haya experimentado un enriquecimiento, ya sea aumentando su patrimonio, ya evitando su disminución.*
- 2) Que tal incremento carezca de razón jurídica que lo sustente.*
- 3) Que cause un correlativo empobrecimiento del demandante, ya sea provocándole un detrimento patrimonial, ya frustrando una ganancia”.*

Ha de subrayarse además el carácter subsidiario de esta acción.

La recurrente señala la inexistencia de los elementos del enriquecimiento injusto y pone especial énfasis en su carácter subsidiario; mas respecto de esto no se puede olvidar que la reclamación que podría intentarse frente a la sociedad no devendría viable habida cuenta de su situación de liquidación y que, en definitiva, el demandado al haber abonado el actor su parte, se vio con ello favorecido en su patrimonio.

A mayor abundamiento, cabe recordar que, como se dijo, el fondo de la cuestión no es sino una reclamación derivada de un acto voluntario, como fue el abono por parte del actor del importe de la cuota correspondiente al demandado, no de un precepto legal ni de un contrato. Por ello, el elemento extranjero que implicaría el pago a la Hacienda colombiana no afectaría para nada a la relación personal entre las partes, base de la reclamación, pues como se señaló el actor venía obligado juntamente con la sociedad al pago de su cuota parte únicamente, y si realizó también la parte correspondiente al demandado, lo fue voluntariamente y a ello no venía obligado.

Si como acaba de afirmarse el elemento extranjero resultaría difuso y si ambas partes ostentan la residencia en España y no consta que ninguna ostente formalmente la residencia en otro país, no existiría norma de conflicto y habría que estar al elemento interno, por ello a la regulación del Derecho español, enmarcándose la cuestión discutida dentro de la figura del pago por tercero del art. 1158 Cc, con el consiguiente derecho de reembolso.

En consecuencia, la tesis del pago en virtud de la solidaridad que preconiza la impugnante no se considera que concurre, lo que no empece a que de uno u otro modo procedía la obligación de resarcir postulada en la demanda.

ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA

2017/104.— Audiencia Provincial de Málaga, Sección Séptima, Sentencia nº 70/2016 de 29 diciembre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D Juan Rafael Benítez Yébenes. JUR 2017/23066.

Accidente de circulación por carretera acaecido en Marruecos.— Víctima marroquí residente en Marruecos.— Causante del daño y compañía de seguros domiciliados en España.— Competencia judicial internacional.— Legislación aplicable a la responsabilidad civil derivada del accidente.— Prueba del Derecho (marroquí) extranjero.

Normas aplicadas: Arts. 3 y 4 Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, de 4 mayo 1971; Dahir por el que se establece la Ley nº 1-84-177 de 6 moharrem de 1405 (2 octubre 1984) relativa a la indemnización de las víctimas causadas por vehículos terrestres de motor; art. 33 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil: art. 281 LEC/1881.

[...]

PRIMERO: Frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que estima parcialmente la demanda, concediéndoles una indemnización menor a la solicitada por considerar que es de aplicación la legislación marroquí, se alzan los demandados interesando que se revoque dicha sentencia, y se les conceda la indemnización solicitada en la demanda por aplicación de la legislación española. [...]

SEGUNDO: A la hora de determinar la legislación aplicable hemos de acudir en primer lugar a los convenios o tratados suscritos por España y Marruecos sobre esta materia, lo que nos conduce al Convenio de 4 mayo 1971, sobre Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por Carretera, hecho en La Haya. Este Convenio fue ratificado por España y publicado en el BOE 4.11.1987. A este Convenio también se adhirió Marruecos el 26 abril 2010, entrando en vigor en dicho país el 25 junio 2010. La aceptación por España de la adhesión de Marruecos a este Convenio, fue publicada en el BOE 11.7.2011.

Según el art. 3 de este Convenio: “La Ley aplicable será la interna del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente”.

No obstante, el art. 4 establece algunas excepciones a la regla anterior, atendiendo a los vehículos y a las personas implicadas en el accidente, según fuesen uno o varios vehículos, el lugar de matriculación de los mismos, las víctimas, lugar de residencia, si eran ocupantes o no del vehículo, etc.

Ninguna de tales excepciones resulta aplicable al caso concreto ahora enjuiciado. Conforme al penúltimo párrafo del ap. a) del citado art. 4, relativo a la “víctima que se encontraba en el lugar del accidente fuera del vehículo”, que es el caso en que se encontraba el hijo de los actores, resultaría aplicable la ley interna del Estado en el que vehículo esté matriculado (en este caso España), “si tenía (la víctima) su residencia habitual en el Estado en que dicho vehículo estuviere matriculado”.

En el presente caso la víctima residía en Marruecos, en el domicilio familiar con sus padres. El hecho de que tras el accidente fuera trasladada a (...) en donde falleció al día siguiente en el Hospital Comarcal, no constituye ninguna excepción a la ley aplicable establecida en el art. 3 del Convenio, cuyas excepciones son las contempladas en su art. 4, entre las que no se incluye el lugar de fallecimiento, sino el de la residencia habitual.

Por consiguiente, se ha de concluir que la legislación aplicable, para determinar la responsabilidad derivada del accidente, es la marroquí.

TERCERO: La siguiente cuestión que se ha de abordar es la relativa la prueba de la ley marroquí.

Sobre este particular, el art. 33 (De la prueba del Derecho extranjero) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, establece en su apartado primero que: “La

prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.” Y en el siguiente apartado que: “Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

Por su parte, sobre esta misma cuestión el art. 281.2º LEC, establece que: “También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”.

La prueba sobre el derecho extranjero, practicada en autos, consiste en la documental aportada por la parte demandada con su escrito de contestación a la demanda, que fue impugnada por la actora en la audiencia previa, y más documental aportada con posterioridad a dicho acto.

[...] A la hora de tener por acreditado este Derecho extranjero, según lo preceptuado en los artículos que citamos al principio (art. 33 Ley 29/2015, y art. 281.2º LEC), hemos de acudir a las reglas de la sana crítica, pudiendo valerse también este Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

Partiendo de estas dos premisas, el mero hecho de que la parte actora haya impugnado la documental aportada con la contestación a la demanda y que la respuesta dada por la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional al oficio remitido por el Juzgado al Ministerio de Justicia solicitando información sobre la legislación marroquí se recibiera de forma extemporánea, no puede significar que tales documentos carezcan en absoluto de valor probatorio, sino que deben ser valorados en su conjunto con relación a las demás pruebas practicadas.

Por otro lado, según los preceptos antes citados, lo que nos debe guiar a la hora de tener por acreditado el Derecho extranjero, son las reglas de la sana crítica. Estas reglas no están codificadas, y han de ser entendidas como las más elementales directrices de la lógica humana, pudiendo impugnarse la valoración de estas pruebas si es contraria en sus conclusiones a la racionalidad o conculca las más elementales directrices de la lógica (STS 11 abril 1998, y las numerosas que a su vez cita). Así mismo debe tenerse en cuenta que los distintos medios de prueba no se valoran de forma inconexa con los demás, sino en conjunto poniendo en relación unos con otros.

El Juzgador de instancia, como expresamente explica en el FD 3 de la Sentencia apelada, entiende que conforme a las reglas de la sana crítica, debe tenerse por probado que la legislación marroquí aplicable es la invocada por la parte demandada. Y a esa misma conclusión llega este Tribunal de apelación, pues las alegaciones y documental aportada por la parte demandada se han visto corroboradas por los informes y comunicaciones de otros organismos públicos y oficiales.

[...]

2017/105.— Audiencia Provincial de Murcia, Sección Quinta, Sentencia de 11 abril 2017. Ponente: José Francisco López Pujante. Roj: SAP MU 806/2017 – ECLI: ES:APMU:2017:806 Id Cendoj: 30016370052017100152.

Accidente de circulación por carretera.— Ley aplicable.— Residencia habitual de las víctimas.— Disculsión sobre costas e intereses.— Alegación y prueba del Derecho extranjero.

Normas aplicadas: Arts. 4 y 11 Convenio de La Haya sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, de 4 mayo 1971; art. 20 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

PRIMERO: Comenzando con el recurso de apelación interpuesto por los herederos del Sr. José Augusto, en él se impugna la no aplicación de los intereses moratorios del art. 20 LCS desde la fecha del siniestro al entender que, en contra de lo expuesto en la sentencia recurrida, el caso no presenta dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no imposición de los mismos.

Al respecto, la resolución apelada señala que tales dudas se refieren a la residencia de los “demandados” (debiendo entenderse que se trata de un error y se refiere a los conductores y ocupantes del único vehículo que intervino en el accidente) y a la normativa aplicable. Sobre esto último, la parte demandada entendía que no era aplicable el Convenio de la Haya al no haber sido ratificado por Marruecos (así se afirma expresamente en la contestación a la demanda), por lo que debía ser aplicado el llamado sistema de “carta verde”, conforme al cual, el siniestro no estaría cubierto por Mapfre al no disponer el vehículo de dicho documento de carácter internacional; sin embargo, sí era aplicable el citado Convenio, pues a la fecha de ocurrir el siniestro el mismo sí había sido ratificado por el Reino de Marruecos, y este dato no puede considerarse generador de dudas. A mayor abundamiento, el art. 11 del Convenio establece que no es necesaria la reciprocidad para la aplicación del mismo, por lo que aún no habiendo sido ratificado por Marruecos, es de aplicación en España (vid. v.gr., SAP Asturias, 7^o 10 febrero 2012).

Sin embargo, también se alegaba en el escrito de contestación que los ocupantes del vehículo residían en Marruecos, argumento con el que también se pretendía que la ley aplicable al caso (respecto de todos los ocupantes del vehículo) fuera la de Marruecos, y respecto de este punto, sí que podían existir dudas, pues pese a que el Sr. José Augusto tuviera tarjeta de residencia en vigor emitida por España, consta en la documentación obrante en autos que era pensionista (estaba jubilado) y en dos documentos consta también que estaba domiciliado en Marruecos (Tendrara), en concreto, en el acta de defunción y en el atestado del accidente. En consecuencia, la oposición podía tener cierto fundamento, aunque el juzgador a quo luego entendiera acreditado que la residencia (a efectos de aplicación del art. 4 del Convenio de la Haya) del citado ocupante estuviera en España (lo que no es impugnado, ni –por ello– objeto de esta alzada), y con ello, aplicara esta legislación respecto de los herederos y perjudicados del citado ocupante; en consonancia con lo anterior, también en el auto de 2 febrero 2012 que estima parcialmente la declinatoria (y en el que dicta esta Sección Quinta al resolver el recurso de apelación frente al anterior) se consideraba que la residencia del Sr. José Augusto estaba en España, pero cuando se presenta la contestación a la demanda es pocos días después de aquél auto, y el mismo aún no era firme. Debe tenerse en cuenta que de haber sido aplicable la legislación marroquí también respecto de los herederos del Sr. José Augusto, también la aseguradora Mapfre habría debido responder de las consecuencias económicas del siniestro (aunque con una indemnización menor, acorde a dicha legislación), pero ello habría afectado también a la obligación de consignar de la aseguradora y al importe de tales intereses (que en tal supuesto no se regirían por la ley española), señalando la sentencia apelada (sin ser discutido por las partes) que la ley de marruecos únicamente permite algo parecido a los intereses moratorios del art. 20 de nuestra Ley de Contrato de Seguro cuando se acredita la existencia de perjuicios derivados del retraso o del impago de la aseguradora (FJ 8^o in fine).

SEGUNDO: Las mismas dudas que la residencia del Sr. José Augusto y, con ello, la legislación aplicable, podían justificar la no imposición de intereses, afectan también a las costas, por lo que también debe entenderse acertada la decisión de no imponerlas, y no sólo por tales dudas, sino también (como hace la sentencia apelada) por tratarse de una estimación parcial de la demanda. Sobre esto último se alega en el recurso que al estimarse la demanda respecto de los herederos del Sr. José Augusto, debiera haberse impuesto a la demandada el pago de las costas respecto de éstos, quienes se vieron obligados a interponer la demanda junto con los herederos del Sr. Jesús Manuel (respecto de los que sólo se ha estimado parcialmente la demanda) al tratarse de un mismo accidente de tráfico, a fin de evitar también que se dictaran resoluciones contradictorias.

Debe también ratificarse en este punto la sentencia apelada, pues la jurisprudencia es clara (SAP Barcelona 19^o 11 julio 2014 y SAP Madrid 14^o 2 diciembre 2009 y SAP Cádiz 8^o 31 marzo 2008) al señalar que el hecho de que exista una pluralidad de demandantes que actúen bajo una misma dirección jurídica, no equivale a la existencia de una pluralidad de partes, ni permite separar las concretas pretensiones de cada uno de los demandantes para dilucidar si se produjo una estimación parcial o total. En este caso, el cómputo del crédito se hace sobre la posición procesal activa en este proceso, porque el gasto es único a favor de todos los sujetos que figuren en esa posición.

TERCERO: En cuanto al recurso formulado por los herederos perjudicados de Jesús Manuel, se alega que si en la propia sentencia no se tiene por acreditado el Derecho extranjero que aporta la parte demandada, la consecuencia (conforme a la doctrina jurisprudencial que la misma sentencia recoge) debiera ser la aplicación de la legislación española a fin de no dejar imprejuzgada la acción, lo que debe llevar a la estimación de la demanda también respecto de dichos herederos.

Sin embargo, no es cierto que la sentencia se pronuncie en tales términos, pues aunque parece intuirse alguna duda del juzgador sobre la vigencia del derecho extranjero alegado, se afirma de modo concluyente que “En este caso la documental obrante en autos sobre este tenor –no impugnada de contrario– debe considerarse suficiente, se remitió por la embajada texto legal vigente y se tradujo por traductor jurado”. En otro orden de cosas, si la apelante entendía que no era ese el derecho extranjero aplicable también podía haber practicado alguna prueba al respecto en orden a acreditar que era otra la norma vigente.

Con lo anterior, queda también respondida la impugnación formulada en los apartados tercero y cuarto del recurso, y respecto de los intereses moratorios (apartado quinto), como se ha dicho respecto del examen del otro recurso, si a la reclamación formulada por los herederos del Sr. Jesús Manuel le era aplicable la legislación marroquí, difícilmente puede entenderse que existiera obligación de consignar o pagar intereses moratorios.

SUCESIONES

LEY NACIONAL CON ABSOLUTA LIBERTAD DE TESTAR

2017/106.– Audiencia Provincial de Málaga, Sección Quinta, Sentencia nº 280/2016 de 6 junio 2016. Ponente: María Teresa Sáez Martínez. JUR 2016/248046.

Sucesión testamentaria.– Causante de nacionalidad británica.– Nulidad del testamento por tener el testador sus facultades volitivas e intelectivas alteradas: no.– Solicitud subsidiaria de reducción de la institución de heredero para garantizar las legítimas: no.– Reenvío de retorno.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º y 8º, 12.2º y 673 Cc.

[...]

CUARTO: En primer lugar se interesa por la actora que se declare la nulidad del testamento alegando que el mismo fue otorgado con violencia, dolo o fraude, sin embargo no existe en autos ninguna prueba objetiva que determine que al momento de otorgarse el testamento Dª Gracia tuviera sus facultades volitivas e intelectivas alteradas o estuviera privada de las mismas, habiendo quedado demostrado de contrario, que el testamento fue otorgado pocos días después de diagnosticársele una enfermedad terminal, cuando la causante aún estaba en pleno uso de todas sus facultades, por lo que ésta, de una manera consciente y voluntaria, dispuso cual era su voluntad testamentaria antes de que la enfermedad que padecía pudiera afectar o alterar su conciencia o voluntad. Pues no olvidemos que otorgado el testamento el 22 junio 2004, el óbito tuvo lugar el 21 abril 2007. Todas las pruebas articuladas por la actora lo son en referencia a un periodo posterior al otorgamiento del testamento cuando la enfermedad se encontraba en desarrollo. Debemos reseñar que la causante se encontraba aquejada de una serie de dolencias que terminaron por causarle la muerte y que aunque puntualmente, como se señala en la instancia, las consecuencias de la enfermedad impidieran que su estado fuera optimo, el demandado le prestó atención y cuidados procurando su asistencia médica y la visita periódica de una peluquera para mejorar su aspecto. Tampoco consta que el demandado impidiera a la causante salir del domicilio, lo que por otra

parte no sería posible cuando la enfermedad comenzó a desarrollarse, ni consta tampoco que el demandado ejerciera algún tipo de presión, fuerza, violencia o engaño sobre la causante en el momento de otorgar el testamento. Tampoco consta concurrencia de causa ilícita, torpe o inmoral en el momento de otorgar el testamento. Por lo que no concurre la causa de nulidad del testamento alegada, debiendo desestimarse por ello este motivo del recurso.

QUINTO: En cuanto a la pretensión –con carácter subsidiario– de que se reduzca la institución de heredero a que se refiere el testamento en la parte que perjudique la legítima de la actora como hija de la causante y heredera forzosa de la misma, son precisas unas consideraciones previas antes de entrar en el análisis de los motivos de los recursos. Para ello, es preciso partir del principio de unidad y universalidad sucesoria, característico de nuestro sistema que parte del concepto de nacionalidad, como país que ha sufrido una fuerte emigración y al igual que las legislaciones del sur de Europa, y se formula en el art. 9.8º Cc. Este, en efecto, en su primer inciso, establece: “la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”. La excepción posterior, basada en el principio de conservación de negocio sucesorio –favor testamenti–, no afecta a los derechos legitimarios, como se pretende por la apelante, que se rigen por la ley sucesoria única, cual es la personal del causante, lo que reafirma la prevalencia de la uniformidad de la sucesión, y las cautelas aplicables a sus excepciones –en el caso, reenvío de segundo grado desde la ley inglesa a la española–. Por ello, hay que partir de la norma de derecho internacional sita en el art. 9.1º Cc que dispone que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad y que dicha ley rige, entre otros extremos, la sucesión por causa de muerte. En consecuencia, al presente caso es aplicable el Derecho británico, ya que de tal nacionalidad es la causante de la herencia cuyos derechos legitimarios se discuten. Así debe sostenerse que siendo esencial a la seguridad jurídica la uniformización de las soluciones a adoptar en las relaciones jurídicas complejas sucesorias, cuando intervienen en las mismas elementos personales que se rigen por diversas leyes, debe regir el principio de unidad en la ley sucesoria, en la globalidad de sus relaciones, cualesquiera que sea la singularidad de los elementos personales que la integren y sin más excepciones que las derivadas de la concurrencia de otros estatutos preferentes por lo que los derechos sucesorios se regirán por la ley sucesoria del causante, debiendo ser interpretada la remisión a la ley española, exclusivamente a los ligados a los efectos personales o estatuto primario patrimonial. Esta interpretación armonizadora de las legislaciones controvertidas es congruente con el principio de la unidad de la sucesión, que impide fraccionar la misma en estatutos inconciliables, siendo aplicable idéntica solución tanto a la sucesión testada como a la intestada, sin afectar al orden sucesorio determinado por la ley personal del causante ni extraer conclusiones no coherentes con los distintos regímenes sucesorios. El Derecho español entiende preponderante la ley nacional del de cuius y al mismo tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, ésto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio. Para la resolución de la cuestión ahora planteada debe partirse de la *lex fori*, que determina, ex art. 9.1º Cc, que la ley aplicable es la personal del causante. Acoge así dicha norma el principio de universalidad de la sucesión (con la única excepción prevista en su último párrafo a favor de la eventual aplicación de ley rectora de los efectos del matrimonio), de modo que el fenómeno sucesorio se sujeta siempre a la ley de la nacionalidad del causante, salvo que las normas de conflicto de ésta remitan a la ley española, único caso de reenvío admitido por nuestras normas de Derecho internacional privado (art. 12.2º Cc). Sin embargo, ese reenvío de primer grado no debe aceptarse en materia de sucesión por causa de muerte si ello provoca un “fraccionamiento legal de la sucesión”, que de esa forma se vería regulada por varias leyes, ya que el art. 9.1º Cc está presidido por los principios de unidad y universalidad de aquélla. El litigio versa en este punto sobre la reducción de la institución de heredero otorgada por la causante en su testamento, en cuanto afecta el derecho de las legítimas de sus herederos según el Derecho español, y no el que corresponda al caso como ley nacional de la misma (art. 9 Cc). Al respecto, el texto del art. 12.2º Cc, dice literalmente: la remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española. La remisión de la ley inglesa al Derecho español, implica la aplicación del mismo a los aspectos relativos a la validez del título (validez y eficacia del testamento, suficiencia del título posesorio, etc), así como en

lo relativo a la adquisición del dominio, aceptación, etc, rigiendo en lo demás la ley personal del causante, en este caso la ley inglesa, que no prevé limitación alguna de la voluntad con instituciones como la legítima. La fundamentación de este motivo consiste en esencia en sostener la improcedencia de que la sucesión se rija por la ley nacional del causante, en este caso la británica, respecto de la cual parece ser que se otorga al causante la libertad para dejar sus bienes a quien estime, no estando vinculado por legítimas ni instituciones análogas, restrictivas de la libertad de disposición mortis causa, lo que impediría que la actora fuera considerada heredera. A ello se puede añadir que la defensa de derechos legítimos, hecha por la actora con apoyo en el derecho español, no necesariamente ha de tener contenido real en el derecho británico y en consecuencia no abona la tesis del reenvío en la sucesión al derecho español. El reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y en este sentido, el del derecho inglés que se apoya en una gran libertad de testar que no reconoce las legítimas de los hijos. Consecuencia de lo anterior es que no puede prosperar la pretensión ejercitada por la actora, por lo que debe desestimarse su recurso y confirmarse la sentencia dictada en la instancia.

SUCESIÓN REGIDA POR EL DERECHO ALEMÁN Y PROTECCIÓN REGISTRAL DE TERCERO DE BUENA FE

2017/107.— Audiencia Provincial de Girona, Sección Primera, Sentencia nº 140/2016 de 6 junio 2016. Ponente: Fernando Lacaba Sánchez. JUR 2016\192018.

Sucesión por causa de muerte.— Sucesión sometida a la ley nacional (alemana) del causante.— Venta de bien inmueble situado en España heredado por la viuda del causante como “heredera previa” (fiduciaria) junto a los hijos como “herederos definitivos”.— Venta realizada exclusivamente por la viuda.— Validez.— Protección de tercero registral.

Normas aplicadas: Art. 9.8º Cc; arts. 2094, 2112 a 2115, 2135, 2142 BGB; art. 34 LH; art. 175 RN.

SEGUNDO: Análisis de los recursos.

En la medida en que los recurrentes sostienen las mismas pretensiones que las sustentadas en la primera instancia y que impugnan aquellos extremos que no les fueron concedidos, es aconsejable el análisis conjunto de ambos.

El soporte fáctico del recurso, proviene del fallecimiento en España de una persona de nacionalidad alemana, cuya sucesión se rige por su ley nacional (art. 9.8º Cc), y por ello, la aplicación al caso es el BGB (Código Civil Alemán). Esta situación de partida no es cuestionada en el supuesto analizado.

La incógnita a despejar, como ya se sostuvo en la Sentencia impugnada, es si Dª Florinda, en tanto que viuda del causante y primera heredera, tenía capacidad legal de otorgar la venta de la casa de Tossa de Mar, sita en el nº (...), al Ayuntamiento de la misma localidad, o por el contrario no podría disponer de la misma por ir destinada a favor de los hijos del causante, una vez fallecida aquella.

La tesis de los herederos finales y demandantes, consiste en aplicar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Berlín, la que, a su entender, impedía a la viuda disponer de la vivienda de Tossa de Mar, tanto a título oneroso como lucrativo, teniendo facultades únicamente de uso pero no de disposición, por la obligación impuesta en el testamento de hacer tránsito de la misma a los herederos finales.

Por su parte el Ayuntamiento de Tossa de Mar, sostiene que dicha sentencia carece de influencia en la solución del recurso, pues se limitó únicamente a establecer el destino de la parte de herencia renunciada por uno de los tres hermanos y herederos finales, sin establecer las facultades de la heredera previa, de modo que podía disponer sobre la vivienda; y en esa línea, sostienen que, en todo caso, la donación de las 2/3 partes del inmueble al Ayuntamiento de Tossa no fue, en realidad una mera liberalidad o donación pura y simple sino que fue una donación onerosa.

La Sentencia impugnada, declara válida la venta del tercio dejado a la viuda sobre la base de tener facultades para ello, pero declara nula, por falta de objeto, la venta de los otros dos tercios, por carecer de facultad para ello, según lo dispuesto en el testamento del causante y la legislación alemana de aplicación.

TERCERO: Determinación de las facultades de la viuda y heredera previa según el testamento.

[...] De la declaración de herederos, contenida en la resolución del Juzgado Municipal de Schöenberg de 2 abril 1969, citada en el momento de la aceptación de herencia por la viuda D^a Florinda, se desprende que la misma, fue considerada heredera universal de su esposo y, además, le fue otorgado el tercio al que había renunciado la coheredera D^a Celestina, por entender, dicho Juzgado, que el meritado tercio debía acrecer a la viuda y no a los hermanos. Respecto de las otras dos terceras partes, se declaró, que únicamente tenía la condición de “heredera previa” y que de las mismas, eran herederos definitivos los otros dos hijos del causante D. Vicente y D^a Pilar.

Esta es la situación que accedió al Registro de la Propiedad de Lloret de Mar (...). En efecto si se lee la inscripción practicada el 24 abril 1985, se otorga a D^a Florinda el pleno dominio de un tercio del inmueble de Tossa de Mar y las otras dos terceras partes restantes en su condición de heredera previa, según el Derecho alemán. Sin embargo, no consta que, una vez dictada la Sentencia de la Audiencia de Berlín, el 8 mayo 2007, en la que se revocó la adjudicación a la viuda del tercio al que había renunciado D^a Celestina, tal resolución accediera al Registro de la Propiedad, por lo que continuaba atribuyendo un tercio sobre el inmueble sin tener derecho a ello.

Esta fue la situación de partida que acabó generando el conflicto que ha dado origen al presente proceso.

En efecto, cuando el Ayuntamiento de Tossa de Mar, solicita un informe jurídico, el Abogado D.J. Gual Oliver, por parte de este se opinaba, que la posición de la viuda era ciertamente compleja, en orden a determinar sus facultades de disposición, según la legislación alemana, pero, en todo caso, con posibilidad de libre disposición en relación al otro 1/3. Dicho de otro modo, el informe partía de un hecho no cierto, puesto que la viuda no tenía derecho al tercio que publicaba el Registro de la Propiedad, dado que así lo había dispuesto la Audiencia de Berlín.

Sostenía el meritado Abogado lo siguiente: “la libertad previa de disponer de una tercera parte, se hallaba seriamente afectaba por la limitación respecto de los otros dos tercios de los que era heredera previa o fiduciaria por lo dispuesto en el art. 2112 en relación con los art. 2113 a 2115 del BGB, al señalar que: “El heredero previo puede disponer de los objetos pertenecientes a la herencia o sobre un derecho en una finca perteneciente a dicha herencia....” disposición que si es sobre una finca perteneciente a la herencia será ineficaz en la medida que frustrase o dañase el derecho del heredero sucesivo, caso de que se produzca dicha sucesión. Igual medida se aplica en los casos de arrendamiento de la finca (art. 2135 BGB)”.

En ese mismo informe (...) dicho Abogado sostenía su discrepancia con el parecer de un bufete notarial alemán, cuando sostenían que D^a Florinda estaba facultada para vender, que no donar, la propiedad del inmueble, pues a su parecer, dicha opinión podía partir de creer a la heredera previa (D^a Florinda) como única titular registral.

Con la documentación aportada con la demanda, se acompañaba de documento nº 9 (...) la reiterada Sentencia de la Audiencia Provincial de Berlín de 8 mayo 2007, cuya traducción jurada dice, en lo que ahora interesa:

“El orden sucesorio sustitutorio regulado en el art. 1, se refiere, en opinión de la sala, sólo a los descendientes de los hijos del testador y no se refiere al orden sucesorio de los hermanos entre sí....Sin embargo no haya nada a favor de que la sucesión previa de la viuda se convierta en herencia ilimitada de la misma. Más bien, ha de reconocerse la voluntad del testador de transmitir su herencia a la viuda sólo en calidad de titular transitoria (heredera previa) y de que recayese a sus hijos tras el fallecimiento de ésta, en tanto éstos no rechazasen la herencia. Esto tuvo lugar al aumentar la herencia de una tercera parte de los intervinientes 1) y 2) por partes iguales según el art. 2094 inciso 1 frase 1 BGB (Código civil

alemán). Este aumento tiene preferencia frente al mantenimiento de la herencia con la heredera previa según el art. 2142 inciso 2 BGB.

Si el testador hubiese deseado que, en el caso de que se retirase sólo uno o dos de sus hijos del círculo de los herederos posteriores mediante reclamación de la legítima, la viuda se quedase con la herencia incluyendo las partes de los hijos sin limitación por orden sucesorio, entonces es evidente que se habría podido formular el art. 3 del testamento de otra manera....”.

La meritada Sentencia de la Audiencia de Berlín, es cierto que se dictó en el seno de la reclamación del tercio de renuncia de uno de los tres hijos (Celestina) por parte de los otros dos, pero también lo es, que se trata de una sentencia firme, dictada por Tribunal competente, aplicador e interpretador del derecho sucesorio alemán, que contiene dos conclusiones jurídicas que esta Sala no puede soslayar, esto es:

A) La viuda del causante, tenía la condición única de heredera previa, con las limitaciones legales que tal condición conllevaba en derecho alemán y, por ello, carecía de capacidad legal para disponer de la herencia, ni a título gratuito ni oneroso, pudiendo utilizar los bienes hasta su fallecimiento, pero manteniéndolos para que, a su fallecimiento, hiciesen tránsito hacia los hijos y herederos finales del causante, y

B) La parte de renuncia de uno de los tres hermanos (herederos finales) acreció a los otros dos y no a la viuda, por no disponerse así en el testamento.

Frente a ello, nada obsta el parecer–dictamen del Consulado General Alemán, de fecha 21 diciembre 1984, aportado como doc. nº 1 de la contestación (...), y que consta en el Registro de la Propiedad en orden al alcance de las facultades que la viuda tenía de disponer, pues contando con sentencia firme de Tribunal de apelación alemán, es a ella a la que se debía estar y no al parecer de un miembro consular alemán.

Corolario de lo expuesto es que, la viuda (Dª Florinda) no podía disponer del inmueble a su libre albedrío, ni a título oneroso ni tampoco lucrativo, pues carecía de facultades dominicales sobre el mismo, por pertenecer, toda la herencia, exclusivamente a los hijos del causante.

En este punto la Sala discrepa con el Juzgador a quo, cuando no otorga consecuencia jurídica a la Sentencia de la Audiencia Berlín, en cuanto a las facultades dispositivas de la viuda, puesto que, de la misma se desprende, claramente, que la voluntad del testador era, que sólo pudiese disfrutar de la herencia y guardarla para sus herederos finales. Esta y no otra, era la voluntad del causante, y así, del testamento aportado con la demanda de documento 1 (...) se desprende que D, Patricio nombro primera heredera a Dª Florinda e instituyó herederos subsidiarios (propio del derecho alemán) a sus tres hijos con atribución a cada uno de ellos de un tercio de la herencia. Dicho de otro modo, si cada uno de los hijos era titular de un tercio de la herencia, era clara que la viuda no tenía derecho a ningún tercio, por ser una especie de heredera “gravada” con el deber de conservar la herencia para los hijos del causante, y así lo vino a dictaminar, finalmente, la Audiencia de Berlín, revocando la inicial adjudicación a la viuda del tercio al que había renunciado uno de los coherederos.

CUARTO: Calificación de los actos de transmisión realizados con el Ayuntamiento de Tossa de Mar.– Condición de tercero hipotecario de buena fe de dicho Ayuntamiento.– Rechazo del recurso de los demandantes.

La Sentencia de primer grado declara la nulidad de la donación de 2/3 del inmueble y declara válida la venta de 1/3 partes.

La escritura de compraventa de 6 noviembre 1997 (...), recoge la venta que Dª Florinda (viuda del causante) hace al entonces Alcalde de Tossa de Mar D. Herminio de una tercera parte del inmueble de Tossa de Mar.

Tal compraventa, declarada válida en la Sentencia debe de ser mantenida.

En efecto, la propia Sentencia impugnada declara la falta de capacidad legal de la viuda para disponer de 2/3 partes de la herencia y de ahí que declara la nulidad de la donación efectuada por la misma al Ayuntamiento de Tossa de Mar.

De otro lado, no hay controversia en que, el presente proceso debe resolver las facultades de la viuda con arreglo al Derecho alemán. Y es precisamente por ello, que debe ser recordada, de nuevo, la Sentencia de la Audiencia de Berlín, que califica a D^a Florinda de heredera previa con la obligación de hacer tránsito de la herencia a los hijos de su fallecido esposo, una vez fallecida ella y que hace advertencia previa de “que no hay nada en favor de que la sucesión previa de la viuda se convierta en herencia ilimitada definitiva de la misma. Más bien, ha de reconocerse la voluntad del testador de transmitir su herencia a la viuda sólo en calidad de titular transitoria (heredera previa) y de que recayese a sus hijos tras el fallecimiento de esta, en tanto estos no rechacen la herencia. Esto tuvo lugar al aumentar la herencia de una tercera parte de los intervinientes 1 y 2 por partes iguales, según el art. 2094 inciso 1 BGB. Este aumento tiene preferencia frente al mantenimiento de la herencia con la heredera previa según el art. 2142 inciso 2 del BGB”.

Debe recordarse que el abogado Sr. Gual, que emitió dictamen a petición del Ayuntamiento de Tossa de Mar (folio 131), ya advertía del contenido del art. 2113, inciso 1 BGB (cuya traducción consta a folio 127) y de la necesidad de consultar al Sr. Registrador de la Propiedad.

El indicado precepto alemán, dice textualmente:

“La disposición del heredero previo sobre una finca perteneciente a la herencia o sobre un derecho en una finca perteneciente a dicha herencia es ineficaz en el caso de producción de la sucesión sucesiva, en la medida que frustrase o dañase el derecho del heredero sucesivo”.

Véase que el meritado precepto no hace distinguos entre transmisiones onerosas o gratuitas, por referirse a cualquier transmisión.

La escritura de compraventa, de 6 noviembre 1997 (...) refleja que, la venta de un tercio del inmueble de Tossa de Mar, se realiza por quien en el Registro de la Propiedad de Lloret de Mar aparece como titular registral del mismo. Nada consta en las actuaciones acerca de que el Ayuntamiento tuviese conocimiento de posibles discrepancias de los hijos del causante en cuanto al tercio otorgado por el Juzgado de Schöneberg en 1969 a la viuda y no es hasta el año 2007 cuando la Audiencia de Berlín dispone que ese tercio pertenecía, por derecho de acrecer, a los herederos del causante e hijos del mismo. Todo ello hace que el Ayuntamiento de Tossa de Mar deba de estar protegido por la presunción de buena fe registral del art. 34 LH, tal y como, por otro lado, reconoce la Sentencia impugnada.

No se olvide que, los hijos del causante, no reclaman el tercio de su hermana hasta que no fallece la viuda, como se expuso en la cronología fáctica del fundamento primero.

La reciente STS 19 mayo 2015, recuerda: “La eficacia positiva de la publicidad registral o, si se quiere, la plena protección de la fe pública registral que dispensa el art. 34 LH, comporta la consolidación de la adquisición del tercero que inscribe su derecho con arreglo a los requisitos legales contemplados en dicho artículo, siempre que se trate de un adquirente de buena fe. En este sentido, debe partirse de que la buena fe constituye uno de los presupuestos de la protección registral, pues justifica que el tercero adquirente resulte protegido en la medida en que ha contratado confiando en la información ofrecida por el Registro. Si esta razón quiebra, y el tercero es conocedor de la inexactitud del Registro respecto a la realidad jurídica, la especial protección registral carece de justificación”.

En conclusión, en el momento de la venta de un tercio del inmueble, la viuda aparecía como titular registral del mismo y de ahí, que según nuestro derecho, pudiera realizar la venta.

QUINTO: Recurso del Ayuntamiento de Tossa de Mar.— Desestimación del mismo.

La Sentencia impugnada declara la nulidad de la “donación” respecto de las 2/3 partes del inmueble, por estimar concurrente una donación o transmisión a título gratuito.

Corresponde, ahora, el análisis de las escrituras de 1 julio 1998 y 30 setiembre 1998, esto es, escritura de donación de los 2/3 de la herencia y adenda a la misma.

La meritada escritura de cesión, de fecha 1 julio 1998 (...) contiene la comparecencia de la viuda Sra. Florinda y del Alcalde de Tossa de Mar y ciertamente en la misma, se omite la situación registral de dichos dos tercios, cuando en el apartado “cargas y gravámenes” se lee: “La finca descrita se encuentra libre de cargas y gravámenes en cuanto a una tercera parte indivisa, y como heredera previa, en la forma

prevista por el Código civil alemán en cuanto a las dos terceras partes indivisas restantes, según manifiesta la parte cedente, conformándose la parte cesionaria con las manifestaciones reseñadas y prescindiendo expresamente de la información registral prevista en el art. 175 RN por razones de urgencia alegadas..." (...).

De nuevo, resulta trascendental el valorar si la viuda (D^a Florinda) estaba o no en plenas facultades jurídicas para realizar dicha donación, con arreglo al derecho alemán y a lo que había dictaminado la Audiencia de Berlín. Y, en tal trance, de nuevo hemos de traer a colación la consideración de "heredera previa" de la donante, sin capacidad legal para disponer de la herencia por estar gravada con el deber de transmitir a los herederos finales.

Como concluye la Sentencia impugnada, D^a Florinda ni siquiera podía disponer de los bienes de la herencia a título gratuito, pues así lo venía a disponer el art. 2113 BGB (Código civil alemán) al prohibir "la disposición sobre un objeto de la herencia que se realiza gratuitamente".

El Ayuntamiento, para justificar la transmisión de esos dos tercios de propiedad, sostiene que la donación fue onerosa, ya que en la misma se hacen constar los extremos que motivaron la transmisión, en los siguientes términos:

"Que por diversas razones sobrevenidas, unidas a la inseguridad del sistema económico personal, considera que su situación económica actual provoca una fuerte inquietud para su futuro, habida cuenta de su edad, circunstancias que le han decidido, en uso del derecho que le conceden los arts. 2112 y 2113 del vigente Código civil alemán, y con el fin de atender a una obligación moral y a una medida referente a su decoro, cede a título gratuito, en este acto la titularidad de dicha finca al Ayuntamiento de Tossa de Mar, siempre que dicho Ayuntamiento se obligue a cumplir las siguientes obligaciones:

1.— Calificar la finca vendida como bien de dominio público y destinarla a equipamientos comunitarios para un mayor disfrute de los vecinos de Tossa de Mar, exponiendo en dicha finca y con carácter permanente la obra del difunto esposo de la cedente, bajo la prohibición de enajenar por cualquier título.

2.— Satisfacer a D^a Florinda, mensualmente y por durante toda su vida, la cantidad de quinientas mil pesetas, para su digno mantenimiento y sustento y con arreglo a su condición.

3.— Permitir su residencia en la finca cedida durante todo el tiempo que, a su libre elección, estime conveniente".

Dictada la reiterada sentencia de la Audiencia de Berlín, resultaba indiferente si la donación lo era onerosa o modal, dado que no tenía capacidad legal para realizar ningún acto de disposición, según el derecho alemán, tal y como se dijo anteriormente. D^a Florinda era una heredera previa, que no podía disponer de la totalidad de la herencia y por ende, de los dos tercios de los que, finalmente, dispuso.

Es indiferente, por ello, que la donación pudiese ser calificada como modal, pues ello, en todo caso, no le hacía perder su carácter de negocio gratuito, a pesar de las cargas impuestas (art. 619 Cc).

Es por ello que la Sala coincide con el parecer de la Sentencia impugnada en cuanto a que la heredera previa no estaba legitimada a realizar actos de disposición gratuitos como hizo.

De modo residual, el recurso del Ayuntamiento impugna la sucesión procesal de los herederos del demandante Vicente fallecido durante la tramitación del proceso, por parte de sus hijos D^a Leonor, D^a Celestina y D. Leopoldo, dado el documento de nueva noticia aportado al recurso de los actores, consistente en resolución de 30 setiembre 2015 del Juzgado de primera instancia distrito de Rafaela (Argentina) en el que se nombra a estos herederos de aquel.

TESTAMENTO OTORGADO POR ESPAÑOL EN EL EXTRANJERO. LEY APLICABLE A LA FORMA Y AL FONDO

2017/108.— Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, Sentencia n^o 359/2016 de 9 noviembre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate. Roj: SAP Z 1864/2016 — ECLI: ES:APZ:2016:1864. JUR 2016/268639.

Sucesión testamentaria.– Testamento otorgado en Reino unido por español de vecindad civil aragonesa.– Validez formal: ley aplicable.– Capacidad del testador.– Eficacia de las disposiciones testamentarias conforme a las legítimas del Derecho aragonés.

Normas aplicadas: arts. 11, 13 y 732 Cc; Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias, de 5 octubre 1961; art. 323.2,2º LEC.

[...]

PRIMERO: Las hijas de don José Ángel, fallecido el 22 noviembre 2009 bajo vecindad civil aragonesa, impetraron acción de nulidad del testamento otorgado en Birmingham (Inglaterra), ante la notaría doña Laura Helen Delacroix Humphreys el 28 agosto 2009, y por el cual instituía heredera universal de sus bienes a doña Claudia, con la que contrajo matrimonio el 2 septiembre 2009, respetando la legítima de sus hijas sobre la mitad de la herencia. Se fundamentó la acción sobre la base de que 1) No se han respetado las formas y solemnidades que la Ley Aragonesa de Sucesiones de 1999 vigente entonces, y concordantes del Código civil exigen para el otorgamiento de un testamento personal y abierto. 2) Falta de capacidad del testador.

[...] Sobre esta base fáctica, la sentencia objeto de apelación consideró, en resumen, que en el presente caso se otorgó testamento ante una notaría inglesa conforme a las formalidades de aquella nación – conforme a los arts. 11 y 732 Cc –. Por lo que la nulidad formal pretendida debía desestimarse.

Con relación al segundo motivo de impugnación del testamento, consideró que existían numerosas pruebas que evidenciaban el correcto e idóneo entendimiento y voluntad que tuvo el causante en el momento de otorgamiento del testamento.

Por todo ello el Juez a quo desestimó la acción entablada.

Contra esta resolución se alzan las demandantes: refieren que el Juez a quo silencio, en la resolución impugnada, la expresa voluntad del testador de someter todas las disposiciones y cláusulas al derecho y tribunales aragoneses, por ser ésta su vecindad civil, infringiendo el art. 90 de la Ley de sucesiones por causa de muerte en Aragón, insistiendo en la falta de requisitos formales exigidos para la validez del testamento. Indebida aplicación de los arts. 11 y 732 Cc, cuestionando finalmente la capacidad del testador.

SEGUNDO: El art. 11 Cc establece que las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. Y el art. 13 Cc refiere que las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del Título IV del Libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.

Pues bien, convenimos con el Juez a quo que ninguna discusión ofrece la validez formal del testamento discutido por haber sido otorgado conforme a las prescripciones de la legislación del inglesa conforme previene la norma de conflicto contenida en el art. 11 Cc, según el cual las formas y solemnidades de los testamentos se regirán por la Ley del país en que se otorguen, así como el art. 732 Cc, reconociendo validez a dicho documento público aportado apostillado conforme al Convenio de la Haya de 5 octubre 1961, al estar dicho Convenio ratificado por España (BOE 25.9.1978), debiendo añadir a lo expuesto al respecto en la instancia, que el citado Convenio, es una norma que ha venido, como dice el Tribunal Supremo – STS 19 febrero 2000 –, a liberalizar los requisitos para la validez de los documentos otorgados y procedentes de otras naciones, pues suprime la exigencia de la legalización para los documentos públicos extranjeros y atribuye la categoría de públicos en su art. 1, a las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como menciones de registro. A estos efectos, el art. 323.2,2º LEC, dispone que se considerarán como documentos públicos los documentos apostillados, por lo que habrá de concluirse que encontrándose apostillado el documento no necesita ninguna autenticación.

Partiendo de la validez formal del testamento, cuestiona el apelante la aplicación del art. 11. Sin embargo, consideramos que el art. 13 Cc, establece el ámbito de aplicación, y en nuestro caso, se ha respetado, toda vez que las formas y solemnidades se han cumplido, conforme previene la regla del art. 11 Cc;

y en cuanto al contenido del testamento, se ha respetado el Derecho foral de Aragón, en cuanto que se ha dispuesto de la parte de libre disposición respetando a los legitimarios, conforme a la norma.

El art. 732 refiere que los españoles podrán testar fuera del territorio nacional sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen. Es decir, el testamento es válido pues se han observado las leyes inglesas, conforme al art. 1 del Convenio de la Haya, tratando estas normas de favorecer la validez del testamento en cuanto a la forma, objetivo fundamental del convenio. Y del mismo modo ha sido observado, con relación al contenido, la vecindad civil aragonesa del testador.

Finalmente, la falta de capacidad del testador ha de ser probada por quien la alega y no se cumple con tal carga en el supuesto de autos.

TERCERO: Procede la desestimación del recurso de apelación y la íntegra confirmación de la sentencia apelada, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante –art. 398 LEC– y pérdida del depósito constituido para recurrir.

SUCESIÓN DE NACIONAL FRANCÉS. REENVÍO A LA LEY ESPAÑOLA

2017/109.— Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, Sentencia nº 505/2016 de 14 noviembre 2016. Ponente: María del Pilar Aguilar Vallino. JUR 2017\56777.

Sucesión por causa de muerte.— Causante de nacionalidad francesa francés con última residencia habitual en Cataluña y con bienes inmuebles en Cataluña.— Reenvío de la ley francesa a la ley española.— Aplicación de la legítima del CC Catalán.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º y 8º y 12.2º Cc; art. 913 CC francés; arts. 451.3, 5 y 6 CCCat.

PRIMERO: Tratándose de reclamación de la legítima correspondiente a los hijos en la herencia de su padre francés, compuesta por bienes radicados en España, la principal controversia se centra en determinar la legislación aplicable, porque condiciona un diferente porcentaje de la herencia como legítima. Los demandantes legitimarios solicitan la legítima que rige en Francia, como ley nacional del causante, mientras que la heredera pretende ajustarse a la normativa de Cataluña.

Las legítimas es un límite a la voluntad de testar y el porcentaje de la herencia reservado para los legitimarios, excluido de la libre disposición del testador, que varía mucho de unas legislaciones a otras, incluso dentro de nuestro ámbito nacional.

La parte demandada recurre la sentencia que, por reenvío de la Ley francesa, declara aplicable la legislación del Código Civil español, considerando que debe calcularse la legítima prevista en la ley catalana.

La conclusión de la sentencia sobre aplicación de la ley del causante deriva de una norma española, art. 9.1º Cc que establece como ley personal la determinada por la nacionalidad que regirá la sucesión, en concordancia con su apartado 8º que establece como punto de conexión el de la nacionalidad “La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento”: en este caso es la ley francesa, por tener esta nacionalidad el causante, cuyo ordenamiento contiene una norma de reenvío, tal como expone la sentencia apelada: el ordenamiento jurídico de Francia contiene un sistema en que la sucesión respecto a cada uno de los bienes se rige por la ley de situación: remite a la legislación del lugar de última residencia del causante en los bienes muebles o donde radican los inmuebles. Como la residencia del causante y la ubicación de los bienes se encuentran en España, el reenvío es aceptado en virtud del art. 12.2º C.c. De manera que rige la legislación española por reenvío de la Ley francesa.

El reenvío tiene lugar respecto de la totalidad del ordenamiento jurídico español, incluidas las normas de conflicto interregional y los derechos forales o autonómicos, que también forman parte del ordenamiento jurídico español y cuya concurrencia se resuelve conforme a los criterios del art. 16 Cc. Como

tanto la residencia del causante como la ubicación de los bienes inmuebles se encuentran en el mismo lugar, Cataluña, hay que entender que la remisión es al Derecho privado catalán.

SEGUNDO: No son atendibles los argumentos expuestos por la parte demandante al oponerse al recurso insistiendo en la aplicación de la legítima prevista en la legislación francesa (art. 913 Cc francés) que es igual a la del Código Civil español aplicado en la sentencia alegando que la voluntad del causante era someterse a la Ley francesa porque se sentía francés; y también que no cabe admitir en nuestro Derecho un fraccionamiento en la sucesión al aplicar diferente ley a los distintos bienes.

El concepto de “legítima” es jurídico, cuyo contenido se integra por la ley aplicable en cuanto norma imperativa, como derecho de legitimario, que no permite al testador elegir la legislación aplicable a su herencia.

Como se ha dicho en Francia el sistema legal sucesorio distingue entre los bienes: remite la Legislación francesa al lugar de residencia del causante para los bienes muebles y al lugar de ubicación para los inmuebles, diferente al sistema español que es universalista en el sentido de unidad de regulación del régimen sucesorio. Sin embargo en este caso no se produce un fraccionamiento en la sucesión porque todos los bienes del causante están aquí.

SUCESIÓN TESTAMENTARIA. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

2017/110.— Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Cuarta, Sentencia de 22 marzo 2017. Ponente: Pablo José Moscoso Torres. Roj: SAP TF 278/2017 – ECLI: ES:APTF:2017:278. Id Cendoj: 38038370042017100079.

Enriquecimiento injusto.— Sucesión por causa de muerte.— Sucesión testamentaria sujeta a la ley alemana.— Institución de heredera universal a la cónyuge del testador.— Procedimiento de divorcio pendiente en Alemania a la muerte del causante.— Escritura de manifestación de herencia y adjudicación de inmueble situado en España.— Venta posterior del mismo.— Protección del tercero registral.— Reclamación por parte de los herederos.

Normas aplicadas: arts. 9.8º, 10.9º, 609, 1778, 1765, 1086, 1897 Cc; §§ 812, 818, 2077, 2258 BGB; art. 34 LH.

PRIMERO: 1. La sentencia apelada desestimó la demanda en la que los actores, como herederos del fallecido don José Pablo, pretendían la condena de la demandada (casada en segundas nupcias con este que, antes de su fallecimiento –el 5 septiembre 2008–, había presentado demanda de divorcio ante el Juzgado de la Ciudad de Regensburg, en Alemania) a devolverles “el importe que obtuvo injustamente al vender como si fuera propia, la mitad indivisa perteneciente al causante de mis representados” del inmueble sito en el Complejo “ (...) “ sito en la (...)de Adeje (Bungalow sencillo (...)) e inscrito en el Registro de la Propiedad de esta Ciudad como finca nº (...).

2. Dicha sentencia parte de la base de un testamento abierto otorgado en el año 1999 –el 18 de marzo– en España en el que el don José Pablo instituyó heredera universal de todos sus bienes presentes y futuros, sitos en territorio español, a la demandada Sra. Emilia, y de la escritura de manifestación de herencia y adjudicación otorgada también por esta el 4 mayo 2012 ante Notario, en la que se adjudicó la mitad indivisa del inmueble citado que correspondía al fallecido Sr. Emilia, en su condición de heredera con base en el testamento otorgado en 1999; tras esta adjudicación procedió a la venta del inmueble a favor de terceros mediante escritura otorgada el 12 diciembre 2012 por un precio de cien mil euros.

Sobre esta base y “aun aceptando que la demanda de divorcio, conforme a la Ley alemana, deja sin efecto la disposición testamentaria hecho a favor del cónyuge...”, dicha resolución observa y advierte que no se ha solicitado, sin embargo, la nulidad de la escritura de adjudicación a favor de la demandada de la mitad indivisa del inmueble, por lo que cuando esta “transmite el bien ostenta, en virtud de escritura

pública notarial, el 100% del inmueble”, de modo que sin la previa declaración de nulidad no es posible estimar las pretensiones formuladas en la demanda, por ser en virtud de tal escritura “legítima propietaria” del inmueble cuando lo transmitió. Además, la sentencia pone algunos reparos a la “pericia de Derecho extranjero” presentada con la demanda, pues el perito no solo se limita a informar del Derecho extranjero, sino que “incide en la interpretación y valoración de la prueba”, como ocurre respecto los testamentos otorgados por el causante, interpretación que “debe ser hecha por el órgano jurisdiccional”, siendo “el principal problema”, por otro lado, que los testamentos del año 2008 (que supuestamente revocan al del año 1999) “no están traducidos al español”. [...]

TERCERO: 1. Como ya se ha anticipado, la cuestión nuclear a dilucidar en el recurso es si, para su estimación, es exigible el presupuesto de la acción que reclama la sentencia apelada, en concreto, el de la declaración previa de la nulidad de la escritura de adjudicación.

2. La exigencia de este presupuesto puede contemplarse bajos dos aspectos: Por un lado, desde el punto vista de la clase o tipo nulidad de que se trate, pues si se configura como una nulidad radical o absoluta no precisa de ninguna impugnación para estimarla e incluso cabe su apreciación de oficio, mientras que de integrar una nulidad relativa (anulabilidad) sí será preciso el ejercicio de la acción. Por otro lado, en relación con el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento, como se sugiere en algún pasaje del recurso, carácter que no se encuentra definido en nuestra jurisprudencia de forma unívoca, sino que, como se ha señalado en la doctrina, son varias las acepciones que pueden encontrarse en la jurisprudencia de ese concepto de subsidiariedad (el de integrar un último recurso, el de su improcedencia cuando falta alguno de sus requisitos, o bien cuando no ha existido empobrecimiento/enriquecimiento alguno), siendo el más correcta el que aparece conectada directamente con la tipicidad o atipicidad de la acción restitutoria a ejercitar, de manera que no puede ejercitarse una acción de enriquecimiento injustificado de carácter general, basada en el principio general que obliga a la restitución de todo enriquecimiento sin justificación, cuando exista una acción específica para obtener la restitución de dicho enriquecimiento.

3. Desde el primer punto de vista hay que destacar que la misma sentencia apelada viene a concluir en la nulidad de la institución de heredero de la demandada hecha en el testamento otorgado en territorio español en el año 1999, cuando señala (párrafo undécimo de su único fundamento de derecho –el segundo es el de costas–) que la norma alemana (el art. § 2077 BGB), aquí aplicable por ser la ley nacional del causante de la sucesión, “determina la ineficacia de las disposición testamentaria hecha a favor del cónyuge cuando existe un procedimiento de divorcio en curso a la fecha de fallecimiento del causante, extremo que en este caso queda acreditado con el documento nº 7 de la demanda”.

A la misma conclusión de la ineficacia de esa institución testamentaria, cabe llegar a la vista del certificado de herederos del juzgado alemán aportado a los autos debidamente traducido, y ello aunque no se haya aportado la traducción de los testamentos manuscritos del causante del año 2008, que aparecen incorporados al expediente seguido en el juzgado alemán, al que se aportó (...) el testamento español de 1999 que, por tanto se tuvo a la vista por el Juez alemán, expediente en el que se dictó el certificado que únicamente contiene como herederos a los actores; a la vista de ese certificado y en función de lo establecido en el art. § 2258 BGB, según el cual el otorgamiento de un testamento revoca el testamento de fecha anterior si aquel contradice a este, hay que concluir también, pese a la no aportación de la traducción de los testamentos manuscritos, que la demandada no era heredera del causante en el momento de su fallecimiento y que la institución de heredero contenida en el testamento otorgado en 1999 quedó ineficaz siendo los únicos herederos de aquél los designados como tales en el certificado alemán, es decir, los actores.

4. Sobre esta base debe contemplarse la escritura de manifestación y adjudicación de herencia en la que la demandada se adjudicó la mitad indivisa de la finca que pertenecía al padre de los actores en su condición de heredera, cuando no tenía esta condición por haber quedado sin efecto como consecuencia de la demanda de divorcio (según se señala en la sentencia apelada) y por haber sido revocada en testamento posterior. Tal escritura tiene el carácter de un negocio jurídico (en este caso unilateral) de fijación

y atribución patrimonial de la adquisición de un bien por sucesión (art. 609 Cc, de aplicación al desconocerse el precepto alemán de aplicación), que tiene como causa y fundamento la condición de heredera de la adjudicataria del bien. Pues bien, si la adjudicataria no reúne esa condición de heredera, se produce un supuesto de inexistencia de la causa del negocio que implica la nulidad radical o absoluta por la falta de uno de sus elementos esenciales sin el cual no puede existir; no se trata, pues, de un vicio o motivo de nulidad que reclame la acción de anulabilidad para la constatación de su ineficacia, sino de la ausencia de ese elemento que implica la nulidad radical de negocio. Así se viene a recoger en el art. 1086 Cc cuando señala que la partición (es decir, la adjudicación) hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula, obviamente radicalmente nula por ausencia de la causa del negocio. Ciertamente ello es así conforme a esta disposición y las demás concordantes de nuestro Código civil, que, no obstante y en ausencia de las disposiciones más específicas del ordenamiento alemán, son las aplicables.

5. Por tanto, si la escritura de aceptación y adjudicación de herencia es radicalmente nula, ninguna necesidad existe de formular con carácter previo la acción de nulidad (de anulabilidad) para tenerla como tal, ni desde luego, esa escritura puede representar un título que permita conferir a la demandada la condición de “legítima” propietaria –como se le califica en la sentencia apelada– hasta tanto no se anule dicha escritura. Aquella es simplemente una propietaria “aparente” precisamente por la mera apariencia que le otorga la escritura y la posterior inscripción en el Registro, pero esa apariencia no la convierte en “legítima” mientras no se anule, pues adolece de nulidad radical que le impide la producción de cualquier efecto jurídicos ni de consecuencias de este carácter. Es cierto que esa misma apariencia puede producir algún efecto (como el de la protección del tercero que ha adquirido el bien confiando en la publicidad registral y cumple con el resto de los requisitos del art. 34 LH) pero por sí mismo no convalida una nulidad que por su carácter no es convalidable ni susceptible de confirmación. En definitiva y para apreciar su nulidad no es preciso el ejercicio de una específica acción de nulidad al respecto, ya que puede estimarse y apreciarse incluso de oficio.

CUARTO: 1. En relación con el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento y conforme a lo señalado, es preciso insistir en que no resulta improcedente si existe otra acción específica que permite la restitución de lo enriquecido; aquí la acción de nulidad de la escritura no permitiría, por sí sola, esa restitución sino que, además, habría que entablar junto con ella y acumuladamente la de nulidad de la escritura de venta otorgada por la demandada respecto de la mitad indivisa transmitida por ésta sin ser propietaria de ella, para que los actores pudieran recuperar la propiedad de esa mitad indivisa.

2. Sin embargo, tampoco el ejercicio de esas acciones de nulidad (y consiguiente reivindicatoria) permitiría la recuperación de la propiedad ni la restitución de lo enriquecido (ni tampoco la reparación del empobrecimiento correlativo) en la medida en que, como señalan los apelantes en su primera alegación del recurso, los adquirentes en la escritura de venta otorgada por la demandada el 12 diciembre 2012 tienen la condición de terceros del art. 34 LH, al haber adquirido a título oneroso y de buena fe de quien, según el Registro, aparecía con facultades para disponer, y haber procedido a su vez a la inscripción de su derecho, de manera que su adquisición lo es, y lo fue, con carácter irreivindicable, debiendo ser mantenidos en su adquisición. Ni siquiera con base en la suspensión de la fe pública registral respecto de los bienes adquiridos por herencia prevista en el art. 28 LH impediría esa suspensión, pues la suspensión se produce durante un período de dos años contados a partir del fallecimiento del causante y, en este caso, el fallecimiento se produjo 4 mayo 2010 en Bremen –Alemania–, mientras que la escritura de venta se otorgó el 12 diciembre 2012.

3. No existiendo, por tanto, ninguna acción específica para obtener la restitución, opera con plena virtualidad la acción de enriquecimiento pese a su carácter subsidiario o precisamente por este carácter; en realidad, en nuestro Código civil se contemplan algunos supuestos de acción de restitución por falta de causa en determinados supuesto de disposición de cosa ajena (art. 1778, e incluso el art. 1765 y también el art. 1897) y tanto la doctrina como la jurisprudencia contempla como supuesto típico de la acción de enriquecimiento sin causa o sin justificación, con base en el principio general de la proscripción del enriquecimiento sin justificación, los casos de disposición de un bien ajeno que ha sido adquirido por el

tercero con carácter irreivindicable y frente al que no se puede dirigir el perjudicado para la restitución del enriquecimiento por ese motivo.

4. Esto es lo que ocurre en el presente caso en el que resulta procedente la acción entablada sin que a ello se oponga la razón fundamental en la que se apoya la sentencia apelada de no haberse promovido con carácter previo la acción de nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación, pues, primero, se trata de una nulidad radical y absoluta, y, segundo, el ejercicio de esa acción no habría permitido la restitución, lo que hace procedente la acción de enriquecimiento.

5. A la misma conclusión habría que llegar con la aplicación del ordenamiento alemán (§ 812 y § 818 del BGB) que sería aplicable no solo o no ya por sus disposiciones, sino por aplicación del art. 10.9º, párrafo tercero, del Cc, en relación con el art. 9.8º del mismo Código, y ello de acuerdo con el informe pericial acompañado que acredita la vigencia y contenido de la Ley aplicable, si bien valorando dicho informe en lo que se refiere a su objeto propio (es decir, la vigencia y contenido de esa Ley) al margen de las valoraciones de interpretación que en el mismo se contiene y que reprocha como improcedentes la sentencia apelada.

QUINTO: 1. Procede, por tanto, estimar la demanda. Cuestión diferente es el importe de la cantidad que debe restituirse; en la demanda lo que se solicita es la cantidad correspondiente al valor de lo indebidamente transmitido (es decir, la mitad del precio recibido por la venta más la diferencia entre el 50% de ese precio y la mitad de su valor real) con base en el § 818 del BGB, de acuerdo con el informe de valoración aportado con la demanda, en el que se valora el bien en 154.402,87 euros, de manera que, al margen de algunas dudas en la interpretación de ese precepto, el valor a restituir sería de 72.201,45 euros, mientras que el precio recibido por la demandada fue de 100.000 euros, de manera que el beneficio y enriquecimiento de ésta sin justificación fue de 50.000 euros.

2. No obstante, el dictamen de valoración no vincula al tribunal y debe apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC); en este caso, considera el tribunal que el referido dictamen no se tiene en cuenta debidamente el momento de la transmisión con la situación de crisis que, según es notorio, afectaba al sector de la construcción y promoción inmobiliaria en urbanizaciones turísticas y que momento en el que existía, como se refleja en el mismo informe, una situación de oferta de venta media-alta de edificios terminados y una demanda media-baja de las mismas edificaciones, lo que necesariamente tendría que traducirse en una sensible bajada de su valor de mercado con relación al señalado en el informe. En tales circunstancias entiende el tribunal, que el valor debe reducirse por ese factor en un 20 %, quedando fijado en 123.522,29 euros, de manera que la demandada se encuentra obligada a restituir, salvo error en el cálculo, la cantidad de 61.761,10 euros como valor de la mitad indivisa objeto de la transmisión indebida, valor que debe restituirse conforme a lo dispuesto en el § 818 del BGB.

SEXTO: 1, Procede, en atención a lo expuesto, estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar la sentencia apelada, para estimar sustancialmente la demanda y condenar a la demandada al pago de la cantidad señalada.

CRÓNICA DE DERECHO INTERTERRITORIAL

Dirección de

Rafael ARENAS GARCÍA y Albert FONT I SEGURA•

Comentarios de

Rafael ARENAS GARCÍA, Albert FONT I SEGURA y
Josep M. FONTANELLAS MORELL

• La contribución de este autor ha sido financiada por el Proyecto de investigación DER2016-77190-R, “Balance de 38 años de plurilegislación civil postconstitucional: situación actual y propuestas de futuro”, dirigido por el Profesor Santiago Álvarez González.

CRISIS DE PAREJA Y RÉGIMENES ECONÓMICOS

Albert FONT I SEGURA *

1. Las crisis matrimoniales y la determinación del régimen económico matrimonial generan una copiosa jurisprudencia en materia de Derecho interterritorial, dada la pluralidad normativa en estos ámbitos y el elevado número de sentencias en materia de crisis matrimoniales. Esta jurisprudencia puede ordenarse de acuerdo con distintos perfiles. Así, una de las cuestiones que derivan de las crisis matrimoniales que ha suscitado de nuevo controversia este año es el de la aplicación del Derecho valenciano. Este es un tema del que se ocupa Rafael Arenas en un apartado distinto por las peculiaridades que presenta como consecuencia de las sentencias del TC (STC82/2016, de 28 abril, en la que se declara la inconstitucionalidad de la Ley valenciana sobre régimen económico matrimonial; STC 110/2016, de 9 junio, en la que se declara la inconstitucionalidad de la Ley valenciana sobre uniones de hecho; y la STC 192/2016, de 16 de noviembre, en la que se declara la inconstitucionalidad de la Ley valenciana sobre relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven). Por consiguiente no va a ser tratado en esta nota. No obstante, sí va a hacerse referencia a aquellas resoluciones que, más allá de la delimitación unilateral del derecho valenciano, plantean algún punto de interés para el sistema en general.

2. Otro aspecto que sale reiteradamente en estas crónicas es la invocación de la vecindad civil como elemento de sujeción a alguno de los Derechos civiles coexistentes en España, salvo el Derecho civil común. En una clara prueba de que la pluralidad normativa no se asienta realmente en la paridad entre los distintos Derechos civiles españoles. En efecto, se trata de supuestos homogéneos en los que no procede aplicar el sistema de Derecho interterritorial o, por el mismo carácter homogéneo, no procedería subrayar la vecindad civil de los implicados para justificar la aplicación del Derecho civil al que están sujetos. La primera afirmación es evidente, si el supuesto es homogéneo, no hay conflicto de leyes y, si no hay conflicto de leyes, no hace falta aplicar la norma de conflicto correspondiente para designar el Derecho aplicable. No obstante, la segunda afirmación no lo es tanto. La pluralidad normativa está vigente en todo el territorio español y cualquier español está sujeto a alguno de los Derechos civiles españoles, tanto los de vecindad civil común como las de cualquier otra vecindad civil, véase sino el art. 14.1º Cc “La sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”. Por lo tanto, o bien cualquier juez debería considerar la vecindad civil de las partes en el litigio, con independencia del lugar en el que este juez tenga la sede-territorio con Derecho civil propio o no- y con independencia también de la vecindad civil de las partes, o bien cualquier juez debería aplicar directamente el Derecho civil del territorio en el que tenga su sede salvo que se acredite que las partes están sujetas a otro Derecho civil español. Esta es una cuestión no resuelta y en la práctica se constata que únicamente los tribunales con sede en territorio con Derecho civil propio mencionan la vecindad civil de las partes para justificar la aplicación del Derecho civil autonómico en cuestión [así SAP Barcelona 12ª de 15 de septiembre (JUR\2017\77778); SAP Barcelona 12ª de 6 de octubre (JUR\2017\50850); SAP Barcelona 18ª de 12 de julio –invocando asimismo el principio de territorialidad– (JUR\2017\32583); SAP IB 4ª de 25 de julio (JUR\2016\210201); SAP Tarragona 1ª de 7 de julio –invocando asimismo el principio de territorialidad– (JUR\2016\237663); SAP Barcelona 16ª de 23 de febrero (JUR\2016\102035)]. Una parte del problema tiene origen en la importancia atribuida a la vecindad civil para determinar el alcance territorial de los distintos Derechos civiles españoles, especialmente los genéricamente mal llamados derechos forales. La vecindad civil se constituyó en baluarte defensivo frente al también mal llamado derecho común. Esta concepción está ya caduca, pero continúa teniendo un fuerte arraigo, tanto es así que incluso en supuestos heterogéneos en que debería acudir a la norma de conflicto correspondiente

* Profesor titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra

para establecer el Derecho aplicable, algunos tribunales se limitan a establecer la vecindad civil de las partes para saber qué ley debe ser aplicada [así, SAP Barcelona 12ª de 15 de septiembre (JUR\2016\237920); SAP Ourense 1ª de 29 de julio (JUR\2016\208772); SAP Barcelona 18ª de 12 de julio (JUR\2016\213301); SAP León 2ª de 24 de octubre (JUR\2016\254318); SAP Madrid 10ª de 28 de septiembre (JUR\2016\249358)], tal es la identificación existente entre vecindad civil y sistema de Derecho interterritorial, entre vecindad civil y determinación del Derecho aplicable. No obstante, incluso en supuestos en los que se acaba aplicando una ley distinta a la de la vecindad civil, se ignora la norma de conflicto correspondiente. Así puede comprobarse en la SAP de Barcelona 18ª de 12 de julio (JUR\2016\213301) en la que, corrigiendo al juez de primera instancia que había aplicado el CC estatal por corresponder con la vecindad civil de los litigantes, se aplica el CCCat en relación a los efectos del divorcio por estar la última residencia familiar en Cataluña, cuando lo que procedía era aplicar la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda conforme a la versión del art. 107 Cc vigente en el momento de la interposición de la demanda.

3. Por el contrario hay otras sentencias en las que se detecta la heterogeneidad y se aplica el Derecho civil español designado por la norma de conflicto. Esto es, se percibe el conflicto de leyes y se resuelve aplicando la norma de conflicto correspondiente, aunque sea mal. Es el caso de la SAP de Tarragona 1ª de 15 de septiembre (JUR\2016\33615). El objeto del recurso se refiere a la pensión compensatoria y al uso de la vivienda familiar en el marco de un procedimiento de divorcio en relación a una pareja de la que sabemos que tenía la vecindad civil común al contraer matrimonio en Castellón en 1982 y cuya residencia familiar se encontraba en Cataluña desde entonces. Las cuestiones objeto de recurso se incardinan más bien en los efectos del divorcio y por consiguiente correspondía aplicar el art. 107 Cc, en la versión vigente en 2014, que con los datos de que se dispone llevaba posiblemente a determinar como aplicable el Derecho civil catalán. No obstante, el tribunal califica estas cuestiones como efectos del matrimonio y aplica el CC estatal “en atención al lugar de celebración y vecindad civil común de los contrayentes en Castellón” de acuerdo con el art. 9.2º Cc.

Particularmente interesante por su pulcritud es la SAP Barcelona 11ª de 11 de julio (JUR\2016\211438) donde se disecciona claramente el Derecho aplicable a cada una de las cuestiones que se suscitan en el litigio: donación, régimen económico matrimonial y división de condominio, considerando para cada una de ellas la norma de conflicto aplicable en relación al art. 16.1º Cc. Así, la división de cosa común será regida por la ley catalana, puesto que la finca se encuentra situada en Cataluña (art. 10.1º Cc), mientras que el régimen económico matrimonial y la donación quedan sujetos a la ley balear en virtud de los arts. 9.2º y 10.7º Cc, teniendo en cuenta la vecindad civil poseída por los contrayentes (art. 14 Cc).

La SAP Barcelona 14ª de 14 de abril (JUR\2016\147664) aplica, en cambio, correctamente el art. 9.2º Cc a raíz de la apertura de un juicio verbal como procedimiento para la rectificación de asientos debida a la calificación efectuada por el registrador de la propiedad en relación al carácter, privativo o ganancial, de unos bienes relictos. El origen se encuentra en el hecho de que se inscribió en el Registro de la propiedad que los bienes se adquirieron con sujeción al régimen de separación de bienes. La resolución tiene presente el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial y los problemas suscitados como consecuencia de la celebración del matrimonio en 1971, con anterioridad a la entrada en vigor de la CE. En efecto, al poseer el contrayente varón vecindad civil gallega al contraer matrimonio en Barcelona con contrayente con vecindad civil catalana, y no haber transcurrido más de 10 años de residencia en Cataluña cuando se celebró el matrimonio, ésta adquirió la vecindad civil del marido y el régimen económico matrimonial se determinaba de acuerdo con esta vecindad civil. Con cita de jurisprudencia, la AP de Barcelona acaba concluyendo que el régimen económico matrimonial era el de gananciales. La sentencia es prueba de los problemas derivados de una falta de percepción de la situación interterritorial, como pone de manifiesto la AP “error que en la práctica forense se ha observado que ocurre, pues se cree que el régimen económico en Cataluña es siempre la separación de bienes, olvidándose que éste sólo tiene carácter supletorio para quienes tengan la vecindad civil catalana cuando contrajeron matrimonio”. Un caso similar se ventiló ante la AP de Barcelona 16ª, resuelto en sentencia de 29 de abril (JUR\2016\147557), se trataba de un litigio referente a la titularidad dominical de una

finca como consecuencia de un juicio que tenía por objeto la división de cosa común. La AP debe pronunciarse sobre el régimen económico matrimonial del causante de una sucesión sujeta al Derecho civil catalán de acuerdo con el art. 9.8º Cc. Se trata de nuevo de un matrimonio celebrado el 1975 en Barcelona con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución por marido sujeto al Derecho civil aragonés, de forma que el régimen matrimonial era el de comunidad limitada de bienes conforme al Derecho civil aragonés vigente al contraerse el matrimonio, de acuerdo con las versiones del art. 9.2º Cc y 14.1 CC de aquel entonces.

De forma también acertada la SAP Huesca 1ª de 19 de febrero (JUR\2016\88153) determina la aplicación del Derecho civil aragonés designado por la norma de conflicto relativa a la capacidad, art. 9.1º Cc, y por la norma de conflicto referente a los efectos del matrimonio, art. 9.2º Cc, en relación a un procedimiento de divorcio instado por demandado que sería incapacitado con posterioridad al inicio del mismo, pero con anterioridad a la interposición del recurso. Una de las cuestiones gira en torno a la capacidad del demandado para interponer el recurso. En el supuesto, el CC se aplica con carácter supletorio al constatar la AP que, pese a que la persona poseía vecindad civil aragonesa adquirida por residencia de 10 años en Aragón, el CDFA no contiene disposiciones al respecto. La otra cuestión, y que constituye el objeto principal del litigio, se refiere al uso de la vivienda, que lleva a la determinación del régimen matrimonial por cuanto el demandante solicitaba que se atribuyera el uso de la vivienda una vez se hubiera liquidado el consorcio conyugal. En este contexto, la AP puntualiza que, en efecto, el régimen económico matrimonial venía presidido por el Derecho aragonés por ser Huesca el primer lugar en el que establecieron su residencia habitual, en virtud del art. 9.2º Cc. La sentencia destaca asimismo por considerar aplicables ambas normas de conflicto, art. 9, aps. 1º y 2º, en consonancia con el art. 16.1º Cc.

4. El factor interterritorial puede también aparecer cuando el supuesto es internacional. En efecto, puede que el ordenamiento español sea de aplicación a un supuesto internacional y quepa plantearse cuál de los Derechos civiles españoles es de aplicación, dado su carácter plural. Todos los supuestos encontrados se han dictado por tribunales con sede en Alicante, estando en juego la aplicación de la custodia compartida prevista en el entonces vigente Derecho valenciano. Esto es lo que sucede en la SAP 4ª Alicante de 13 de abril (JUR\2017\146451), si bien no se resuelve satisfactoriamente. El supuesto hace referencia a la guardia y custodia de un menor con residencia habitual en Alicante nacido en Argentina cuya madre adquirió la nacionalidad española y optó por la vecindad civil valenciana. Se desconoce la nacionalidad del menor y la del padre. El tribunal concluye que es de aplicación el Derecho civil común siguiendo un camino erróneo al aplicar el art. 9.2º y 16.3º Cc, que hacen referencia a los efectos del matrimonio. No obstante, el instrumento que correspondía aplicar era el Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños cuyo art. 15 nos conduce a la aplicación de la ley española, plural en esta materia, lo que obliga a tomar en consideración las normas para resolver los conflictos internos de leyes de acuerdo con el art. 48.a). En este sentido, en aplicación del art. 16.1º Cc, cabe remitirse al art. 9.4º Cc que designa como aplicable el Derecho del territorio en el que el menor tenga su residencia habitual, dado que la ley de la nacionalidad no puede ser aplicada porque designaría como aplicable un Derecho extranjero y de acuerdo con el Convenio de La Haya de 1996 debe aplicarse el Derecho español. En consecuencia, el Derecho que correspondía aplicar era el valenciano. No obstante, se presenta aquí un problema interesante porque el Derecho valenciano no tiene vocación de ser aplicado al restringir su alcance a menores que posean la vecindad civil valenciana. El sistema entra en contradicción porque la norma general determina como aplicable un Derecho español que no quiere ser aplicado. Todo ello no hace más que poner de manifiesto que las normas unilaterales contenidas en los Derechos autonómicos perturban la regulación uniforme de los conflictos internos de leyes. El TC ha resuelto ya esta cuestión.

En la misma línea, ignorando la aplicación del Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, *vid.* SAP 4ª de 18 de octubre (JUR\2017\40103) e invocando también los arts. 16.3º y 9.2º Cc para determinar la ley aplicable a la guardia y custodia. En este caso el padre era español, peruano en origen, y la madre danesa, sin que conste la nacionalidad de sus hijos, aunque sí su residencia en Alicante. La sentencia muestra la preocupación por delimitar la aplicación del Derecho valenciano frente al Derecho civil común. Sin constar

acreditada la vecindad civil valenciana de los hijos, se aplica el Derecho civil común, pese a tener la residencia habitual en la Comunidad Valenciana, cuya legislación hubiera debido ser aplicada si no existiera la norma delimitativa presente en la Ley 5/2011, de la Generalitat Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

Se rechaza igualmente la aplicación de la legislación valenciana en la SAP Alicante 6ª de 31 de marzo (JUR\2017\147304) sin explicitar en ningún momento los preceptos que llevan al tribunal a esta conclusión y atendiendo, no a la vecindad civil de los hijos, si no a la de los progenitores.

Otra sentencia que debe ser anotada en este punto es la SAP 4ª de Alicante de 18 de octubre (JUR\2017\39975), también relativa a la guardia y custodia. El supuesto presenta igualmente un factor de internacionalidad al ser la madre colombiana, aunque el padre, nacido en Murcia, posiblemente sea español. En este supuesto la aplicación del Derecho civil común es clara. El tribunal debía haber aplicado el Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños que determina como aplicable la ley española, de acuerdo con el art. 15. El carácter plural de nuestro ordenamiento en esta materia obliga a tomar en consideración las normas para resolver los conflictos internos de leyes de acuerdo con el art. 48.a). En este sentido, en aplicación del art. 16.1º Cc, procede aplicar el art. 9.4º Cc, en la versión de 1996, que lleva a la aplicación de la ley personal del hijo, de manera que, si el padre es español, nacido en Murcia, puede intuirse que éste posee vecindad civil común, igual que el hijo, en virtud del art. 17.a) Cc, por lo que se refiere a la nacionalidad, y al art. 14.1º Cc, en relación a la vecindad civil.

5. Finalmente, dos sentencias nos permiten sacar a colación otra cuestión sobre la que el legislador debería reflexionar. Las crisis matrimoniales “despiertan” el sueño del régimen económico matrimonial. En efecto, la disolución del vínculo matrimonial exige la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. En un país con un ordenamiento unitario en materia de Derecho civil esta cuestión no genera una abundante jurisprudencia, más allá de la concreción de las reglas del régimen al que los contrayentes estaban sometidos en defecto de pacto. Ahora bien, en un ordenamiento plurilegislativo como el nuestro, además de la litigiosidad derivada de la falta de acuerdo respecto de la interpretación de las reglas que rigen el régimen económico matrimonial, se añade otro problema, consistente en la determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial y, por lo tanto, del establecimiento del régimen existente constante matrimonio. Esta es una singularidad propia de los supuestos heterogéneos que, en países con un ordenamiento plurilegislativo, se da con mucha mayor frecuencia que en países con un ordenamiento unitario, donde el problema únicamente se suscita respecto de supuestos internacionales. Siendo esto así, se constata que los tribunales no tienen claro el alcance de la solución adoptada en los litigios en materia de disolución del vínculo matrimonial con respecto a la determinación del régimen económico matrimonial. Así, puede comprobarse cómo este año en dos sentencias distintas se llega a conclusiones distintas. En la SAP Madrid 10ª de 28 de septiembre (JUR\2016\249358), la Audiencia invoca el efecto de cosa juzgada de la declaración y correspondiente liquidación del régimen económico matrimonial (sociedad legal de gananciales conforme al Cc) establecida en la sentencia de divorcio, frente a la pretensión de la demandante que aspiraba a que se declarara el régimen de separación de bienes por poseer la vecindad civil mallorquina al momento de contraer matrimonio. En cambio, la SAP Murcia 4ª de 20 de octubre (JUR\2016\257328) rechaza la nulidad de actuaciones e incongruencia invocadas por la parte recurrente por entender que el juez de primera instancia debía pronunciarse sobre el régimen económico matrimonial de separación de bienes. La AP afirma que el proceso iniciado es un procedimiento de divorcio que afecta al estado civil de las personas y en esta sede el tribunal no puede pronunciarse sobre cuestiones que son propias de otros procedimientos. Según el tribunal, lo único que procede es declarar disuelto el régimen matrimonial, sea cual sea. Así, el establecimiento del régimen económico matrimonial se fija en un procedimiento declarativo o especial.

El legislador debería tomar en consideración la realidad plurinormativa del ordenamiento español y ofrecer mecanismos procesales que permitieran resolver una cuestión tan íntimamente vinculada como la determinación del régimen económico matrimonial en procedimientos relativos a la disolución del

vínculo matrimonial. Un canal procesal mediante el cual se reflejara una necesaria adaptación en beneficio de los justiciables podría consistir en la reintroducción de la pieza separada.

Audiencia Provincial de Huesca, Sección Primera, Sentencia nº 31/2016, de 19 de febrero. Ponente: Antonio Angós Ullate. JUR\2016\88153.

Nulidad, separación y divorcio.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º, 9.2º, 14 y 16 Cc.

SEGUNDO: [...] 5. Hemos de aclarar que, conforme a los arts. 9.1º, 14.5-2.º y 16.1º Cc, el Código de Derecho Foral de Aragón es aplicable como ley personal del demandante, en tanto que residió en Aragón durante más de diez años (el matrimonio se celebró en 2000), por lo que adquirió la vecindad civil aragonesa, una vez que no consta manifestación en contrario ante el Registro Civil y que no ha vuelto a transcurrir ese plazo desde que, en 2014, se marchó a vivir a su lugar de naturaleza, Ciudad Rodrigo, Salamanca, y después a Sancti-Spiritus, también en la provincia de Salamanca. No obstante, el Código de Derecho Foral de Aragón no contiene norma especial alguna sobre la materia discutida.

6. De la misma manera, procede puntualizar que los litigantes se casaron en Huesca y que también establecieron su primera residencia en Huesca, como resulta de los documentos unidos a las actuaciones y de las pruebas practicadas en la vista que aparecen en la grabación, por lo que, conforme al art. 9.2º Cc (en relación con su art. 16.1º), el régimen económico matrimonial, a falta de pacto en contrario, es el consorcio conyugal aragonés, como corrobora la declaración de la demandada cuando aludió a que tuvo que renunciar al “expectante” en una escritura pública de venta de un bien privativo de su marido.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, Sentencia nº 50/2016, de 23 de febrero. Ponente: Jorge Seguí Puntas. JUR\2016\102035.

Nulidad, separación y divorcio.

SEGUNDO: [...] Presupuestos fácticos de la controversia

Los hechos admitidos y/o acreditados básicos para la decisión de la controversia son los siguientes:

1º) Jorge y Ángeles contrajeron matrimonio canónico en esta ciudad en fecha 24 junio 1981, quedando esa unión sujeta al régimen supletorio legal de separación de bienes dada la vecindad civil catalana de sus integrantes;

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, Sentencia nº 73/2016, de 31 de marzo. Ponente: Encarnación Caturla Juan. JUR\2017\147304.

Nulidad, separación y divorcio. Alimentos familiares.

SEGUNDO: [...] Sin que en el presente caso se pueda aplicar la Ley Valenciana relativa a la custodia compartida, por cuanto que los progenitores no ostentan la condición de vecindad civil valenciana. No concurriendo los requisitos necesarios para adoptar dicho régimen al haber fijado la madre su residencia en el Reino Unido tras la sentencia dictada en el presente procedimiento. Régimen que tampoco se hubiese acordado, en virtud de lo anteriormente expuesto, de haber permanecido la demandante residiendo en España.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia nº 141/2016, de 13 de abril. Ponente: Paloma Sancho Mayo. JUR\2017\146451.

Nulidad, separación y divorcio. Alimentos familiares.

Normas aplicadas: 9.2º, 14 y 16.3º Cc; art. 2 Ley 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven

PRIMERO: Por la dirección letrada de la parte recurrente se impugna la sentencia de instancia en cuanto desestimó su pretensión de cambio en el régimen de guarda y custodia paterna a favor de una compartida entre ambos progenitores. Cuestiona la parte el pronunciamiento en el que se basa la juzgadora para la desestimación de sus peticiones con base en que no es de aplicación la Ley Valenciana 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pues el menor carece de la vecindad civil valenciana necesaria para la aplicación de la misma.

El art. 2 de la citada Ley mantiene que ésta, se aplicará a los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores que ostenten la vecindad civil valenciana cuyos efectos deban regirse por la Ley Valenciana conforme al art. 3, 4º del Estatuto de Autonomía. Dicho precepto estatutario establece literalmente en su punto primero que “a los efectos de este Estatuto, gozan de la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunitat Valenciana”. En el presente supuesto de la prueba practicada, como bien recoge la sentencia, no se ha verificado que su hijo haya adquirido tal vecindad. El art. 14 Cc en sus puntos 5º y 6º establece que “la vecindad civil se adquiere, por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”. De la prueba que obra unida a las actuaciones se desprende que el hijo de los litigantes nació en Argentina y de la prueba practicada únicamente se acredita que la madre adquirió la nacionalidad española optando por la vecindad civil valenciana, no alterándose las circunstancias del resto de la familia. En suma, aplicando al caso todos los preceptos citados, junto con el art. 16.3º Cc en relación con el art. 9.2º del mismo texto legal se concluye que ésta no es de aplicación al caso litigioso, sino que debe considerarse aplicable al presente supuesto el Derecho común.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimocuarta, Sentencia nº 114/2016, de 14 de abril. Ponente: Agustín Vigo Morancho. JUR\2016\147664.

Regímenes económico matrimoniales. Matrimonio. Derecho inmobiliario registral.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º, 9.3º, 12, 13, 14, 16.1º, 16.3º, 107 Cc.

SEGUNDO: [...] En conclusión, en el presente caso el matrimonio se contrajo en el año 1971, con anterioridad a la vigencia de la Constitución Española, por lo que la esposa siguió la vecindad civil común del marido, lo que supone que el régimen económico del matrimonio era el de gananciales. Este régimen no se modificó por pactos posteriormente, por lo que el mismo es inmutable durante todo el matrimonio hasta su extinción por muerte de la esposa, que supuso también la extinción de la sociedad de gananciales (art. 1.392.1º Cc).

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, Sentencia nº 136/2016, de 29 de abril. Ponente: Marta Rallo Ayezuren. JUR\2016\147557.

Nulidad, separación y divorcio. Propiedad Horizontal. Comunidad de bienes.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º, 9.3º, 14, y 16.1º Cc

[...] Para los conflictos de leyes entre las distintas legislaciones civiles en el territorio español, el art. 16.1º Cc español (Cc) remite –y remitía en 1975– a las normas de derecho internacional privado de los arts. 8 Cc y ss.

El art. 9.3º Cc, en 1975, decía que las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones (no consta ni se ha alegado la existencia de capitulaciones en el caso), se regían por la misma ley que las relaciones personales, es decir, la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración (art. 9.2º Cc).

Conforme al art. 14.1º Cc, la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil. El Sr. Jesús Manuel nació en Zaragoza documentos 4, 12 y 13 de la demanda–, de padres de vecindad civil aragonesa – sentencia de esta Sección 16ª, de 20 marzo 2001, que resolvió el recurso de apelación del juicio de reclamación de la legítima de los tres hijos de la actora y el Sr. Jesús Manuel I, contra la Sra. Natividad (...).

Es cierto que pudo cambiar de vecindad civil cuando pasó a residir en Barcelona, pero no se alega ni se prueba que hiciera una manifestación de voluntad en ese sentido, tras una residencia continuada de 2 años (art. 14.3.1º Cc), o que, en 1975, llevara residiendo diez años en Cataluña (art. 14.3.2º Cc)

Por nacimiento, por filiación y, en última instancia, en aplicación de la norma de cierre del art. 14.5º Cc (“en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar del nacimiento”), ha de concluirse la vecindad civil aragonesa del Sr. Jesús Manuel, con los efectos en cuanto al régimen económico matrimonial

Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, Sentencia nº 380/2016, de 7 de julio. Ponente: Manuel Horacio García Rodríguez. JUR\2016\237663

Nulidad, separación y divorcio. Patria potestad.

Normas aplicadas: Arts. 111–3 CCCat.

SEGUNDO: [...] Finalmente, se invoca la primacía de la ley estatal para la fijación de la custodia compartida con invocación de dos sentencias del Tribunal Constitucional. No lo podemos compartir. El marco jurídico viene dado por el Libro II del CCCat. pues ambos progenitores tienen vecindad civil catalana y resulta de aplicación, por el principio de territorialidad proclamado en el art. 111–3, el art. 233–8.1 CCCat que regula la custodia compartida en materia de responsabilidad parental, en la medida de lo posible, sin necesidad de que concurra la petición del Ministerio Fiscal, que, por otro lado, tampoco lo exige la ley estatal ni el Tribunal Constitucional, lo único que ha requerido el Tribunal Supremo es que uno de los progenitores la solicite (STS 15 junio 2016).

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, Sentencia nº 208/2016, de 11 julio. Ponente: Antonio Gómez Canal. JUR\2016\211438.

Nulidad, separación y divorcio.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º, 10.1º, 10.7º y 16 Cc.

[...] 2º:– en cuanto a la Ley aplicable a dichas acciones debemos distinguir: a.– a la divisoria del condominio sobre un bien raíz situado en Catalunya, para el caso de apreciar legitimación sustantiva de quien la ejercitó (arts. 10 LEC y 552–10.1 CCCat .), sería la contenida en el Codi Civil de Catalunya por aplicación de los arts. 10.1º y 16.1º Cc y 111–3.1º CCCat . y b.– por el contrario, el régimen económico matrimonial de los sres. Adela – Jose Antonio así como la posible donación del bien raíz litigioso, se regirán por el Derecho balear conforme a los arts. 9.2º, 10.7, 14.1º y 16.1º Cc habida cuenta que: – la primera residencia habitual común de los cónyuges, de distinta vecindad civil al contraer matrimonio en el año 1999 (catalana él y balear ella), se fijó en Calvià (Mallorca) según reconoce el Letrado del sr. Jose Antonio en la audiencia previa a partir del minuto 12 y 31 segundos y por ello dedica buena parte de su escrito de formalización a glosar el Derecho civil propio de las Islas Baleares y – sentado que el matrimonio no altera la vecindad civil de los contrayentes (art. 14.4º Cc), la sra. Adela no consta que llegara a adquirir la vecindad civil catalana pues aunque la pareja se trasladó a Barcelona en fecha indeterminada tras formalizar su relación, consta en autos que aquella regresó a Calvià en agosto de 2005 (documento 10 de la reconvención), antes del plazo a que se refiere el art. 14.5.2º Cc.

Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia nº 251/2016, de 25 de julio.
Ponente: Mª Pilar Fernández Alonso. JUR\2016\210201.

Nulidad, separación y divorcio. Patria potestad.

CUARTO: [...]

La pertinencia de dicha compensación, aunque el régimen económico matrimonial venga derivado de la vecindad civil de los contrayentes, viene reconocida por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears de 24 marzo 2010 [...]

Audiencia Provincial de Ourense, Sección Primera, Sentencia nº 282/2016, de 29 de julio. Ponente: Angela Domínguez–Viguera Fernández. JUR\2016\208772.

Seguro. Responsabilidad extracontractual.

Normas aplicadas: Arts. 14 Cc.

SEGUNDO: Cuestiona la parte apelante tal conclusión, pues alegaba en la demanda que el régimen económico matrimonial era el de separación de bienes, al haber contraído matrimonio en Barcelona. El motivo no se estima, pues el mero hecho de la celebración del matrimonio en un lugar determinado en que rige el Derecho civil especial, no determina la adquisición de la vecindad civil correspondiente a dicho territorio, sino que, conforme al artº14.1º Cc, la determina el nacimiento o en su caso la residencia continuada durante 10 años, sin declaración en contrario durante ese plazo. Extremo este improbable (no se aporta siquiera la certificación de empadronamiento) ni siquiera alegado en la demanda, por lo que tampoco integraba la causa de pedir. No constatándose dicha residencia en el

Registro Civil Central durante tal período de tiempo y siendo ambos de vecindad civil gallega en razón de su origen y nacimiento, el régimen económico matrimonial es el de sociedad de gananciales, al remitirse la legislación especial gallega, en este aspecto, al Código Civil, en ausencia de capitulaciones matrimoniales. Por así establecerlo también, el artº 14.6º Cc, “en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, Sentencia nº 640/2016, de 15 septiembre.
Ponente: Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR/2017/77778.

Nulidad, separación y divorcio.

SEGUNDO: El régimen económico matrimonial que regía el matrimonio de los sujetos de la presente relación jurídico-procesal, era el de separación de bienes, al ostentar los consortes la vecindad civil catalana en el momento de la celebración del enlace matrimonial, y no constar la existencia de capitulaciones matrimoniales con adopción de régimen de distinta naturaleza.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, Sentencia nº 642/2016 de 15 septiembre.
Ponente: Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR/2016/237920.

Nulidad, separación y divorcio. Regímenes económico matrimoniales

SEGUNDO: [...] En base a las consideraciones jurisdiccionales explicitadas, emanadas de las pruebas practicadas, procede apreciar la vecindad civil común de las partes en el momento de la celebración del matrimonio, lo que determina que, en ausencia de capítulos matrimoniales, antes o después del matrimonio, apreciemos que el régimen económico matrimonial de las partes era el de sociedad de gananciales, en base a lo dispuesto en el art. 1316 Cc.

Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, Sentencia nº 415/2016, de 15 de septiembre.
Ponente: Manuel Horacio García Rodríguez. JUR/2016/33615.

Nulidad, separación y divorcio.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º Cc

SEGUNDO: La resolución del recurso exige previamente determinar la ley aplicable a los efectos del matrimonio que no es otra que el derecho común en atención al lugar de celebración y vecindad civil común de los contrayentes en Castellón, sin atender al Código de Familia 1998 y al Libro II del CCCat. por aplicación de la norma de conflicto contenida en el art. 9.2º Cc.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décima, Sentencia nº 477/2016, de 28 de septiembre.
Ponente: José María Prieto Fernández-Layos. JUR/2016/249358.

Regímenes económico matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio.

SEGUNDO: Síntesis comprensiva de los antecedentes del recurso.

Por don Tomás se presenta demanda de juicio ordinario contra doña María Teresa, en solicitud de que se declare que el régimen económico por el que se rigió su matrimonio fue el de separación de bienes, con sus consecuencias registrales correspondientes. Alega que se encuentra divorciado por sentencia en la que se decretó la disolución de la sociedad legal de gananciales, por haberse hecho constar tanto en la demanda de divorcio, interpuesta por él, como en la contestación a la demanda, presentada por ella, que el matrimonio se contrajo bajo este régimen de la sociedad legal de gananciales, pero que en realidad el sistema que lo rigió no fue éste sino el de separación de bienes, habida cuenta que su vecindad civil al momento de contraer matrimonio era la mallorquina.

Tras oponerse la parte demandada a la demanda en su contestación por entender que en el momento de contraer matrimonio el actor ya había ganado la vecindad civil de Derecho común, se celebra la audiencia previa en la que quedan los autos vistos para sentencia. En dicho acto el Juez a quo plantea a las partes la posibilidad jurídica de la concurrencia de la excepción de cosa juzgada dada la existencia de una sentencia de divorcio firme en la que se declara la disolución de la sociedad de gananciales, alegando la parte actora que dicha resolución judicial se limita a recoger las declaraciones de las partes al respecto pero que, por falta de competencia de los Juzgados de Familia, no podía haber establecido nada sobre el pronunciamiento que en este procedimiento ordinario se solicita, debiendo estarse a la calificación jurídica real de los bienes con independencia de las referidas declaraciones de las partes, a lo que la demandada adujo que, tal y como preocupa al Juzgador, efectivamente hay cosa juzgada porque no se trata aquí de las manifestaciones de las partes sino del pronunciamiento de una sentencia que ha adquirido firmeza y que no ha sido atacada en forma alguna.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda, Sentencia nº 701/2016, de 6 octubre. Ponente: Vicente Ataulfo Ballesta Bernal. JUR\2017\50850.

Nulidad, separación y divorcio.

TERCERO [...]: 2º.— Ambos tienen la vecindad civil catalana y no otorgaron durante el matrimonio capitulaciones matrimoniales.

[...]

SEXTO: [...] En la forma que ha quedado expuesta en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución, ambos cónyuges tienen la vecindad civil catalana y no otorgaron durante el matrimonio capitulaciones matrimoniales, por lo que el régimen económico durante el matrimonio ha sido el de separación de bienes y no existen bienes comunes, [...]

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia nº 325/2016, de 18 octubre. Ponente: Federico Rodríguez Mira. JUR\2017\39975

Nulidad, separación y divorcio. Patria potestad. Alimentos familiares. Vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

SEGUNDO: La sentencia de instancia es combatida por el demandado, denunciando en primer término vulneración del art. 2 Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana, en relación con los arts. 3, 4 y 5 de la misma; reclamando en este sentido su derecho a ejercer la convivencia compartida de su hija Casilda, de 15 meses de edad

[...]

TERCERO: La decisión judicial de no estimar aplicable la normativa valenciana al supuesto de autos resulta ajustada a derecho, al ser la madre de nacionalidad colombiana, el padre nacido en Murcia y no constar acreditada su residencia en la Comunidad Valenciana durante los últimos 10 años; habiendo nacido la hija en (...) 2014. Por tanto, no puede invocarse el lugar de nacimiento de ésta como elemento determinante de su vecindad civil con base en el art. 14.3º Cc, toda vez que no puede hablarse de distinta vecindad civil de los progenitores desde el momento en el que la madre ostenta la nacionalidad colombiana.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia nº 331/2016, de 18 octubre. Ponente: Paloma Sancho Mayo. JUR\2017\40103

Nulidad, separación y divorcio. Patria potestad.

Normas aplicadas: art. 9.2º, 14.5º y 6º, 16.3º Cc; art. 2 Ley 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven

PRIMERO: El apelante Sr. Alfonso, cuestiona la decisión de la sentencia que deniega su solicitud para que se proceda al cambio en la guarda y custodia acordada en su divorcio aprobado por sentencia de 18 julio 2010 hacia una custodia compartida de sus dos hijos menores. Cuestiona la parte el pronunciamiento en el que se basa la juzgadora para la desestimación de sus peticiones con base en que no es de aplicación la Ley Valenciana 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pues los menores carecen de la vecindad civil valenciana necesaria para la aplicación de la misma.

El art. 2 de la citada Ley mantiene que ésta, se aplicará a los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores que ostenten la vecindad civil valenciana cuyos efectos deban regirse por la Ley valenciana conforme al art. 3, 4º del Estatuto de autonomía. Dicho precepto estatutario establece literalmente en su punto primero que “a los efectos de este Estatuto, gozan de la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunitat Valenciana”. En el presente supuesto, de la prueba practicada y como bien recoge la sentencia, no se ha verificado que las partes o sus hijos haya adquirido tal vecindad. El art. 14 Cc en sus puntos 5º y 6º establece que “la vecindad civil se adquiere, por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”.

De la prueba que obra unida a las actuaciones se desprende que los litigantes nacieron; él en Trujillo (Perú), obteniendo la nacionalidad española con posterioridad, pero sin que conste que optara por la vecindad civil valenciana, y ella, nacida en Sonderborg (Dinamarca) es de nacionalidad danesa. Los hijos de los litigantes, Mateo, nacido el (...) de 2004 y Lina, el (...) de 2007, pese a haber nacido en Alicante, han residido en Inglaterra según han reconocido en el interrogatorio sus progenitores, pero además, ni siquiera tienen el DNI español que les acredite como tales.

Por otro lado tampoco se ha probado que el padre nacionalizado español optara por esta vecindad civil como establece el Código Civil en su art. 14 Cc. En suma, aplicando al caso todos los preceptos citados, junto con el art. 16.3º Cc en relación con el art. 9.2º del mismo texto legal se concluye que ésta no es de aplicación al caso litigioso, sino que debe considerarse aplicable al presente supuesto el Derecho común.

Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cuarta, Sentencia nº 595/2016, de 20 de octubre. Ponente: Francisco José Carrillo Vinader. JUR\2016\257328.

Nulidad, separación y divorcio. Patria potestad.

SEGUNDO: De la nulidad de actuaciones y de la incongruencia [...].

Subsidiariamente interesa que se pronuncie la sentencia de la Sala sobre este extremo, pues se había pedido expresamente por la parte ahora apelante y la otra parte reconoció en el acto del juicio que el régimen económico matrimonial existente era el de separación de bienes, no el de gananciales, ya que ambos tienen la vecindad civil catalana y son aplicables las normas de dicha comunidad.

Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, Sentencia nº 268/2016, de 24 de octubre. Ponente: Antonio Muñoz Díaz. JUR\2016\254318.

Devolución de cantidad. Banca. Régimen económico matrimonial.

SEGUNDO: Son hechos admitidos y/o acreditados básicos para la decisión de la controversia, los siguientes:

1º.- D. Humberto y Dª Macarena contrajeron matrimonio en Barcelona en fecha 29 marzo 2003, quedando esa unión sujeta al régimen supletorio legal de separación de bienes dada la vecindad civil catalana de sus integrantes.

ARTICULACIÓN DEL DERECHO ESTATAL Y AUTONÓMICO. PROBLEMAS DE APLICACIÓN

Rafael ARENAS GARCÍA*

1. El tiempo es el protagonista de casi todas las decisiones judiciales que integran este apartado. La sucesión en el tiempo de normas de conflicto, los efectos de la promulgación de una ley autonómica sobre situaciones jurídicas iniciadas antes de dicha promulgación y la determinación del régimen de prescripción en relación a la solicitud de ejecución de una sentencia extranjera son las cuestiones que abordaremos en relación a cuatro de las ocho sentencias seleccionadas. Tres de las otras cuatro decisiones se ocupan de problemas vinculados a la determinación de la vecindad civil y su incidencia en la concreción del Derecho español aplicable y, finalmente, hemos seleccionado una sentencia representativa de la cuestión, ya clásica, relativa a la aplicación del Derecho catalán sobre la base del principio de territorialidad recogido en el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

A continuación nos ocuparemos en primer lugar de esta decisión relativa a la proyección del principio de territorialidad sobre el Derecho interterritorial española para, a continuación, comentar las decisiones en las que la vecindad civil se convierte en protagonista. Concluiremos esta breve nota con la referencia a las decisiones en las que se abordan los problemas vinculados con la forma en que el tiempo afecta a la articulación de los diferentes Derechos españoles o a normas diferentes que regulan la misma materia.

2. La SAP de Barcelona 18ª de 4 abril 2016 (JUR\2016\131580) se une a la larga lista de decisiones que han pretendido justificar la aplicación del Derecho civil catalán sobre la base del principio de territorialidad recogido en el art. 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y en el art. 111.3.1 CCCat. Durante unos años fueron docenas las decisiones que utilizaron esta cláusula de estilo para justificar la aplicación del Derecho catalán y en crónicas anteriores han sido analizadas con un cierto detenimiento (*vid.* A. Font i Segura, "Territorialidad y extraterritorialidad en la aplicación de los derechos civiles españoles", *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 1145-1148). Tal como se explicaba allí, una aproximación rigurosa a la determinación del ámbito de aplicación de los Derechos civiles españoles implicaría diferenciar entre los supuestos homogéneos al territorio propio de cada uno de ellos (el de la Comunidad Autónoma en el caso del Derecho civil autonómico y el de las Comunidades Autónomas que carecen de Derecho civil propio para el denominado "Derecho común") y los heterogéneos. En el primer caso, ni siquiera debería justificarse la aplicación del Derecho civil correspondiente al territorio de que se trate, aunque la referencia al principio de territorialidad no resulta inadecuada (*ibid.*, p. 1147). Cuando nos encontramos ante un supuesto heterogéneo, sin embargo, la referencia al principio de territorialidad, como único

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universitat Autònoma de Barcelona

argumento o como argumento *ad abundantiam* no resulta apropiada. En los supuestos que presentan conexiones con otros Derechos españoles o con Derechos extranjeros la aplicación de un concreto Derecho civil requiere la consideración de las normas de conflicto que regulan los conflictos internos. Solamente estas normas pueden determinar qué Derecho español ha de aplicarse y tan solo en el supuesto de que el caso presentara vínculos exclusivamente con uno o varios Derechos extranjeros y, dentro de España, con el territorio de uno de los Derechos civiles españoles sería posible recurrir al principio de territorialidad como justificativo de la aplicación de dicho Derecho civil una vez que se hubiera concluido la aplicación del Derecho español como consecuencia de la proyección sobre el caso del sistema de normas de conflicto aplicables.

En cualquier caso, debemos tener en cuenta además que la unidad de jurisdicción que caracteriza el Estado plurilegislativo español implica que todos los Derechos civiles españoles están igualmente vigentes en el territorio de todo el Estado y los tribunales, con independencia de donde se ubique su sede, tienen una igual vinculación con todos los Derechos españoles (*vid.* R. Arenas García, “Pluralidad de derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español”, en A. Font i Segura (ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 51–83, pp. 55 y 69). De esta forma, debe evitarse cuidadosamente vincular la aplicación del Derecho de un determinado territorio con la localización de la sede del Tribunal que se encuentra conociendo. Dicho de otra manera, no podría un Juez con sede en Cataluña argumentar la aplicación del Derecho catalán con argumentos diferentes a los que pudiera utilizar un Juez con sede fuera de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Tan solo si la referencia a la territorialidad del Derecho resulta compatible con este principio es legítima su utilización.

En cualquier caso, en el supuesto del que conoce la Sentencia de la AP de Barcelona de 4 abril 2016 todas las circunstancias del caso parecen conectarse con Cataluña, por lo que al tratarse de un supuesto homogéneo ninguna duda existiría sobre la aplicación del Derecho catalán y, en el sentido señalado antes, podría recurrirse al principio de territorialidad como fundamento de la aplicación de este Derecho.

3. Tres son las decisiones recogidas en este apartado que se ocupan del régimen de la vecindad civil y de la eficacia de esta institución como elemento de conexión. Quizás la más relevante de ellas sea la Sentencia del TS de 20 junio 2016. En el caso se trataba de determinar la vecindad civil de la causante en el momento de fallecer. De dicha vecindad dependía la validez de unos testamentos de hermandad relevantes para la sucesión. El argumento de los recurrentes es que la causante no había adquirido la vecindad civil catalana pese a haber residido más de diez años en Cataluña porque la vecindad civil navarra había sido adquirida en su momento como consecuencia del matrimonio contraído con una persona de vecindad civil navarra, en un momento el que la esposa seguía la vecindad civil del marido. Se planteaba que habiéndose derivado la adquisición de la vecindad de una manifestación de voluntad, en este caso matrimonial, no era preciso realizar una declaración negativa para evitar la adquisición de la vecindad catalana por residencia.

El argumento carece de fundamento. La vecindad civil no se adquiere por residencia continuada sin declaración expresa de desear adquirir tal vecindad salvo que previamente se hubiere ya realizado una declaración tanto en el sentido de desear adquirir la vecindad civil del lugar de residencia como la negativa de no desear perder la que se tiene por residencia de diez años en otro territorio (art. 14.5° Cc). De esta forma, habiendo existido ya una declaración de voluntad sobre la adquisición o mantenimiento de la vecindad civil no puede operar una pérdida de la misma sin que intervenga otra declaración de voluntad. Ahora bien, las únicas declaraciones que son consideradas son las que se realizan ante el Registro Civil según lo previsto en el propio art. 14.5° Cc. La pretensión de que la declaración de voluntad de contraer matrimonio, realizada en un momento en el que dicho matrimonio implicaría también un cambio en la vecindad civil ha de entenderse como una declaración en relación a la adquisición de la vecindad civil que impediría que la residencia durante diez años en un territorio con Derecho civil propio condujera a la adquisición de dicha vecindad carece de base legal y así lo declara el Tribunal Supremo en esta decisión que cierra la puerta a que las vecindades civiles adquiridas en su momento como consecuencia del

matrimonio sean obstáculo a la adquisición de la vecindad civil por residencia de diez años sin realizar declaración en contrario, tal como prevé el art. 14.5.2º Cc.

Las otras dos decisiones relativas a la vecindad civil que consideraremos aquí son las Sentencias de la AP de Lleida 2ª de 12 diciembre 2016 y de Tarragona 1ª de 20 diciembre 2016. En ambos casos la alegación de la vecindad civil catalana de los sujetos intervinientes conduce a la aplicación del Derecho civil catalán. Se unen así estas decisiones a otras que se comentan en el apartado dedicado al Derecho civil valenciano y que obvian que la vecindad civil, en tanto que punto de conexión tan solo resulta relevante si se identifica la norma de conflicto que ha elegido la vecindad civil como punto de conexión. No es posible deducir directamente de la vecindad civil la aplicación de un determinado Derecho español.

La ausencia de detalle de la norma de conflicto puede tener dos explicaciones: la primera de ellas nos conduciría a la distinción entre situaciones privadas homogéneas y heterogéneas que ya hemos comentado en el número 2 de esta nota. Tal como hemos visto, en las situaciones homogéneas no es preciso acudir a las normas de conflicto para identificar el Derecho aplicable. Si la referencia a la vecindad civil tiene por objeto indicar que no existen conexiones del caso más que con un determinado Derecho español podría obviarse la referencia a las normas de conflicto; pero para ello debería hacerse explícito que no solamente la vecindad civil, sino cualquier otro tipo de conexión posible conduce al mismo Derecho. La Sentencia de la AP de Lleida podría enmarcarse en este supuesto, ya que la referencia que se hace a la vecindad civil parece orientada a justificar que no hay conexiones con otros Derechos que justificarian la aplicación de un Derecho diferente.

La segunda explicación es asumir que la única conexión relevante es la vecindad civil, que es, desde luego, muy relevante para el Derecho interterritorial, pero no es la única. En el comentario dedicado al Derecho civil valenciano ya se ponen ejemplo de la incorrección de descansar en la vecindad civil como única conexión relevante, incorrección en la que aquí se ha de insistir, máxime en el momento actual, en que algunos cambios en nuestro DIPr han dotado de especial relevancia a otras conexiones. Así, por ejemplo, en materia de relaciones paterno-filiales, a la residencia habitual como consecuencia de la modificación del art. 9.4º Cc realizada por medio de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Resulta necesario asumir que la vecindad civil no es el único factor que ha de ser considerado para la determinación del Derecho aplicable. Esta llamada de atención se dirige, ahora, a la Sentencia de la AP de Tarragona de 20 diciembre 2016, ya que en este caso existen conexiones del supuesto con Derechos diferentes del catalán; en concreto con el del Ecuador, de tal manera que parece que la aplicación del Derecho español es consecuencia de la falta de prueba del Derecho ecuatoriano (“En cuanto a los efectos del divorcio en orden a la guarda y custodia de los hijos, uno mayor de edad, pero que vive en su madre y la otra menor también conviviente, no hay prueba del derecho extranjero...”, Fdo. de Dcho. Tercero de la Sentencia). Esta falta de prueba conduce al Derecho español y de ahí se llega al Derecho catalán por la vecindad civil de madre e hijos.

No se acaba de entender el supuesto sobre el que se pronuncia la sentencia, puesto que si se trata de adoptar medidas respecto a los hijos como consecuencia del divorcio, la ley aplicable debería ser la determinada por el Convenio de La Haya de 1996 en tanto en cuanto los menores residen en España, y según este instrumento la ley que debería ser considerada es la del territorio en que tiene su sede el tribunal que conoce (nos remitimos aquí a las consideraciones que se hacen sobre este problema en el comentario dedicado al Derecho civil valenciano) y no la que resultara de la vecindad civil. Baste, sin embargo, la indicación realizada para advertir de la necesidad de superar una etapa en la que la vecindad civil no era solamente el centro del sistema español de Derecho interterritorial, sino que prácticamente todo el sistema descansaba sobre esta única conexión.

4. Finalmente, hemos de considerar aquellas decisiones que se ocupan de cuestiones vinculadas con el tiempo (sucesión en el tiempo de normas de conflicto, eficacia retroactiva de decisiones autonómicas y problemas de prescripción). Comenzaremos por la Sentencia del TS de 20 diciembre 2016. En esta decisión el Alto Tribunal ha de pronunciarse sobre un divorcio con elementos internacionales en el que se ha alegado el Reglamento 1259/2010 con el fin de dotar de valor a una presunta elección del Derecho aplicable al divorcio operada por medio de unas capitulaciones matrimoniales otorgadas en 1964.

La aplicación del Reglamento es rechazada por el Tribunal Supremo, que nada más tiene que descansar en la previsión del art. 21 del Reglamento, que establece que solamente se aplicará a procedimientos iniciados a partir del 21 junio 2012. Dado que el procedimiento en el que se inserta esta Sentencia del TS se había iniciado antes de esa fecha no resulta posible la aplicación del mencionado Reglamento. Además resulta que las capitulaciones mencionadas no incluían una elección de ley en relación al divorcio, sino el mero acuerdo sobre el régimen económico del matrimonio, sin que la cláusula contenida en las capitulaciones en relación a la aplicación del Derecho francés pueda entenderse como una verdadera elección de ley en relación al divorcio. Conviene aclarar que el hecho de que la elección de ley se hubiera hecho antes de la promulgación del Reglamento no impide en sí que se tenga en cuenta la elección de ley (en caso de que se hubiera hecho efectivamente), ya que el art. 18 del Reglamento prevé que se de eficacia a elecciones hechas con anterioridad [vid. J.C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), 9ª ed. 2016, p. 455].

La STS de 6 abril 2016 y la del TSJ de Galicia de 16 febrero 2016 abordan la problemática que se deriva de la promulgación de normas autonómicas que desplazan la aplicación del Derecho denominado común y que con anterioridad a tales normas autonómicas regía determinadas situaciones. La regla es la irretroactividad de la normativa autonómica, tal como nos recuerda la STS de 6 de abril. En este caso se trataba de determinar si la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 junio 2015, sobre relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores podía aplicarse a un procedimiento iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley (10 octubre 2015). La respuesta del Tribunal Supremo es negativa. Apoyándose en la regla sobre irretroactividad del art. 2.3º Cc y sobre litispendencia y *perpetuatio iurisdictionis* (arts. 410 y 411 LEC) concluye que no puede aplicarse la nueva ley a procedimientos que ya estaban iniciados en el momento de su entrada en vigor. El TS interpreta en este sentido la Disposición transitoria de la mencionada ley, que indica que las normas de la misma “serán de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a su entrada en vigor, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal lo soliciten y el juez estime que se dan las circunstancias recogidas en ella”. Esto es, la modificación de medidas adoptadas sobre la base de leyes anteriores a la Ley 7/2015 podrá realizarse de acuerdo con lo establecido en esta última; pero se descarta que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley hayan de ser resueltos según lo establecido en una ley que no era aplicable en el momento en el que se inició el procedimiento.

La Sentencia del TSJ de Galicia de 16 febrero 2016 aborda también el tema de la articulación entre el Derecho estatal y el autonómico cuando es promulgada una norma autonómica que desplaza al Derecho estatal. En este caso se trataba de determinar si la prohibición de disposición sobre el usufructo vidual establecida en la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia afectaba a la transmisión realizada en 2006 de ciertas participaciones en un fondo de inversión integradas en un usufructo vidual adquirido en el año 1994. La respuesta del TSJ de Galicia es que ha de interpretarse que dado que en el momento en el que fue adquirido el derecho éste era transmisible, la transmisión realizada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/1995 sigue siendo posible, pues ha de regirse por las reglas sobre usufructo vigentes en el momento de la adquisición del Derecho. Como todo problema de Derecho transitorio, es probable que éste sea origen también de cierta discusión; pero aquí basta destacar que la solución que ha de darse no diferirá, pese a que la sustitución sea entre una norma autonómica y una norma del denominado Derecho común, de la que habría de darse entre dos normas del Derecho civil estatal, ya que la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 4/1995 remite a las disposiciones transitorias del Código civil para su resolución.

Finalmente, debemos considerar el AAP de Barcelona 12ª de 7 septiembre 2016, que se pronuncia sobre una cuestión de interés procesal: la proyección sobre las decisiones judiciales extranjeras de la caducidad de cinco años para la acción ejecutiva prevista en el art. 518 Cc. En el caso en cuestión se planteaba si debería considerarse la ley personal de los litigantes, planteándose las consecuencias de la falta de prueba del Derecho suizo y de la vecindad catalana de los interesados, sin que llegue a quedar claro qué circunstancias del caso podrían conducir a la aplicación del Derecho catalán. La AP de Barcelona esquivaba la consideración del Derecho suizo y de la normativa catalana al entender que lo que ha de

ser considerado es el art. 518 LEC, que fija el plazo de caducidad para la acción ejecutiva. En este sentido diferencia entre la prescripción del derecho y la caducidad de la acción, y para esto segundo indica que no cabe duda de que ha de aplicarse la *lex fori* y, en concreto, la LEC.

Aunque no se llega a indicar de forma expresa, se deduce que la calificación procesal no solamente tiene efectos en lo que se refiere a la determinación de si ha de aplicarse Derecho española o extranjero, sino también para la identificación del Derecho español aplicable. Efectivamente, al calificar la cuestión como procesal no queda más opción que la consideración de la normativa estatal. Si se tratara de la determinación de la prescripción del Derecho y esta fuera susceptible de una calificación sustantiva podría plantearse la duda de si corresponde aplicar el Derecho denominado común o el catalán; cuestión que, como es sabido, ha sido fuente de cierta problemática en los últimos años; pero aquí esta duda no se llega a plantear porque al reducir el tema a una cuestión vinculada estrictamente al planteamiento procesal de la acción, el recurso a la LEC parece indubitado.

5. De lo que hemos visto se desprende que durante el año 2016 se han seguido planteando problemas en relación a la determinación de la vecindad civil y algún ejemplo aún se encuentra del problemático recurso al principio de territorialidad para determinar la aplicación de los diferentes Derechos civiles españoles, pero son los problemas vinculados a la sucesión de normas en el tiempo los que más han ocupado a nuestra jurisprudencia.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Sentencia de 16 febrero 2016. Ponente: Miguel Ángel Cadenas Sobrerira. RJ2016\2052.

Venta de participaciones en un fondo de inversión adquirido como usufructo viudal. Aplicación a la transmisibilidad de las participaciones del Derecho común. Inaplicación de la regulación gallega promulgada tras la adquisición del usufructo viudal.

Normas aplicadas: Arts. 470, 657, 881 y 989 Cc; art. 119 Ley de Derecho civil de Galicia.

SÉPTIMO: La Sala considera, en todo lo sustancial, ajustada a derecho la aplicación normativa y argumentación que la acompaña efectuada por la Audiencia Provincial, en absoluto desvirtuadas por la parte en el primer motivo del recuso, rechazándose la infracción legal y jurisprudencial que en él se denuncia, su pretensión de que se decrete “la nulidad de la venta del derecho de usufructo otorgada en escritura de fecha 11 abril 2006 y aclarada por otra de 15 mayo 2008...”.

1. Por un lado, en síntesis sustancial, con el contexto asimismo de la DT 4ª de la LDCG de 1995 y las DT Cc y su art. 2.3º, los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, arts. 657, 881 y 989 Cc. La normativa aplicable a la fecha de fallecimiento del causante, Sr. Luis Carlos (1994) es, en cuanto al usufructo que disponía en su testamento, el Código Civil. Y es que, una vez que la titular de tal derecho, doña María Teresa, lo ha adquirido, este derecho, usufructo, se rige por sus normas propias, en el caso, por el Código Civil, cuyo art. 480 permite la enajenación, sin que a aquella fecha, 1994, la LDCG 4/95, carente de retroactividad (Disposición final), hubiera visto la luz. En definitiva el derecho de usufructo de que se habla nació ex ante la LDCG 4/95 y no le resulta aplicable su art. 119, siendo derecho enajenable por su titular al amparo de la normativa bajo la que surgió, el Código Civil, y manteniéndose así existente.

2. Por otro lado, tampoco cabe acudir aparte de a inaplicables norma autonómicas de otras comunidades, a supuestos usos y costumbres o tradición sobre este tipo de usufructos ex ante a la LDCG 4/95, en realidad y según dice la sentencia recurrida sobre normas de aplicación del derecho intertemporal en materia de usufructo viudal y que, por encima, prevalecieran sobre la legislación positiva. Como razona la Audiencia Provincial suficientemente y se dejó dicho, al margen de uso o costumbre sobre el hecho de testar dejándose los cónyuges el usufructo universal de su herencia, introduciendo una cautela Socini, en y fuera de Galicia, lo distinto pretendido, enfrentado también a la legislación positiva, carece de fundamento; que tampoco lo dan en el caso las sentencias de este TSJ que se citan al

hilo de decir la parte que el usufructo vitalicio gallego “se considera uso y costumbre de la comunidad por una dilatada práctica notarial”. La STSJG 24 enero 2012 se refiere a las previas del Tribunal de 21 noviembre 2003 y 26 septiembre 2011, meramente y como dice conceptuando el usufructo de viudedad de carácter familiar, contexto en el que alude a “una dilatada tradición de la práctica notarial, que al menos en el ámbito de la propiedad rural o de la familia históricamente conocida como troncal o estable...”, sin que afronte cuestión como la estos autos, tanto más cuanto en los respectivos casos de estas sentencias, el causante había fallecido vigente la LDCG 4/1995.

En fin, el usufructo viudal de que se trata nació antes de regir la LDCG 4/95 y si bien no fue enajenado por su titular hasta 2006, esta facultad era intrínseca al derecho por reconocerla, como continúa haciéndolo, la norma de aplicación al mismo, el Código civil. Consiguientemente, y desde esta perspectiva, la venta efectuada en 2006 resulta válida y eficaz porque el usufructo mediante ella enajenado nació y permaneció transmisible, contenido del derecho al margen de que la compraventa, mero instrumento negocial al efecto, tuviese lugar en momento posterior al nacimiento del derecho, sin alcance de la prohibición de que se trata, considerando también su naturaleza, integral contexto normativo y norma aplicable.

Sin perjuicio de estar en todo caso a lo ya expuesto, en la impugnación del recurso, se citan sentencias de este Tribunal como las de 28 marzo 2011 y 30 septiembre 2011, de oportuna valoración en lo sustancial que se dirá, al margen de cualesquiera consideraciones añadidas al respecto. En la STSJ Galicia de 28 marzo 2011 –en torno a la ley gallega 9/2002, que se alega de manera especial en el recurso si bien se dice sentencia de 28 mayo 2011 (el asunto alude a la validez de opción de compra que recaía en una porción de finca rústica nacida por contrato suscrito en 1982 y cuyo ejercicio exitoso, bajo la vigencia de la Ley 9/2002 habría de implicar la división del predio...)– se dice: tras señalar –en su sentido y medida, como en el caso valorando todo lo oportuno expuesto– “que la prohibición que nos ocupa, como límite intrínseco del derecho de propiedad, ha de ser analizada siempre en atención a su necesidad, proporcionalidad y adecuación al fin social perseguido en el que encuentra su justificación y razón de ser para conjugar... esa función social, con la utilidad individual que...”, que “Nos encontramos, pues, en presencia de una relación jurídica amparada por la legislación anterior, un contrato de opción de compra y ulterior compraventa cuya prestación ...También estamos en condiciones de afirmar... su plena vigencia y eficacia pese a que sus efectos... hayan nacido bajo la vigencia de la nueva norma en la medida en que el derecho se ha ejercitado en el año 2005, a la vista de los principios establecidos en la disposición transitoria cuarta Cc : las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente. En consecuencia, la norma de referencia no puede ser aplicada al caso porque carece de eficacia retroactiva y, de acuerdo con lo establecido en el art. 2.2º. Cc, se debe aplicar la legislación anterior...”.

Y en la de 30 septiembre 2011 se lee lo siguiente: “... porque no es de aplicación al caso la Ley de Derecho civil de Galicia de 1995, sino el Código Civil, si partimos de la Disposición final de la Ley que marca su fecha de entrada en vigor, dado el principio de irretroactividad de las leyes que rige en nuestro derecho, salvo disposición expresa en contrario en las mismas (arts. 2.1º Cc, y 9.3º, en su caso, de la Constitución). Nada dicen en contrario las disposiciones transitorias sobre aplicación de la Ley con efecto retroactivo en materia de derecho sucesorio, por lo que según dispone la 4ª es preciso acudir a las transitorias Cc, y en concreto a la Primera y específicamente a la Duodécima, que establece en primer lugar que los derechos a la herencia del fallecido, con testamento o sin él, se regirán por la legislación anterior, lo que transmutado a nuestro caso supone que se regirán por lo dispuesto en el Código Civil y no en la Ley gallega del 95, puesto que es sabido que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, según dispone el art. 657 Cc “; “... lo que en el caso presente se traduce en que los derechos de los aquí litigantes son los que le otorgó el Código civil al fallecimiento de los causantes, sin perjuicio de que la partición hereditaria pueda efectuarse conforme a la nueva ley, en este caso, la del Derecho propio de 1995...”.

3. En la compraventa de 2006 tampoco cabe poner en entredicho causa o consentimiento, a cuyo efecto procede remitirse al Fundamento 4º de la sentencia de la Audiencia, aparte la denuncia que se

contiene en este primer motivo del recurso, y sin perjuicio de lo que se alega en el 2º motivo (que trae a colación, entre otros, el art. 1445 ss Cc), solo impugnatorio de la declaración que se hace en el ap. 2º B) del Fallo.

Así pues, no ha incurrido la Audiencia Provincial con su pronunciamiento acerca de la venta del derecho de usufructo efectuada por escritura de 11 abril 2006 y aclarada por otra de 15 mayo 2008 en la infracción alegada en el primer motivo de casación del art. 119 de la LDCG 4/95 y 6.3º Cc y DT 1 º y 4º del mismo Código, o de doctrina jurisprudencial, decayendo así el mismo. Al margen de ello, traer a cómputo lo argumentado en el Fundamento 5º de la sentencia recurrida y el pronunciamiento que hace en estimación parcial de la demanda en su apartado A) del extremo 2º, declarando que son de plena propiedad de los demandantes las participaciones del fondo a que alude “por haberse extinguido el usufructo por el fallecimiento de doña María Teresa”.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 4 abril 2016. Ponente: María Dolores Viñas Maestre. JUR\2016\131580.

Aplicación del Derecho civil autonómico. Principio de territorialidad.

Normas aplicadas: art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 111.3.1º CCCat.

PRIMERO [...]: Con carácter previo y tal y como se pone de manifiesto en el recurso, cabe señalar que la legislación aplicable para resolver sobre la modalidad de guarda no es la Cc sino la del CCCat. Ambos cónyuges según se deriva de los documentos aportados han nacido en Catalunya, no consta ni se alegan cambios de vecindad civil y ambos siguen residiendo en Catalunya. El principio de territorialidad (arts. 14.1º del Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1º CCCat) nos llevaría asimismo a la aplicación de la legislación catalana.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia de 6 abril 2016. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. RJ2016\1321.

Aplicación en el tiempo de la normativa autonómica.

Normas aplicadas: arts. 2.1º Cc, arts. 410 y 411 LEC, Disp. Transitoria Segunda de la Ley 7/2016 del País Vasco sobre relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

SEGUNDO: Cuestión Previa.

Con carácter previo, es preciso dar respuesta al motivo de oposición al recurso de casación contenido en el escrito de fecha 16 noviembre 2015, presentado por la representación procesal de la parte recurrida.

Alega la de carencia sobrevenida del objeto y de la competencia, como consecuencia de la entrada en vigor en fecha 10 octubre 2015, de la Ley 7/2015 de 30 junio 2015 sobre relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, publicada en el BOPV de 10 julio 2015 y en el BOE núm. 176, de 24 julio 2015. Alega que su Disposición transitoria, establece que “Las normas de esta Ley serán de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a su entrada en vigor, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal lo soliciten y el juez estime que se dan las circunstancias recogidas en ella”. Alega que en su Art. 12 regula la atribución del uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico, quedando en consecuencia sin contenido en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el art. 96 Cc, invocado en el recurso de casación. Atendiendo a ello estima que el presente recurso ha quedado sin objeto, pues desde la entrada en vigor de la Ley 7/2015, se deberá aplicar a las personas que tengan vecindad civil vasca, esta Ley y no el art. 96 Cc; sostiene que esta circunstancia concurre en el presente caso, dado que

estamos ante un matrimonio casado en régimen de Comunicación Foral Vasca y con domicilio en Bizkaia. En consecuencia, sostiene, que el objeto del recurso queda sin contenido a efectos de la competencia del Tribunal Supremo, correspondiéndole al TSJPV en aplicación de la nueva norma que ha entrado en vigor; en definitiva alega la falta de competencia territorial, funcional y objetiva para que el TS pueda dirimir este recurso.

A los presentes efectos y por ser preciso, debemos tener en cuenta los siguientes datos: el recurrente presentó el día 8 abril 2015 escrito de interposición de recurso de casación, contra la sentencia dictada con fecha 26 febrero 2015, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, (Sección 4), en el rollo de apelación nº 547/2014, dimanante de los autos de juicio de divorcio número 4/2012 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Balmaseda.

El principio de irretroactividad de las normas, art. 2.3º Cc, y los efectos de la litispendencia, art. 410 LEC, y perpetuación de la jurisdicción, arts. 411 LEC, enervan lo alegado por la parte recurrida, y ello sin entrar en otras consideraciones. Como expresamente indica en su motivo de oposición, la Ley invocada es posterior al presente procedimiento (incluso su entrada en vigor, es posterior a la presentación del recurso de casación) lo que determina su inaplicación. Como bien conoce la parte recurrida el motivo del recurso de casación lo es la infracción en la sentencia recurrida, del art. 96 Cc, y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, y en base a ello se admitió el mismo, al concurrir en dicho momento procesal, los presupuestos precisos para superar la fase de admisibilidad.

Sin que por otro lado, del tenor de la Disposición Transitoria de la ley 7/2016 SIC, alegada por la parte recurrida, resulte cosa distinta de lo expuesto, y es que en efecto, desde su entrada en vigor, la indicada Ley será de aplicación en su caso, y concurriendo los presupuestos precisos para ello, a los procedimientos judiciales que se inicien con posterioridad, en que se pretenda la aplicación de las normas contenidas en ella, por la vía del procedimiento judicial de modificación de medidas; sin que pueda sostenerse de su tenor literal una pretendida, por la parte recurrida, eficacia retroactiva de la ley.

Por todo ello se desestiman las alegaciones de la parte recurrida.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia de 20 junio 2016. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. RJ20163873.

Sucesiones. Adquisición de la vecindad civil por residencia de diez años. Irrelevancia de la declaración de voluntad marital a efectos del art. 64 LRC.

Normas aplicadas: arts. 2.3º, 9.8º y 14 Cc, leyes 148, 199 y 201 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

TERCERO: En el segundo motivo, denuncia la infracción del art. 14.3.2.º Cc según redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, anteriormente art. 15.3.º del referido Código, y hoy art. 14.5.2.º del citado Código por interpretación errónea, y, de la jurisprudencia que los interpreta, así como también del art. 9.8 Cc por interpretación errónea, y en relación a este último de las Leyes 148, 199 y 201 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra por inaplicación de las mismas.

En su desarrollo, también dividido en dos submotivos, sostiene que la abuela de los-demandantes, doña Lorenza, ostentaba la vecindad civil navarra incluso en el momento de fallecer y que por tanto los testamentos de hermandad se debían reputar válidos, si bien revocados todos por el último de 2001. Esta vecindad no la pudieron perder los esposos por residencia continuada en Cataluña, al haberla adquirido de forma expresa mediante las oportunas declaraciones inscritas en Registro Civil, como fue el acta de nacimiento del esposo y la del matrimonio respecto de la esposa. En cualquier caso, tras la entrada en vigor de la Constitución y al perder la dependencia marital establecida en el precepto, debían estimarse válidas todas las disposiciones testamentarias otorgadas antes del transcurso de diez años de la vigencia de la constitución, testamentos de los años 1980, 1976 y 1975. Y si en el momento

de la vigencia de la constitución ya se entendiera que se había ganado la vecindad civil catalana, sería válido el testamento de 1976.

Argumenta, en síntesis, que los preceptos denunciados se han de interpretar en el sentido de que una vecindad ganada por una declaración expresa no se pierde por la sola residencia ulterior durante diez años en otro territorio, para concluir que por aplicación del art. 9.8º Cc, la sucesión de la causante debe regirse por la Compilación Navarra.

5. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

En este sentido, debe señalarse, en contra de lo argumentado por la recurrente, que la Audiencia interpreta correctamente la norma relativa a la adquisición de la vecindad civil por residencia continuada de 10 años de residencia, sin declaración en contrario durante dicho plazo, actual art. 14.5.2º Cc. Interpretación que se ve reforzada si atendemos tanto al alcance del precepto, como modo diferenciado y propio de adquisición de la vecindad civil, como a la aplicación del mismo conforme a una interpretación claramente objetivada (residencia continuada/ausencia de declaración en contra). De forma que no empece a la aplicación de este modo autónomo de adquisición de la vecindad el hecho de que la anterior vecindad civil se adquiriese con manifestación expresa al respecto sobre la base del acta de nacimiento del esposo y la de su matrimonio con la causante. Todo ello, una vez acreditado la residencia continuada de ambos en Cataluña y la ausencia de declaración en contra por parte de la causante.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Auto de 7 septiembre 2016. Ponente: Raquel Alastruey Gracia. JUR\2017\33014

Sentencia extranjera. Prescripción de la acción ejecutiva. Irrelevancia de la vecindad civil.

Normas aplicadas: art. 518 LEC.

PRIMERO: [...] Se recurre en apelación el auto de 29 julio 2014 que resuelve la oposición a la ejecución despachada a instancia de Doña. Justa, que en fecha 11 noviembre 2013, reclamaba al Sr. Pedro Francisco, la cantidad de 91.106,61 € correspondientes a la diferencia entre lo ingresado en cuenta (189.534,89 €) y lo debido (280.641,50 €), según se había establecido en el auto de medidas de 23 febrero 2009, dictado por el Juzgado de Distrito de la Côte (Suiza) y que se concretaba en el pago por parte del Sr. Pedro Francisco de la cantidad mensual de 6500 francos suizos desde el 1 diciembre 2006 y hasta que se dispusieron otros efectos en la Sentencia de divorcio de 6 enero 2011, que fue el fijar una contribución alimenticia para los dos hijos de 1500 € mensuales a cada uno.

La oposición formulada por la defensa del Sr. Pedro Francisco argumentaba indefensión por haberse acumulado esta demanda de oposición a otra anterior, sin haberle dado traslado de la demanda y alegaba preclusión, caducidad y prescripción. En ningún momento en dicha oposición se cuestionó la cantidad reclamada ni se impugnaron las cuentas en que se basaba la ejecutante para reclamar los 91.106,61 €.

La parte ejecutante contestó dicha oposición y mediante auto de 29 julio 2014 se desestimó totalmente la oposición a la ejecución.

Frente a dicha resolución se ha formulado el presente recurso de apelación alegando que no se ha probado el Derecho extranjero, en este caso el derecho suizo en cuanto resultaba aplicable a la prescripción alegada, falta de acreditación de la vecindad civil catalana que sería determinante para aplicar los términos prescriptivos Cc catalán, alegaba que si la ejecutante no había reclamado antes por la contribución fijada de 15.000 € mensuales por resolución del Juzgado de Côte de 24 enero 2006 es porque pagó y si pagó no puede ahora reclamarle, alegaba abuso de derecho, fraude procesal, enriquecimiento injusto, pagos en especie y por terceras partes. La parte ejecutante se ha opuesto al recurso.

SEGUNDO: Las alegaciones del recurrente no pueden ser acogidas por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que se está ejecutando una resolución extranjera. Se trata del auto de medidas cautelares dictado el 13 noviembre 2008 por el Juzgado de Distrito de la Cote, que fijó una contribución a las cargas familiares a cargo del Sr. Pedro Francisco por importe de 6500 francos suizos desde el 1 diciembre 2006 y que fue confirmado por la sentencia de 23 febrero 2009. Dicha resolución es posterior a la que había fijado la contribución en 15.000 francos mensuales que sólo estuvo vigente desde el 1 diciembre 2005 hasta el 1 diciembre 2006.

Al tiempo de ejecutar una resolución extranjera, ante los Tribunales españoles, la legislación aplicable al proceso es la propia del Tribunal (art. 3 LEC). Es el criterio del ius fori que no se ve interferido por la ley personal de los litigantes, puesto que en este proceso de ejecución no se trata de declarar ningún derecho subjetivo (el derecho a una pensión o contribución) sino de hacer efectivo el derecho ya declarado por el tribunal extranjero. Y se hace esta precisión previa porque una cosa es la caducidad de la acción y otra cosa la prescripción del derecho.

Cuando el art. 518 LEC establece que la acción ejecutiva fundada en sentencia, caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución, lo que está impidiendo es que se admita a trámite ninguna demanda de ejecución basada en una sentencia cuya firmeza sea anterior a ese plazo de cinco años. Se trata de un plazo que es controlable de oficio, que impide el inicio de un proceso de ejecución e incluso se aplica a las sentencias extranjeras, tal como ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo en sentencia de 16 octubre 2014, que se sustenta en que de no constar concretamente regulado en el Convenio internacional correspondiente, y partiendo del principio de seguridad jurídica que impide mantener abierta la posibilidad de reclamaciones tardías debe aplicarse el plazo de caducidad establecido para la ejecución de las resoluciones españolas también a las resoluciones extranjeras que se ejecuten por los Tribunales Españoles.

La caducidad opera sobre la acción ejecutiva y no sobre el derecho subjetivo establecido en la sentencia y supone que el derecho a accionar ante los Tribunales, sometido a un plazo de dicha naturaleza tiene una vigencia temporalmente limitada y el mismo se extingue por el simple transcurso del tiempo previsto legalmente. En definitiva el art. 518 LEC priva de ejecutividad a la sentencia, por más que el derecho declarado en la misma pueda seguir teniendo vigencia.

Y en el presente caso, la resolución que se pretendía ejecutar era la de 13 noviembre 2008 y la demanda se presentó el 11 noviembre 2013, luego no había transcurrido todavía el plazo de cinco años que establece la legislación procesal española para que se produjera la caducidad de la acción ejecutiva.

Audiencia Provincial de Lleida, Sección Segunda, Auto de 12 diciembre 2016. Ponente: María del Carmen Bernat Álvarez. JUR\2016\56757.

Acción de filiación. Vecindad civil. Aplicación del Derecho catalán.

SEGUNDO: La acción de determinación legal de filiación paterna no matrimonial se ha ejercitado a tenor del art. 235.21.1 CCCat, invocando la demanda rectora del proceso los artículos de aplicación a la pretensión así reducida, contenidos en tal texto legal, vigente en el momento de iniciar el proceso.

La vecindad civil catalana de los sujetos de la relación jurídico procesal no resulta controvertida, por lo que procede, en consecuencia, la aplicación de la legislación civil catalana y en concreto las disposiciones CCCat, vigente en el momento histórico de la presentación de la demanda iniciadora de la litis.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia de 20 diciembre 2016. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. RJ\2016\5992.

Cambio en el tiempo de la norma de conflicto. Divorcio. Ley aplicable. Reglamento 1259/2010 y art. 107 Cc.

Normas aplicadas: art. 21 Reglamento 1259/2010; arts. 9.2º, 107 y 1255 Cc.

TERCERO: [...] 2. En el motivo primero, el recurrente denuncia la infracción del art. 5 del Reglamento de la Unión Europea nº 1259/2010 del Consejo de la Unión Europea, relativo a la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, que dispone la validez y la aplicación en cualquier territorio de la Unión Europea de las capitulaciones matrimoniales formuladas por ciudadano de la Unión Europea, cualquiera que sea su nacionalidad, norma cuya vigencia es inferior a cinco años y no existe jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la misma. El mencionado reglamento reconoce la validez y preeminencia del principio autonomía de la voluntad, puesto que el art. 5 establece que los cónyuges pueden elegir la ley aplicable, siendo esta aplicabilidad reforzada por la disposición transitoria que se recoge en el art. 18.1º, párrafo 2.º que establece la validez del convenio suscrito con anterioridad al reglamento. Cita una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 noviembre 2011, que estima el recurso de casación dando validez, con base en el art. 1255 Cc, a las capitulaciones matrimoniales firmadas en México por los contrayentes en un caso similar, aunque no idéntico, al presente, pero pone de manifiesto el alto grado de interés que muestra creación de una doctrina jurisprudencial que en desarrollo del principio de autonomía de la voluntad, califique la validez o no, y su extensión, de los pactos otorgados por los cónyuges con efectos sustantivos.

3. El motivo debe ser desestimado.

Con relación a la posible aplicación retroactiva del citado Reglamento del Consejo de la Unión Europea hay que señalar, conforme a lo expresamente previsto en su art. 18.2º, que su eficacia no afecta a las demandas que se hayan presentado “antes del 21 junio 2012”. Fecha que además concuerda con la dispuesta para su entrada en vigor, según la Disposición Final de dicho Reglamento (art. 21). Respecto de la cita de la sentencia de esta Sala nº 799/2011, de 20 noviembre, como el propio recurrente reconoce en el recurso, refiere un supuesto no idéntico o asimilable al aquí enjuiciado. En efecto, la citada sentencia, una vez considerado válido el matrimonio de españoles celebrado en México, declara la validez del pacto de comunidad (sociedad conyugal) que adoptaron los cónyuges, y lo que precisa, a los efectos de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, es que dicho pacto no es necesario que conste en capitulaciones matrimoniales. Por lo que no va más allá de reconocer la validez del régimen matrimonial adoptado, según la formalidad exigible en el momento de su acuerdo.

4. En el motivo segundo, el recurrente denuncia la infracción del art. 14 del Convenio de Roma de 4 noviembre 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales que recoge el derecho a no discriminación por cuestiones de nacionalidad u otras circunstancias.

5. El motivo debe ser desestimado.

La cuestión objeto de litigio, aquí planteada, nada tiene que ver con el citado artículo, esto es, con el derecho a no discriminación, sino con la determinación de la legislación aplicable para regular las consecuencias derivadas del divorcio de los cónyuges, a tenor de las capitulaciones matrimoniales otorgadas.

6. Por razón de su idéntico fundamento de impugnación se procede al examen conjunto de los motivos tercero y quinto del recurso de casación.

7. En dichos motivos, el recurrente denuncia la infracción del art. 1255 Cc al prescindir de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en 1964, con cita de la ya señalada sentencia de esta Sala de 20 noviembre 2011 y del art. 231–19 CCCat.

8. Los motivos deben ser desestimados.

Aunque al recurrente le asista la razón en el sentido de que la sentencia recurrida, en parte de su argumentación, declara incorrectamente que la remisión a la legislación francesa quedó sin eficacia jurídica por el hecho de obtener los cónyuges la nacionalidad española (último párrafo del fundamento

de derecho tercero), afirmación que, por sí sola, pugna con la proyección que en esta materia tiene la libertad de pacto entre los cónyuges (1255 Cc) y, en particular, con lo dispuesto en el art. 9.2º Cc, no obstante, su decisión o fallo resulta correcta de acuerdo con el contenido y alcance de las referidas capitulaciones matrimoniales.

En efecto, si atendemos al contenido de dichas capitulaciones observamos que lo que realmente pactaron los cónyuges fue el régimen de separación de bienes (pacto –A– de dichas capitulaciones). El alcance de este pacto se agota en el conjunto de relaciones personales y patrimoniales que se generen entre los cónyuges por razón directa de su matrimonio, quedando al margen de su aplicación los efectos que, a pesar de presentar alguna vinculación o conexión con el matrimonio, poseen una sustantividad o regulación propia, caso de las situaciones de crisis matrimoniales.

En este contexto, la remisión a la legislación francesa que los cónyuges realizan en el apartado –C– de dichas capitulaciones con relación “a los derechos sucesorios y demás que se deriven de su matrimonio” tiene en sede matrimonial un claro carácter subordinado e instrumental respecto de la anterior declaración, de forma que refiere aquellos efectos del matrimonio que pudieran tener alguna trascendencia en el plano sucesorio de los cónyuges, sin alcanzar un verdadero o propio pacto acerca de la legislación aplicable en caso de divorcio.

En consecuencia, en ausencia de un pacto acerca de la legislación aplicable para el caso de divorcio de los cónyuges, resulta de aplicación el art. 107.2º Cc, en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que remite a la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentar la demanda. Por lo que dado la vecindad civil catalana de los cónyuges, resulta acertada la decisión de la sentencia recurrida respecto de la aplicación de los arts. 41 y 84 CCCat.

Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, Sentencia de 20 diciembre 2016. Ponente: Manuel Horacio García Rodríguez. JUR\2017\79550.

Responsabilidad parental. Falta de prueba del Derecho extranjero. Vecindad civil. Aplicación del Derecho catalán.

TERCERO: En cuanto a los efectos del divorcio en orden a la guarda y custodia de los hijos, uno mayor de edad, pero que vive con su madre y la otra menor también conviviente, no hay prueba del derecho extranjero, y en ese caso, dada la vecindad civil de madre e hijos, debe aplicarse el Derecho Español y más en concreto el CCCat.

SUCESIONES

Albert FONT I SEGURA*

1. Como no podía ser de otro modo, y teniendo en cuenta las crónicas que anteceden a la presente, en 2016 continúa persistiendo la necesidad de ampararse en la vecindad civil del causante para justificar la aplicación de cualquiera de los Derechos civiles españoles, salvo el Derecho civil contenido en el Cc estatal. No resulta en absoluto extraño que se invoque la vecindad civil del causante para aplicar uno de los Derechos civiles españoles. Sin embargo, lo que sorprende es, por una parte, que en supuestos vinculados únicamente a un solo Derecho autonómico los tribunales se sientan en la necesidad de justificar la aplicación del mismo en base a la vecindad civil del causante y, por otra parte, que en supuestos vinculados únicamente al Derecho civil común no surja la necesidad de justificar su aplicación por estar el

* Profesor titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra

causante sujeto al Derecho civil común. Así, para los tribunales, la aplicación del Derecho civil común parece ser la regla, mientras que la aplicación de cada uno de los Derechos civiles autonómicos parece ser la excepción que precisa una justificación. Esta práctica puede que se fundamente en el pretendido carácter especial de los Derechos civiles autonómicos. No obstante, en materia sucesoria la plenitud y completitud de algunos de los Derechos civiles autonómicos desmiente este carácter. Debe añadirse también que esta no es la práctica diaria vivida en las notarías españolas, donde, conscientes de su función y asumiendo la pluralidad legislativa, los Notarios autorizan testamentos otorgados por españoles haciendo significar la vecindad civil de los otorgantes, cualquiera que ésta sea, aragonesa, balear, catalana, común, gallega, navarra o vasca. Así debería ser también en el plano judicial, ante cualquier supuesto debería partirse de la vecindad civil del causante al momento de su fallecimiento, dado el contenido del art. 9.8º Cc. De este modo, como en otros años, en esta crónica debe hacerse eco de aquellos casos en los que, sin tratarse –al menos así se deduce de los hechos reflejados en la resolución– de supuestos interregionales, se cita la vecindad civil del causante [sentencia del TS 1ª de 5 de octubre (RJ/2016/4755), sentencia de la AP 5ª de las Islas Baleares de 17 de noviembre (JUR/2016/269399), de la AP 1ª de Ourense de 26 de diciembre (AC/2016/2140), de la AP 6ª de Pontevedra de 2 de noviembre (JUR/2016/257355), del TSJ 1ª de Aragón de 5 de octubre (JUR/2016/233170), de la AP 11ª de Barcelona de 14 de enero (JUR/2016/50847) o de la AP 5ª de Vizcaya de 11 de mayo (JUR/2016/189121)] para justificar la aplicación del Derecho civil autonómico del territorio en el que tiene la sede el Tribunal ante el cual se cursa el procedimiento. Como apuntábamos en la crónica relatada el año pasado la identificación de la vecindad civil como criterio de aplicación/sujeción está tan arraigada en la jurisprudencia que basta que la vecindad civil del causante quede establecida para aplicar el Derecho civil autonómico en cuestión –como hemos dicho, esto no pasa nunca cuando el causante tiene vecindad civil común–, sin que se considere necesario citar el art. 14 Cc.

2. No cabe duda de que esta sujeción puede mantenerse en materia sucesoria porque el art. 9.8º Cc, como corolario del art. 9.1º Cc, se basa en la vecindad civil como conexión para designar el Derecho civil español aplicable. En efecto, el estatuto personal, en el que se encuentra la materia sucesoria, queda regido por la ley personal, que, para el caso de los nacionales españoles, es la ley de la vecindad civil. Hay pues una correspondencia entre la ley civil a la que están sujetos los españoles, la vecindad civil y las normas de conflicto reguladoras del estatuto personal. No obstante, aunque esta continuidad se mantiene todavía en supuestos interregionales en materia sucesoria, se ha roto ya como consecuencia de las reformas introducidas sobre los apartados 4, 6 y 7 del art. 9. Es este un ámbito sobre el que deberá prestarse la máxima atención porque supone una quiebra de la función que venía desempeñando tradicionalmente la vecindad civil. Sin embargo, lo que interesa en este apartado de la crónica son los problemas suscitados en materia sucesoria respecto de supuestos interregionales y, más allá de la continuidad o correspondencia reseñadas, la práctica judicial nos brinda algunos casos especialmente interesantes. En este sentido, cabe apuntar que las cuestiones que han despertado secularmente el interés de la doctrina en supuestos internacionales, aparecen también en el ámbito interterritorial. Se trata, en primer lugar, del conocido debate entre la escisión y la unidad como principio regulador de las sucesiones heterogéneas, en segundo lugar, del fraude de ley y, por último, del mecanismo de adaptación entre la ley aplicable al régimen matrimonial y la ley aplicable a la sucesión.

3. Podría afirmarse que las sucesiones interregionales se regulan mediante el principio de unidad y personalidad. La vecindad civil es una conexión de carácter subjetivo que nos lleva a uno de los Derechos civiles españoles que va a regir íntegramente la sucesión, salvo que, siendo de aplicación un Derecho civil autonómico, sea llamado el Derecho civil común como consecuencia del principio de supletoriedad cuando el Derecho autonómico no contenga una regulación completa de la sucesión. Ahora bien, si se lleva a cabo una mirada más sosegada del pluralismo del sistema el principio de unidad puede verse cuestionado. En este sentido, cabe destacar dos sentencias que, con distinto signo y efecto, tratan implícita o explícitamente el principio de unidad. Merece la pena señalar también que en ambas sentencias está en juego la aplicación del Derecho civil foral de Vizcaya, en el que tan presente está el principio de troncalidad.

La primera sentencia que se quiere señalar es la sentencia de la AP 1ª de Álava de 16 de noviembre (AC/2016/2143). Lo que llama la atención en esta resolución es la concepción que se tiene del Derecho foral de Vizcaya. Se enjuicia la solicitud de extinción de un poder testatorio, del usufructo viudal y del usufructo constituido ejercitando el poder testatorio. La sentencia tiene interés respecto al alcance del poder testatorio y a las cuestiones que suscita en relación al Derecho transitorio. Sin embargo, en lo que aquí concierne desde el punto de vista del Derecho interregional, los hechos que cabe destacar son, por una parte, que tanto la testadora como el comisario tenían vecindad civil en Llodio –tanto al otorgar el poder testario, como al fallecer la causante– y, por lo tanto, estaban sometidos al Fuero de Bizkaia, dado que aun siendo una localidad alavesa rige en este municipio el mencionado Fuero y, por otra parte, que los bienes raíces objeto del poder testatorio y el usufructo están situados en Galicia. No se trata en consecuencia de bienes troncales, dado que no están situados en el Infanzonado o Tierra Llana, y no hay duda de que la sucesión se rige por el Fuero de Bizkaia, pero la sentencia abre una puerta que en este comentario queremos cerrar bajo siete llaves. En efecto, sin constituir una declaración resolutive el Tribunal apunta lo siguiente: “Puesto que no se plantea por las partes, no se analizarán para resolver la cuestión las derivadas que provoca la incoherencia de que bienes situados fuera de la Comunidad Autónoma Vasca puedan verse afectados por instituciones propias, de honda raigambre histórica, destinadas a preservar el patrimonio familiar y el caserío vascos”. La norma de conflicto es aplicable de oficio y al designar un Derecho español, y así sucede siempre en supuestos interregionales, éste debe ser necesariamente de aplicación. Por consiguiente, la aplicación del Fuero de Bizkaia respecto a la sucesión de bienes situados en Galicia no crea derivadas. Cabe preguntar cuáles serían esas derivadas y qué Derecho se supone que debería haberse aplicado a la sucesión de los bienes sitos en Galicia de una causante con vecindad civil aforada vizcaína. Si la norma de conflicto determina como aplicable un Derecho civil autonómico para regir la sucesión de un español con una vecindad civil correspondiente a un territorio distinto en el que se encuentran los bienes, considerar la aplicación de otro Derecho supone no tener presente el principio de unidad sobre el que reposa el art. 9.8º Cc. Así, ni crea derivadas, ni tampoco provoca incoherencias. Sería absurdo relegar territorialmente a uno de los Derechos españoles bajo una aproximación tan vetusta y en desuso, casi podría decirse que pre-constitucional. Los legisladores autonómicos han llevado a cabo una actualización, desarrollo y adaptación de las instituciones que conforman su Derecho civil teniendo en la cabeza no solo el contenido de sus regímenes sino también a quien se aplican y a qué se aplican, incluso aunque se trate de cuestiones sobre las que no tiene competencia. Por consiguiente, la voluntad legislativa –autonómica/material y estatal/conflictual– debe cumplirse.

La segunda resolución que merece también un breve análisis es la sentencia de la AP 2ª de Guipúzcoa de 8 enero 2016 (AC/2016/393). En la misma aflora con toda su fuerza el principio de troncalidad que puede llevar, ahora sí, a una escisión en la regulación de la sucesión. La sentencia explora los límites territoriales y personales a que está sometida la troncalidad efectuando una interpretación conjunta de los art. 17.1º, 23.1º y 25 de la derogada Ley 3/1992 de Derecho civil Foral del País Vasco, apoyando su argumentación en la STSJPV de 27 febrero 1995 y la STS de 11 marzo 2010. Así, conforme a esta interpretación, se exige que los bienes raíces sujetos a la troncalidad estén situados en el Infanzonado o Tierra Llana y que el titular de los mismos tenga vecindad civil en Vizcaya sin que necesariamente tenga que ser infanzón o poseer la vecindad civil vizcaína aforada. Tres puntos son, a mi juicio, relevantes. La sucesión queda regida con carácter general por el Derecho común, al poseer el causante la vecindad civil común, pero los bienes del patrimonio hereditario de carácter troncal siguen afectos a los derechos y deberes derivados de la troncalidad y, en consecuencia, su sucesión se rige por el Fuero de Bizkaia. Por otra parte destacar lo que apuntábamos en el párrafo precedente, el legislador es plenamente consciente tanto del profundo arraigo de la institución como de la necesidad de adaptarla y limitarla dado el contexto de la sociedad actual, tal como se pone de manifiesto en la exposición de motivos tanto de la Ley 3/1992 como, posteriormente, de la norma que la deroga, la Ley 5/2015 de Derecho civil Vasco. Finalmente, se constata que la consciencia reguladora es tal que, ante la falta de una norma de conflicto estatal que prevea los límites territoriales y personales de la troncalidad, el legislador autonómico adopta una norma autolimitada que restringe su aplicación espacial y personal.

4. Ahora bien, aun siendo cierto que la ecuación vecindad civil = Derecho aplicable puede mantenerse todavía hoy, cabe constatar que se advierten ya importantes fisuras, incluso en supuestos sucesorios. En efecto, el legislador ha removido el sistema de Derecho interterritorial hasta sus raíces más profundas. Por una parte, en Derecho de familia con la reforma de los apartados 4, 6 y 7 del art. 9 Cc el legislador español ha eliminado la preeminencia de la nacionalidad –y, en consecuencia, de la vecindad civil– relegándola a un papel secundario, o incluso inexistente, en beneficio de la conexión residencia habitual. No obstante, se consigue la uniformidad de soluciones para resolver tanto los conflictos de leyes internos como los internacionales (sin entrar ahora en los problemas que puede generar la aplicación de soluciones concebidas para conflictos internacionales para resolver los conflictos internos). Por otra parte, el Reglamento 650/2012 en materia sucesoria ha supuesto también la introducción de la residencia habitual como elemento localizador, de modo que la vecindad civil únicamente adquiere sentido en determinados supuestos internacionales –si el causante es español y tiene la residencia habitual en España y/o si ha elegido la ley española correspondiente a su vecindad civil– y en supuestos internos. No se ha querido aquí una uniformidad de soluciones entre los conflictos internacionales y los internos. En cualquier caso, si bien es cierto que en el momento en que se dictan las sentencias recopiladas todavía no estaban en vigor estas importantes modificaciones del sistema, no está de más realizar una llamada de atención porque las modificaciones del sistema van a desbaratar aquella ecuación a la que hacíamos referencia.

No obstante, hay tribunales que son conscientes de la importancia de la norma de conflicto como regla de determinación del Derecho aplicable. Así, la sentencia de la AP 4ª de Zaragoza de 9 de noviembre (JUR/2016/268639) en la que la determinación de la vecindad civil del causante es capital para establecer la legislación sucesoria aplicable o, siguiendo más fielmente lo que el tribunal declara, para determinar la ley personal del afectado. La delimitación material y la correcta selección de la norma de conflicto aplicable es lo que está en juego en este supuesto. El caso trata de un causante español de vecindad civil aragonesa que otorga testamento en el Reino Unido conculcando el art. 90 de la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte y los requisitos formales previstos en la legislación aragonesa. El tribunal considera que los requisitos formales quedan regidos por la ley del lugar en que se otorga el testamento con forme al art. 11 y 732 Cc y el art. 1 del Convenio de La Haya de 1961 sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. Como se puede apreciar continúa persistiendo en la jurisprudencia española un desconocimiento básico relativo a la prelación de las fuentes normativas. Distingue correctamente la cuestión relativa al contenido del testamento, que queda regida por la ley aragonesa, aunque no cita aquí la norma de conflicto que así lo establece.

5. La crónica de este año debe referirse de nuevo a un tema de permanente vigencia en el tráfico jurídico interregional, y particularmente en el ámbito sucesorio, como es el del fraude de ley. Esta cuestión está vinculada usualmente al cambio de vecindad civil. La inestabilidad de la vecindad civil y la falta de un mecanismo que de forma general prevea una inscripción registral y/o informativo de la vecindad civil poseída, y por lo tanto del Derecho civil español al que se está sujeto, propicia no solo problemas en cuanto a su determinación (*vid.* STS de 1ª 8 de abril (RJ/2016/3659), aunque las dudas fueron resueltas ya en primera instancia, o la sentencia de la AP 3ª de Navarra de 18 de noviembre (JUR/2017/140142), en la que las pruebas aportadas por la demandante no enervan la adquisición por residencia de dos años con su correspondiente reflejo registral, conforme al art. 14.5.1 Cc –en ningún momento se plantea, sin embargo, la existencia de fraude–) sino también respecto a la supuesta comisión de un fraude de ley. Es en la sentencia de la AP 3ª de Vizcaya de 11 de abril (JUR/2016/141065) donde se invocan los arts. 6.4º y 12.4º Cc para instar la nulidad del testamento otorgado por el que la causante, con vecindad civil común en el momento del otorgamiento, dispone que a una de sus hijas se le asigne la menor cuota posible conforme a lo permitido por ley personal común o por ley personal foral. Conforme al Derecho civil contenido en el CC estatal una disposición como la referida supone un legado de la legítima estricta prevista en tal regulación, mientras que de acuerdo con el Fuero de Bizkaia del Derecho vasco se infiere un apartamiento. El tribunal descarta un fraude de ley por cuanto debe prevalecer la voluntad de la testadora cuya disposición se conjuga de manera anticipada conforme a la vecindad civil ostentada al fallecer y, por tanto, con las normas imperativas aplicables en este momento. Se trata de un asunto en el

que la testadora organiza su sucesión anticipando las leyes que eventualmente pudieran ser de aplicación al momento de fallecer sin que ello suponga una causa de nulidad conforme a la ley vigente al otorgar el testamento y se respeten las legítimas previstas en la ley sucesoria.

6. Finalmente, nos vamos a referir a la sentencia del TS 1ª de 16 de marzo (RJ/2016/844) reproduciendo lo que ya señalábamos en la crónica del año anterior en la que, por error, dimos cuenta de la misma: “Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge viudo es otra de las cuestiones sujetas a dudas interpretativas. El TS en sentencia de 16 marzo 2016 confirma la amplia interpretación mantenida en la sentencia dictada el 28 abril 2014, de modo que la condición legitimaria del cónyuge viudo –prevista en el Cc estatal– se considera un derecho viudal atribuido por ministerio de la ley que debe ser respetado por ser el Derecho civil estatal el que rige el régimen económico matrimonial, de acuerdo con el art. 9.8º Cc *in fine*, pese a que en el Derecho de Ibiza, vecindad civil del causante, el cónyuge viudo no ostenta esta condición tratándose de una sucesión testada. No se va a valorar aquí esta interpretación, ni la evidente adulteración que esta produce sobre el Derecho aplicable a la sucesión, simplemente se quiere recordar que esta cuestión va a ser tratada de forma distinta en el Reglamento 650/2012 dado que conforme a su art. 23.2.b) los derechos del cónyuge viudo se integran en el ámbito regido por la ley sucesoria. La transcendencia de este cambio es relevante, pero quizás más lo es que se va a generar un trato desigual y difícil de justificar entre las sucesiones internacionales reguladas por el Reglamento 650/2012 y las sucesiones interterritoriales reguladas por el art. 9.8º Cc, ya que en estos supuestos se va a tener que aplicar la remisión al art. 9.2º Cc respecto a los derechos del cónyuge viudo atribuidos por ministerio de la ley. Por otra parte, en las sucesiones internacionales en los que sea aplicable el ordenamiento plurilegislativo español y deba determinarse qué ley deba ser aplicada se va a constatar un total desajuste, por lo que a los derechos del cónyuge viudo se refiere, entre lo previsto en el Reglamento 650/2012, que los integra en la ley sucesoria, y lo establecido en el art. 9.8º Cc *in fine*, cuya previsión supone una remisión a la ley aplicable a los efectos del matrimonio”.

Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, Sentencia nº 4/2016, de 8 de enero. Ponente: María Teresa Fontcuberta de la Torre. AC/2016/393.

Sucesión testamentaria. Troncalidad. Vizcaya.

Normas aplicadas: Art. 23 y 25 Ley 3/1992 de 1 de julio, de Derecho civil Foral del País Vasco.

TERCERO [...]. Pero la Sala no puede compartir tal criterio por las siguientes razones:

– *La parte apelante parte del principio de que para ostentar los derechos y obligaciones inherentes a la troncalidad era necesario que el causante de la sucesión hubiera tenido vecindad aforada, en cuyo caso la pérdida de la misma no supondría restricción de los derechos propios de la institución.*

– *Sin embargo, cuando la L. 2/1992 regula el elemento personal de la troncalidad, no exige que el titular de los bienes raíces (que son los de naturaleza rústica situados en el Infanzonado) tenga la condición de aforado, bastando con que sea vizcaíno y tenga vecindad civil en Vizcaya. Así se deduce de la conjunción de las normas contenidas en los arts. 17.1º y 23.1º de la Ley al establecer, el primero de ellos, que “la propiedad de los bienes raíces es troncal”, y el segundo que “los derechos y obligaciones derivados de la troncalidad corresponden, como vizcaínos, a todos los que tengan vecindad civil en Bizkaia”.*

Pero es que además, la condición del titular de los bienes como vizcaíno, aunque no sea aforado, se desprende del contenido del art. 25, cuando establece: “Quienes no sean vizcaínos aforados gozarán de libertad para disponer, a título gratuito, de los bienes troncales en favor de cualquiera de los parientes tronqueros de línea preferente, pero el beneficiario de los mismos no podrá tener participación en los bienes no troncales, mientras con ellos no esté cubierta la legítima estricta de los demás legitimarios”.

Y es evidente que al referirse dicho precepto a los vizcaínos aforados, y encontrarse incluido en el Título II del Libro I de la L. 3/1992, dedicado a la troncalidad, hay que entender que la simple condición de vizcaíno (aunque se ostente una vecindad civil fuera del territorio del Infanzonado) es suficiente para ser titular de un bien raíz y ostentar los derechos y deberes inherentes a la troncalidad.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, Sentencia nº 7/2016, de 14 de enero. Ponente: Antonio Gómez Canal. JUR/2016/50847.

Sucesión testamentaria.

Normas aplicadas: Art. 9.1º, 9.8º y 16.1º Cc.

PRIMERO: [...] Para llevar a cabo la labor revisora encomendada a esta Sala por el art. 456.1º LEC partimos de las siguientes premisas:

1.– Desde un punto de vista jurídico, atendida la vecindad civil catalana de la sra. Candelaria a la fecha de otorgar el testamento que habrá de regir su sucesión, es de aplicación al caso el CCCat (arts. 9.1º y 8º y 16.1.1 Cc y Disposiciones Transitoria 1ª y Final 4ª de la Llei 10/08, de 10 de julio, del Llibre quart del Codi Civil de Catalunya relatiu a les successions).

Tribunal Supremo, Sección Primera, Sentencia de 16 marzo 2016. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. RJ 2016/844

Sucesión.– Derechos del cónyuge viudo atribuidos por ministerio de la ley.

Normas aplicadas: Arts. 834, 9.1º, 9.2º, 9.8º, 13 y 16 Cc.

SEGUNDO: Recurso de casación. Derecho internacional privado. Derecho interregional. Interpretación del art. 9.8º in fine Cc: “efectos del matrimonio”. Derecho aplicable a la legítima del cónyuge viudo. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La parte demandante, al amparo del ordinal tercero del art. 477.2º LEC, interpone el presente recurso por razón del interés casacional en cuanto la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, con cita de la STS de 28 abril 2014 (nº 624/2013). Dicho recurso se articula en dos motivos.

En el primer motivo denuncia como preceptos infringidos los arts. 9.1º, 9.2º, 9.8º, 13 y 16 Cc en relación con el art. 3 del mismo Cuerpo legal.

En el segundo motivo, denuncia la infracción del art. 834 Cc, en relación con el art. 9.8º del mismo Cuerpo legal.

En síntesis, en los dos motivos se cuestiona el criterio seguido por la sentencia recurrida, considerando que la interpretación adecuada del art. 9.8º Cc lleva a concluir que los derechos legitimarios del cónyuge viudo se deben regir por la ley que regula los “efectos del matrimonio”. En el presente caso, la normativa de derecho común en atención al lugar de celebración del matrimonio. Se añade, además, que este es el criterio que fija la Sala en la citada sentencia de 28 abril 2014.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

2. De acuerdo con lo argumentado por la parte recurrente, en los motivos objeto de este recurso de casación, y como la propia sentencia de la Audiencia reconoce, el objeto de enjuiciamiento responde a una cuestión de interpretación normativa.

En este sentido, y como precisa la parte recurrente, esta Sala, ha fijado su doctrina jurisprudencial en la sentencia de 28 abril 2014 (nº 624/2014 SIC). En dicha sentencia, apartado tercero de su fundamento segundo, se declara:

“[...] En efecto, contrariamente a la fundamentación técnica seguida, por la Audiencia, y conforme a lo desarrollado por la doctrina científica al respecto, se debe puntualizar que la regla del art. 9.8º, in fine, Cc, que determina que “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes” opera como una excepción a la regla general de la lex successionis previamente contemplada en el número primero del propio artículo nueve y reiterada en el párrafo primero de su número o apartado octavo (la ley nacional del causante como criterio de determinación de la ordenación sucesoria).

“En este sentido, la norma aplicable resulta plenamente determinada con la remisión que cabe efectuar en relación a los arts. 9.2º y 9.3º Cc, reguladores de los efectos del matrimonio como criterio de determinación. Esta excepción o regla especial, no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad sucesoria que nuestro Código, como se ha señalado, no recoge como una regla de determinación absoluta, ya que responde, más bien, a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge superviviente y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial:

“[...] “Desde esta perspectiva se comprende que no quepa una interpretación de lo que deba entenderse por “efectos del matrimonio” que, en definitiva, modifique o restrinja el ámbito de aplicación de la regla especial reconocida y querida como tal, no sólo porque la propia norma no albergue distinción alguna a estos efectos entre las relaciones personales del vínculo matrimonial, ya generales o morales como los deberes de fidelidad o convivencia, o bien ligadas a un estatuto primario tales como el año de luto, aventajas, ajuar doméstico, etc., y las relaciones patrimoniales, propiamente dichas, sino por la consideración de los “efectos del matrimonio” como término o calificación jurídica que conceptualmente comporta un conjunto de derechos y deberes de contenido y proyección económica de innegable transcendencia, también en el ámbito sucesorio de los cónyuges”.

En el presente caso, a tenor de las circunstancias que concurren, la propia sentencia de la Audiencia reconoce que la aplicación del art. 9.2º Cc conduce a que los efectos del matrimonio se rijan por el Derecho común.

Por último, señalar, en contra de lo alegado por la parte recurrida, que esta doctrina jurisprudencial no ha resultado modificada por la sentencia de esta Sala de 12 enero 2015 (nº 490/2014). Entre otras razones, como fácilmente se aprecia, porque la referencia al art. 9.8º Cc se realiza en el ámbito del reenvío de retorno, (art. 12.2º Cc). Ámbito claramente diferenciado de la naturaleza y características del presente caso.

Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sección Primera, Sentencia nº 23/2016, de 16 de marzo.
Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. JUR/2016/233170.

Sucesión. Derechos del cónyuge viudo atribuidos por ministerio de la ley

“PRIMERA: Declara que es viuda de sus únicas nupcias, contraídas con Don Octavio, y que carece de descendencia, por lo que puede disponer libremente de sus bienes. También manifiesta estar sujeta a la vecindad civil aragonesa. Y que no ha otorgado con anterioridad a este acto testamento mancomunado alguno con persona distinta de su premuerto esposo.

Tribunal Supremo, Sección Primera, Sentencia nº 231/2016, de 8 de abril. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. RJ 2016/3659

Sucesiones. Derecho civil catalán. Capacidad sucesoria.

Normas aplicadas: En lo que se refiere al Derecho interterritorial, no se indican en la sentencia

PRIMERO: Resumen de Antecedentes. Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.– Por don Fulgencio y doña Ana María, en nombre y representación de doña Rosario, se formuló demanda de juicio ordinario contra el Hogar Padre Saturnino López Novoa en Huesca de la Congregación de las Hermanitas de los Ancianos Desamparados, por la que se instaba la nulidad del testamento abierto de don Serafín, otorgado el día 4 febrero 2009, en el que tras ordenar varios legados a algunos parientes, había instituido como heredero a la demandada. Instaba la nulidad por considerar que en el otorgamiento el fallecido no tenía capacidad para testar y, además, alegaba que, pese a que en el testamento se indicaba que el testador tenía vecindad civil aragonesa, en realidad la tenía catalana, y por tanto la demandada era inhábil para suceder conforme a lo dispuesto en el art. 412-5 c) del CCCat, que dispone “c) el religioso que ha asistido al testador durante su última enfermedad, así como el orden, la comunidad, la institución o la confesión religiosa a que aquél pertenece.”

2.– El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda con la siguiente motivación:

(i) Tras valorar la prueba practicada concluyó que no se había acreditado la incapacidad del testador.

(ii) Que su vecindad era Catalana y, por ende, era aplicable a su sucesión el Código Civil Catalán.

[...]

Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Tercera, Sentencia nº 139/2016, de 11 de abril. Ponente: Ana Isabel Gutiérrez Gegúndez. JUR\2016\141065.

Sucesión testamentaria.

Normas aplicadas: Arts. 6.4º, 9.8º y 12.4º Cc

PRIMERO: Insta la representación de Dña. Sonsoles la revocación de la resolución recurrida y en su lugar se dicte otra en cuya virtud se estime íntegramente la demanda en su día interpuesta. En justificación de tal petición y en motivación del recurso señalaba: Error en la interpretación del Testamento, existencia de disposiciones contradictorias respecto de la hoy recurrente, y en consecuencia Nulidad del Testamento. Sobre estas premisas venía en señalar la parte Apelante que, en el Testamento que nos ocupa existe con relación a la actora una voluntad de dejar la legítima estricta y otra voluntad de desheredarla y en ello razonaba que, si bien se sostenía de contrario ser la voluntad de la Testadora dejar en su herencia lo mínimo posible a su hija la Sra Sonsoles, la ley bajo la que se otorgó el testamento era la ley común y por ello no era posible desheredarla ni aún como es el caso se previera que iba a fallecer bajo la ley personal foral. Incidía en que la voluntad de la Sra. Tamara (testadora) queda al capricho de las circunstancias de tiempo y lugar. Abundaba en que cuando se otorgó el testamento, es decir, en la fecha de su otorgamiento bien pudo Dª Tamara haber efectuado elección de ley personal vizcaína aforada, o continuar ostentando la vecindad civil común. Insistía en que el testamento que nos ocupa no contiene un mandato inequívoco testamentario, y su determinación no depende de su voluntad sino de circunstancias ajenas, a saber: la vecindad que ostente en el momento del fallecimiento. La consecuencia de ello, la recuperación en vigencia del Testamento otorgado por Dª Tamara anterior al que nos ocupa. Como segundo motivo desgana la inaplicación de los arts. 6.4º y 12.4º Cc. Fraude de Ley. Nulidad del Testamento. En esta alegación venía en significar aquellos parámetros básicos de su discurso así que la legislación bajo la que se otorga el Testamento, común, no cabe desheredación de la hija sin causa justificada, señalando que el fraude de ley se encontraba, a su entender, en anticipar al momento de otorgar testamento una legislación foral (ley de cobertura) que no es su ley personal

para desheredar a la hija cuando el Cc de aplicación no lo permite. Desde las premisas desgranadas en sus alegaciones, el motivo tercero del recurso de apelación viene en significar concluyentemente que, y al entender de la parte apelante, el Testamento por las anteriores consideraciones deviene nulo, lo que conlleva, y así argumentaba, que la nulidad del Testamento que nos ocupa impugnado-, haga determinar la validez del anterior otorgado por D^a Tamara de fecha 21 noviembre 2000. Por último, en su alegación cuarta señalaba que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 9.8º y art. 813 Cc, correctamente interpretados, llevaba a la ineludible conclusión de que si la ley personal de la testadora al momento de otorgar el testamento era la determinada por su vecindad civil común, y por ende bajo los auspicios del Código civil, conforme al mismo legó a la Sra. Sonsoles (hija) la legítima estricta conforme con su ley personal (Código civil); este legado debe conservar su validez, aunque sea otra la ley que rijan la sucesión a su fallecimiento. En este caso sustentaba como conclusión el derecho, en definitiva, al legado de legítima estricta. [...]

TERCERO: Que duda cabe, que el testamento que nos ocupa contiene como previsión indubitada o intención indubitada y no, como significa la parte apelante, contradictoria la de dejar a su hija, la Sra. Sonsoles, la menor cuota posible conforme a lo permitido por ley personal común o por ley personal foral. No realiza, voluntad contradictoria alguna, al contrario, trata de bien atar su sucesión y ello precisamente previendo en oportunos parámetros legales la ley aplicable (imperativa) a su fallecimiento. Por ello, respetando las exigencias legales al momento de su fallecimiento. No se trata de eludir ninguna ley imperativa por otra de cobertura en dicho supuesto; efectivamente de significación correlativa en fraude de ley. Aquí sucede algo que tiene un matiz divergente, se explicita una voluntad precisada conforme a la ley aplicable en fuera de la ley personal al momento del fallecimiento. No es tampoco, en puridad de principios como se incide en el recurso de apelación, algo dependiente de un hecho ajeno, simplemente la determinación incidente de la vecindad al fallecimiento, y otorgamiento en tal sentido de la voluntad clara conforme al orden legislativo.

En este sentido es de insistir que la voluntad de la Testadora era evidente en mantenimiento de unas Instituciones de Herederos, reiteradas bajo el prisma de la ley personal. Reiteramos la Institución de herederos (los hijos de D^a Tamara), D. Salvador y D. Marino queda palmariamente establecido, la voluntad respecto de la Sra. Sonsoles dimana en función de la ley personal, legítima estricta conforme ley común y apartamiento conforme ley personal foral, apartamiento que no es una figura exactamente idéntica o necesariamente homologable a la desheredación.

Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Quinta, Sentencia nº 134/2016, de 11 de mayo. Ponente: Leonor Angeles Cuenca García. JUR/2016/189121

Sucesión testamentaria.

SEGUNDO: II.- De naturaleza jurídica:

a.- El poder testatorio.

Es un hecho no controvertido que el Sr. Eliseo era vizcaíno aforado, siendo su ley personal determinada por su vecindad civil, al momento de la delación de la herencia lo que se produce al momento de su muerte (art. 657 ss Cc), la que determina el cuerpo legal, de suerte que tal lo era la Ley 3/1992 de 1 de julio relativa al Derecho civil Foral del País Vasco, de modo que habiendo otorgado testamento válido conforme a la Compilación del Derecho civil Foral de Bizkaia y Álava de 30 julio 1959 modificada por la ley de 18 marzo 1988 que era el Derecho Foral vigente entonces, de conformidad con la D.T. 12ª Cc (derecho supletorio), se respeta el testamento pero adaptado al nuevo régimen legal en cuanto al poder testatorio como se infiere de igual modo de la D.T.2ª y 3ª de la Ley 1/1992, así como a la LDCFPV respetando, en la medida en que el nuevo cuerpo legal lo permita, la voluntad del testador.

Tribunal Supremo, Sección Primera, Sentencia nº 591/2016, de 5 de octubre. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno. RJ 2016/4755.

Sucesiones. Derecho civil catalán. Legítima.

PRIMERO: Resumen de antecedentes. 1. El presente caso, con relación al ejercicio de las acciones para el pago de las legítimas de los herederos, plantea, como cuestión de fondo, la determinación del caudal computable y sus operaciones de cálculo, con las consiguientes implicaciones en la determinación del haber hereditario, su valoración y, en su caso, con la colación de donaciones realizadas en vida del causante. Todo ello, con arreglo a la legislación civil autonómica de Cataluña, dada la vecindad civil del causante y de su esposa.

2. En síntesis, doña Nuria, don Erasmo y doña Sofía, así como don Imanol, aquí recurrentes, interpusieron una demanda contra doña Flor, última esposa y heredera del causante, padre de los demandantes, aquí también recurrentes, en la que reclamaban, tras la previa declaración de la vecindad civil catalana del causante y la determinación del caudal imputable, el pago de sus respectivas legítimas.

La demandada se opuso. Negó la existencia de determinados bienes en el haber hereditario y solicitó que se computasen e imputasen a la legítima de cada hijo las donaciones de inmuebles a ellos realizadas por el causante.

3. La sentencia de primera instancia, tras declarar la vecindad civil catalana del causante y el régimen de separación como régimen económico matrimonial aplicable, llevó a cabo la determinación del caudal partible apreciando la existencia de determinadas donaciones inter vivos imputables a las legítimas de doña Nuria, don Erasmo y doña Sofía, por lo que consideró que el pago de las mismas ya se había percibido. Con relación a don Imanol estimó en parte la demanda y declaró el derecho, a cargo de la instituida heredera, al pago de su legítima en la herencia de su padre, don Erasmo, más los intereses legales desde la muerte de causante.

Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Sexta, Sentencia nº 566/2016, de 2 de noviembre. Ponente: Jaime Carrera Ibarzábal. JUR/2016/257355.

Sucesión testamentaria.

Normas aplicadas: Art. 3 y 4 Ley de Derecho civil de Galicia.

SEGUNDO: Convienen dos precisiones previas:

a) la Ley de Derecho civil de Galicia de 14 junio 2006, aunque no contiene una regulación general del testamento, introduce normas aisladas que incorporan singularidades o especialidades respecto al régimen general y común de los testamentos en el Código civil y, en este sentido, al tratar del testamento abierto ordinario, el art. 183.1º precisa que el testamento abierto ordinario se otorgará ante notario, sin que sea necesaria la presencia de testigo; el art. 184 señala que, como excepción, habrán de concurrir testigos al otorgamiento del testamento abierto ordinario, cuando el testador sea ciego, estableciendo, por fin, el art. 185 que en los casos en que sea necesaria su presencia, los testigos serán al menos dos, debiendo tener plena capacidad de obrar, entender al testador y saber firmar. La aplicación de dicha normativa al presente caso, viene determinada por los arts. 3 y 4 de la Ley de Derecho civil de Galicia, en cuanto dispone que el Derecho civil gallego tendrá eficacia en el territorio de la comunidad autónoma y que la sujeción al Derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil con arreglo a lo dispuesto en el Derecho civil común.

Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, Sentencia nº 359/2016, de 9 de noviembre.
Ponente: Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate. JUR/2016/251896.

Sucesión testamentaria. Testamento otorgado en el extranjero.

Normas aplicadas: Arts. 11, 13 y 732 Cc; art. 1 Convenio de La Haya de 1961 sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias; art. 323 LEC.

SEGUNDO: El art. 11 Cc establece que las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. Y el art. 13 Cc refiere que las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del Título IV del Libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.

Pues bien, convenimos con el Juez a quo que ninguna discusión ofrece la validez formal del testamento discutido por haber sido otorgado conforme a las prescripciones de la legislación del inglesa conforme previene la norma de conflicto contenida en el art. 11 Cc, según el cual las formas y solemnidades de los testamentos se regirán por la Ley del país en que se otorguen, así como el art. 732 Cc, reconociendo validez a dicho documento público aportado apostillado conforme al Convenio de la Haya de 5 octubre 1961, al estar dicho Convenio ratificado por España (BOE 25.9.1978), debiendo añadir a lo expuesto al respecto en la instancia, que el citado Convenio, es una norma que ha venido, como dice el Tribunal Supremo – STS 19 febrero 2000 –, a liberalizar los requisitos para la validez de los documentos otorgados y procedentes de otras naciones, pues suprime la exigencia de la legalización para los documentos públicos extranjeros y atribuye la categoría de públicos en su art. 1, a las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como menciones de registro. A estos efectos, el art. 323–2–2º LEC, dispone que se considerarán como documentos públicos los documentos apostillados, por lo que habrá de concluirse que encontrándose apostillado el documento no necesita ninguna autenticación.

Partiendo de la validez formal del testamento, cuestiona el apelante la aplicación del art. 11. Sin embargo, consideramos que el art. 13 Cc, establece el ámbito de aplicación, y en nuestro caso, se ha respetado, toda vez que las formas y solemnidades se han cumplido, conforme previene la regla del art. 11 Cc; y en cuanto al contenido del testamento, se ha respetado el derecho foral de Aragón, en cuanto que se ha dispuesto de la parte de libre disposición respetando a los legitimarios, conforme a la norma.

El art. 732 refiere que los españoles podrán testar fuera del territorio nacional sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen. Es decir, el testamento es válido pues se han observado las leyes inglesas, conforme al art. 1 del Convenio de la Haya, tratando estas normas de favorecer la validez del testamento en cuanto a la forma, objetivo fundamental del convenio. Y del mismo modo ha sido observado, con relación al contenido, la vecindad civil aragonesa del testador.

Audiencia Provincial de Álava, Sección Primera, Sentencia nº 357/2016, de 16 de noviembre.
Ponente: Edmundo Rodríguez Achutegui. AC/2016/2143.

Sucesión. Poder testatorio. Derecho civil vizcaíno.

PRIMERO: [...] 8.– Dª María, con vecindad civil en Laudio – Llodio (Álava), madre y esposa de las partes que ahora litigan, otorgó testamento el 4 julio 1992, en el que dispuso poder testatorio en favor de su esposo, D. Ángel Daniel, también con vecindad civil laudioarra, en los siguientes términos: “ Que confiere a su esposo Don Ángel Daniel, el más amplio poder testatorio para que como Comisario Foral de la otorgante, disponga de la herencia de ésta o de cualesquiera bienes que deje la misma sin haber

dispuesto de ellos por testamento ni en otra forma, haciéndolo entre los hijos y descendientes comunes, pudiendo elegir heredero a uno más de ellos, apartando y excluyendo a los demás; dando los bienes referidos, bien por testamento, bien por actos intervivos, en plena propiedad o con imposición de cualesquiera gravámenes, condiciones, sustituciones o restricciones en beneficio de otro u otros herederos forzosos; formalizando su cometido en uno o varios otorgamientos, según procediere; quedando facultado para que como único representante de la herencia, y mientras no disponga de los bienes, los usufructúe y realice actos de administración; prorrogándole expresamente cincuenta años más el plazo legal para el cumplimiento del cometido de que se trata “.

Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Quinta, Sentencia nº 338/2016, de 17 de noviembre. Ponente: Mateo L. Ramón Homar. JUR/2016/269399.

Sucesión testada. Legítima. Donación.

PRIMERO: A) Que D. Pelayo, de vecindad civil ibicenca, falleció en Ibiza el día 11 julio 2013, en estado de viudo de Dª Sonia, fallecida el día 14 mayo 2004. Tuvo dos hijos: D. Pelayo y D. Gerardo, el primero de ellos falleció el día 11 diciembre 1986 y es el padre de las dos hermanas demandantes, Dª Flor y Dª Marcelina.

Audiencia Provincial de Navarra, Sección Tercera, Sentencia nº 544/2016, de 18 de noviembre. Ponente: Jesús Santiago Delgado Cruces. JUR/2016/140142.

Sucesión testamentaria.

Normas aplicadas: Art. 14 Cc.

SEGUNDO: [...] Se sostiene el recurso en a) la incorrecta aplicación del art. 14 Cc, en el apartado 5º 1º; b) que si bien el causante expresó su voluntad de adoptar la vecindad civil foral, no cumplía con el requisito relativo a la residencia de dos años; y c) que, en definitiva, D. Jose Pablo nunca residió en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra.

Ciertamente el art. 14.5.1º Cc. establece que la vecindad civil se adquiere por residencia continuada de dos años siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad. La sentencia del TSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal de 3 marzo 1994, tuvo ocasión de señalar que la vecindad civil adquirida por residencia de dos años concurriendo la pertinente declaración de voluntad, no se pierde por la sola residencia ulterior durante 10 años en otro territorio; por lo tanto lo sucedido después del 27 marzo 2008, fecha de las actas por las que el causante y su esposa afirmaron y justificaron mediante su inscripción en el Padrón Municipal de Habitantes de Mendavia que venían residiendo en la referida localidad, es en este caso intrascendente.

Constatada la voluntad del causante y de su esposa de adquirir la vecindad civil Navarra, el requisito temporal que el precepto exige es la residencia continuada de dos años y es precisamente la concurrencia de tal requisito lo que el recurso expresa en un único motivo real que se reitera en los tres apartados antes referidos.

TERCERO: La cuestión de la que depende la suerte del recurso, residencia continuada de dos años, es de hecho y tal residencia, suficiente a los efectos del art. 14.5.1º Cc, está fuertemente amparada [...]

Audiencia Provincial de Ourense, Sección Primera, Sentencia nº 456/2016, de 26 de diciembre. Ponente: Josefa Otero Seivane. AC/2016/2140.

Sucesión testamentaria. Nulidad de cláusulas testamentarias

QUINTO: [...] No ofrece duda que la testadora ha querido beneficiar a su hija, a la que instituye heredera universal en el remanente de sus bienes, derechos y acciones, siendo esa voluntad el norte que debe guiar la interpretación del testamento, máxime cuando el mismo ha sido otorgado conforme a la ley gallega aplicable por razón de la vecindad civil de la testadora, con la garantía que comporta el asesoramiento proporcionado por el notario autorizante. El testamento designa contador partidor para el caso de que hubiera lugar a complementar o aclarar la partición.

DERECHO CIVIL VALENCIANO

Rafael ARENAS GARCÍA *

1. En la última crónica de Derecho interterritorial (*AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 1193–1281, p. 1244) ya advertíamos que deberíamos estar atentos a la Sentencia del Tribunal Constitucional que se pronunciaría sobre la constitucionalidad de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, sobre las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Tal como allí se explicaba, el legislador autonómico valenciano había decidido ampliar el Derecho civil propio con la inclusión de tres leyes en materia de régimen económico matrimonial (Ley valenciana 10/2007), la mencionada Ley 5/2011 y la Ley 5/2012 en materia de uniones de hecho. Las tres leyes habían sido objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno y en el año 2016 las tres fueron declaradas inconstitucionales en su totalidad [Ley 10/2007, *vid.* la STC (Pleno) 82/2016, de 28 de abril; y Ley 5/2011, *vid.* STC (Pleno) 192/2016, de 16 noviembre 2016] o en su parte sustancial [Ley 5/2012, *vid.* STC (Pleno) 110/2016, de 9 junio 2016]. La declaración de inconstitucionalidad de estas leyes implicará que la práctica en relación al Derecho civil valenciano, que como hemos visto en estas crónicas ha llegado a alcanzar cierta relevancia, irá perdiendo importancia a medida que la eficacia de tales leyes sobre las situaciones jurídicas creadas bajo su vigencia vayan perdiendo eficacia. En este sentido, es necesario señalar que las tres sentencias del Tribunal Constitucional indican expresamente el alcance de su eficacia, sin que la declaración de inconstitucionalidad afecte a las situaciones jurídicas consolidadas, lo que se traduce en que, en relación a la Ley 10/2007, los matrimonios cuyo régimen económico matrimonial estuviera regido por la Ley valenciana seguirán sometidos al régimen previsto en ésta salvo que su voluntad contraria fuera manifestada a través de las correspondientes capitulaciones (Fdo. Jurídico 8 de la STC 82/2016). En lo que se refiere a las uniones de hecho también se prevé la no afectación de las “situaciones jurídicas consolidadas”, aunque se recuerda que en lo que se refiere a los derechos sucesorios la ineficacia de la norma valenciana no deberá contarse desde la de la Sentencia, sino desde la interposición del recurso de inconstitucionalidad del Gobierno, puesto que la suspensión derivada de dicha interposición fue mantenida por el Tribunal Constitucional (*vid.* Fdo. Jurídico 10 de la STC 110/2016). En lo que se refiere a la Ley 5/2011, la declaración de inconstitucionalidad no afectará a las decisiones ya adoptadas, que se continuarán rigiendo por la Ley anulada (*vid.* Fdo. Jurídico 5 de la STC 192/2016).

Las tres decisiones del Tribunal Constitucional son extraordinariamente relevantes porque suponen un punto de inflexión en la tendencia a superar los límites constitucionales en lo que se refiere a la competencia autonómica en materia de Derecho civil (*vid.* R. Arenas García, “Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 547–593, pp. 550–553). El Tribunal Constitucional establece en estas decisiones que la competencia autonómica en la materia tiene que conectarse con la

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universitat Autònoma de Barcelona

regulación existente en el año 1978, de tal manera que no podrán regularse instituciones que no presenten conexión con el contenido del Derecho civil propio vigente en el momento de aprobarse la Constitución. Esta condición para el ejercicio de la capacidad legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil había sido en cierta forma olvidada, como prueba el que en la justificación de las mencionadas leyes realizada por el propio legislador autonómico se hiciera referencia a la “novedad” que suponían (*vid.* el Fdo. Jurídico 6 de la STC 110/2016: “El propio legislador [valenciano] reconoce en el primer párrafo del preámbulo de la Ley recurrida que las formas de convivencia *more uxorio* han aparecido solamente “[e]n los últimos años”. Por lo tanto, sería inútil –como reconoce el letrado de la Generalitat en su escrito de alegaciones– buscar en los antiguos fueros, o en las costumbres de ellos derivadas, una institución legitimadora de la regulación”). Por esto resultan especialmente significativas estas tres decisiones que obligarán a los legisladores autonómicos a buscar siempre la necesaria conexión entre la regulación civil que aborden y las instituciones vigentes en su Derecho propio en el momento de promulgarse la Constitución, sin que resulten relevantes los derechos históricos que hubieran perdido su vigencia antes de la entrada en vigor de la Constitución [*vid.* Fdo. Jurídico Quinto de la STC 110/2016: “Sobre el aludido presupuesto para asumir la competencia, hemos declarado que con la expresión “allí donde existan” la Constitución alude a la “previa existencia” en el territorio de que se trate “de un Derecho civil propio [...]. Una preexistencia que no debe valorarse además con referencia a cualquier coordenada temporal, como se pretende desde la Comunidad Autónoma, sino muy precisamente “al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución [...] sin que sea lícito remontarse a cualquier otro momento anterior”].

Así pues, las decisiones que en esta crónica se recogen serán de las últimas en las que podremos apreciar la práctica en relación a la aplicación del Derecho civil valenciano y los problemas que plantea en los supuestos que están conectados con otros Derechos españoles o con ordenamientos de otros países. Las decisiones que durante el año 2016 se ocuparon de estas cuestiones se refieren casi en su totalidad a la aplicación de la Ley 5/2011 sobre relaciones de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; siendo menos las que han considerado la Ley de uniones de hecho (Ley 5/2012) y la ley sobre régimen económico matrimonial (Ley 10/2007). En primer lugar nos ocuparemos de las decisiones que consideran la Ley valenciana 5/2011 y a continuación de aquellas para las que resulta relevante la Ley 10/2007. Finalmente trataremos brevemente de dos resoluciones en las que la Ley de uniones de hecho fue considerada en el marco de un recurso en materia de extranjería (SSTSJCV de 28 de octubre y de 16 diciembre 2016).

2. La mayoría de las sentencias consideradas se refieren a la Ley 5/2011, una ley que se aplica, sobre todo, en el marco de procedimientos de divorcio o de crisis de pareja para regular las relaciones respecto a los hijos de los integrantes de la pareja afectados por la separación. Cuando el supuesto no es meramente interno a la Comunidad Valenciana es preciso determinar si la mencionada Ley es de aplicación, para lo que las decisiones consideradas acuden en su práctica totalidad a la previsión contenida en la propia Ley; en concreto a su art. 2, que prevé que la ley se aplique a los hijos e hijas que ostenten la vecindad civil valenciana (“De acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.4º del Estatut d’Autonomia de la Comunitat Valenciana y las disposiciones del título preliminar Cc, la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana”). No se plantea la jurisprudencia grandes dudas sobre la aplicación de la Ley 5/2011 a partir del criterio de la vecindad del hijo, hasta el punto de que en ocasiones se obvia incluso la referencia al art. 2 de la norma. Se trata, sin embargo, de una opción que no resulta clara, puesto que, como es sabido, la competencia en materia de normas de conflicto de leyes es exclusiva del Estado, por lo que deberían considerarse las reglas contenidas en el sistema español de DIPr para determinar si resulta aplicable el Derecho valenciano. La referencia a estas reglas del DIPr estatal está ausente en la práctica totalidad de resoluciones consideradas [como excepción, *vid.* la SAP Alicante 4ª 27 enero 2016, JUR/2016/141904; y la SAP Alicante 4ª 18 octubre 2016, *ibid.* JUR/2017/40103; en ambos casos la ponente es la misma magistrada, Paloma Sancho Mayo], lo que constituye un error técnico que podría tener alguna consecuencia. Para realizar una aproximación correcta al problema sería necesario identificar la norma de conflicto aplicable a la materia, que en lo que se refiere a las relaciones respecto a los

hijos sería el art. 9.4º Cc, precepto que en la actualidad se remite al Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Teniendo en cuenta que este instrumento prevé la aplicación de la ley de la autoridad que se encuentra conociendo podría interpretarse que respecto a las decisiones adoptadas en la Comunidad Valenciana la ley que ha de ser aplicada es la valenciana, con independencia de que los menores a los que se refieren las medidas tengan o no la vecindad civil valenciana (*vid.* el art. 15 del Convenio en relación a la previsión del art. 47.9º del mismo: “Cualquier referencia a la ley, el procedimiento o la autoridad del Estado en que la medida ha sido adoptada se interpretará como una referencia a la ley, el procedimiento o la autoridad de la unidad territorial en la que dicha medida ha sido adoptada”). En el caso de que el Derecho valenciano resultara aplicable sobre la base de que la decisión ha de adoptarse en la Comunidad Valenciana, aún podría excluirse la aplicación de la Ley 5/2011 entendiéndose que esta Ley es una norma de delimitación interior. Esto es, no excluiría la aplicación del Derecho valenciano, sino exclusivamente de la Ley 5/2011, con el resultado de que al no existir otra normativa valenciana relevante para el supuesto acabaría aplicándose el Derecho denominado común en su calidad de Derecho de aplicación subsidiaria también en las Comunidades Autónomas que cuentan con Derecho civil propio. Esta limitación es especialmente llamativa en el caso de los menores extranjeros, que de ninguna forma pueden acceder a la aplicación de la Ley 5/2011 por la imposibilidad de que ostenten ninguna vecindad civil [*vid.* en este sentido las Sentencias de la AP Alicante 4ª 9 marzo (JUR\2016\147289) y 9ª 18 abril 2016 (*ibid.* JUR\2016\152528), y en la SAP Valencia 10ª 3 mayo 2016].

Con independencia de las dificultades que plantea esta aproximación, que han sido puestas de relieve por A. Font i Segura (*Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, pp. 104–105), en este caso no parece haber sido voluntad del legislador autonómico construir una norma de delimitación interior, ya que el art. 2 de la Ley 5/2011 remite a las disposiciones del Título Preliminar Cc, por lo que su voluntad era hacer coincidir el ámbito de aplicación de la Ley con el que le correspondería según lo previsto en las normas de Derecho interregional de nuestro sistema. Desde esta perspectiva resulta, por tanto, inadecuado limitar su aplicación a aquellos supuestos en los que el hijo tenga vecindad civil valenciana, resultando más correcto aplicar la mencionada Ley en todos los supuestos en que dicha aplicación resultaría obligada según lo establecido en el art. 9.4º Cc, en lo que se refiere a la regulación de las relaciones entre el hijo y sus progenitores; esto es, siempre que conozca un órgano jurisdiccional con sede en la Comunidad Valenciana.

La ley 5/2011 incluye también una regulación sobre utilización de la vivienda familiar y compensación al cónyuge que pierde su uso (art. 6.1º). En algunas de las decisiones que hemos recogido se litiga en relación a esta compensación que, según la calificación realizada por las decisiones que se han ocupado de ella, se reconduce a las relaciones entre los cónyuges. Esta calificación se deduce de la referencia a los arts. 9.2º y 16.3º Cc que se hace en las SSAP Alicante 27 enero y 18 octubre 2016. De acuerdo con esta calificación, y en lo que se refiere al régimen de esta compensación, el Derecho valenciano se aplicaría cuando ambos cónyuges tuvieran vecindad civil valenciana o cuando, teniendo diferentes vecindades, el Derecho valenciano fuera aplicable en virtud de las conexiones previstas en el art. 9.2º Cc (elección de los cónyuges, primera residencia del matrimonio tras la celebración o lugar de celebración del matrimonio; operando estas conexiones de manera sucesiva).

3. De acuerdo con lo que hemos visto hasta ahora, resulta que los tribunales españoles optan por aplicar la Ley valenciana 5/2011 en aquellos casos en los que el hijo tiene vecindad civil valenciana. Ahora bien, la determinación de cuándo se da esta circunstancia no está libre de problemas. Así, en varias decisiones se hace mención, al tratar sobre la aplicación de esta Ley, a la condición política de valenciano (art. 3.1º del Estatuto de Autonomía de Valencia), que resulta irrelevante para la determinación de la vecindad civil [*vid.* la referencia a esta condición civil de valenciano en las siguientes sentencias: AP Alicante 4ª 27 enero (JUR\2016\141904), 13 abril (JUR\2016\146451), 6 julio (JUR\2016\261165), 20 julio (JUR\2016\261477) y 18 octubre (JUR\2017\40103) 2016; todas ellas con

la misma ponente]. Bien es cierto que no es claro qué aporta esta referencia a la sentencia, porque a tal indicación sigue la consideración de la normativa sobre vecindad civil contenida en el Cc, que es la que resulta realmente relevante en la determinación de la vecindad de los hijos y, por tanto, también en la concreción de cuándo se aplica la Ley 5/2011.

Esta consideración de la normativa sobre adquisición, pérdida y recuperación de la vecindad civil no está presente en todas las decisiones examinadas. En varias de ellas la determinación de la vecindad civil se plantea como un problema de prueba, de tal forma que ausente la prueba de la vecindad civil valenciana de los hijos se aplica el Derecho denominado común [vid. SSAP Valencia 10ª 23 de febrero (JUR\2016\143638) y 9 mayo (JUR\2016\151571) y 24 mayo 2016 (JUR\2016\152422)]. Frente a esta situación, análisis rigurosos sobre la proyección de la regulación de la vecindad civil sobre el caso considerado, tal como hace, por ejemplo, la SAP Alicante 4ª 20 enero 2016 (JUR\2016\142760) son la excepción.

En definitiva, pese a que la vecindad civil condiciona la determinación del Derecho aplicable en la materia que nos ocupa, la determinación de dicha vecindad civil no es en ocasiones todo lo exhaustiva que debiera, descansando los juzgadores en las alegaciones y circunstancias introducidas en el caso, reconduciendo la resolución de la cuestión a una cuestión de prueba. El resultado final es que la aplicación de la Ley 5/2011 se limitaba a aquellos supuestos en los que las partes habían probado la vecindad civil del hijo [vid., por ejemplo, la SAP Castellón 2ª 25 enero 2016, JUR\2016\142215].

4. Tal como se ha señalado al comienzo de esta nota, durante el año 2016 también ha tenido que abordarse la aplicación en los supuestos heterogéneos de la Ley valenciana 10/2007, sobre régimen económico matrimonial. Se hizo en la SAP León 1ª 5 mayo 2016 (JUR\2016\154055). Esta ley prevé que se aplique cuando el Derecho valenciano sea el competente de acuerdo con lo que establece el art. 3 del Estatuto de Autonomía de Valencia y las normas estatales sobre conflicto de leyes. La SAP León 5 mayo 2016 se limita a mencionar el Estatuto de Autonomía y concluir que la aplicación de la Ley valenciana se deriva de la común vecindad civil de los cónyuges; que es, efectivamente, la solución correcta; pero que debería haber sido apoyada en la mención de los arts. 9.2º y 16.3º Cc.

Finalmente, también la Ley valenciana sobre uniones de hecho (Ley 5/2012) ha sido considerada por la jurisprudencia. En este caso en relación a la denegación de la tarjeta de familiar de residente comunitario para quien convive con el beneficiario directo de la regulación. El caso es que tal concede se concede, según prevé el art. 2.b) del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE 28.3.2007), a la pareja del beneficiario directo que mantenga con éste una unión análoga a la conyugal *inscrita en un registro público establecido a estos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea* (cursiva añadida). El caso es que con anterioridad a la promulgación de la Ley 5/2012 los registros a los que podían acceder las parejas de hecho eran los municipales; pero tras esta Ley se crea un registro autonómico que, de acuerdo con las decisiones que aquí se recogen [Sentencias del TSJCV (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 28 de octubre (JUR\2017\5174) y 16 diciembre 2016 (JUR\2017\41911)], es el único que ha de ser tenido en cuenta a los efectos de la emisión de la mencionada tarjeta de familiar de residente comunitario; sin que sea suficiente ya la inscripción en el registro municipal salvo que la no inscripción en el registro autonómico sea consecuencia de que al carecer los integrantes de la unión de vecindad civil valenciana no les es posible acceder a dicho registro. También sería posible la admisión de la inscripción en el registro municipal cuando la denegación de la inscripción en el registro autonómico sea consecuencia de las características del documento de identidad presentado por el solicitante.

Ciertamente, parece una interpretación rigurosa, que dejará de ser relevante como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 5/2012 a la que ya nos referíamos al comienzo de esta nota.

5. En definitiva, nos encontramos ante el crepúsculo del Derecho civil valenciano. Reducido ahora a la ley sobre arrendamientos históricos, no afectada por ninguna tacha de inconstitucionalidad; pero sin

que los productos estrella del legislador autonómico en materia civil, las leyes sobre régimen económico matrimonial, sobre uniones de hecho y, sobre todo, sobre relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convivan puedan continuar desplegar más que efectos residuales hasta su (casi) completa desaparición del panorama jurídico. Más allá de esto ha de mencionarse que ciertos problemas sobre el tratamiento de la normativa de DIPr que aquí han sido presentados es probable que se mantengan con independencia de que se hagan visibles con ocasión de la aplicación del Derecho civil valenciano o de cualquier otra normativa. Los problemas que plantea la concreción de la vecindad civil y el poco cuidado en la identificación de las normas de conflicto relevantes seguirán manifestándose, por lo que, a la vez que se saluda la innegable mejoría de nuestra jurisprudencia en relación a los problemas de DIPr, es necesario insistir en la depuración técnica de las sentencias en la materia que dicten nuestros tribunales

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 8 enero 2016. Ponente: Horacio Badenes Puentes. JUR/2016/142497.

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

Normas aplicadas: art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril

PRIMERO [...]: Pues bien, en primer lugar, es necesario determinar cuál es el derecho aplicable en el presente caso, el Código civil o la legislación autonómica. A tenor del art. 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven se establece que “la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana”. Así pues, teniendo presente que ambos progenitores nacieron en la provincia de Castellón y que la menor ha nacido en su capital, es de aplicación la Ley 5/11.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 11 enero 2016. Ponente: Carlos Esparza Olcina. JUR/2016/144261.

Responsabilidad parental.— Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

Normas aplicadas: Art. 14 Cc; art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

PRIMERO: [...] Para decidir sobre el régimen de relación paterno-filial, de acuerdo con el art. 94 Cc (norma que se considera aplicable al no constar que los hijos-nacidos en Madrid, y que siempre han vivido allí, hijos de padre valenciano y madre madrileña- tengan la vecindad civil valenciana, arts. 2 de la ley autonómica 5/2011 de 1 de abril, y 14 Cc).

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 20 enero 2016. Ponente: Manuel Benigno Florez Menéndez. JUR/2016/142760.

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril. Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 149.3° CE; arts. 13.2°, 14.2°, 14.5.2° y 14.6° Cc; art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

PRIMERO: En el recurso interpuesto por la representación del esposo frente a la sentencia de divorcio dictada en la instancia se plantea como cuestión de prioridad lógica la determinación del régimen jurídico aplicable a las relaciones litigiosas. Los esposos presentaron sendas demandas de divor-

cio en el Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Farners (Gerona), que fueron acumuladas y de las que ha terminado por conocer el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Alicante. En ambas demandas se postulaba la aplicación del CCCat, que la sentencia de instancia ha rechazado y que el apelante pretende de nuevo en su recurso, si bien con fundamentos distintos pues en la primera instancia o simplemente se dio por supuesta su procedencia sin mayores razonamientos o sólo se hizo hincapié en el principio de territorialidad contenido en el art. 111-3 de dicho Código, mientras que ahora se invocan la distinta nacionalidad de los cónyuges y las normas de conflicto del art. 107 Cc, terminando por solicitarse la aplicación del CCCat por ser la ley del lugar de la última residencia habitual común del matrimonio. La cuestión resulta bastante más compleja y tiene diferentes modalidades según la naturaleza de las pretensiones sobre las que verse.

SEGUNDO: En lo que respecta al hijo menor de los litigantes se trata en todos sus aspectos de una materia de orden público sobre la que la Sala ha de resolver en Derecho y con abstracción de lo solicitado por las partes. La solución viene dada por el art. 2 Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que establece que dicha ley “será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana”. Tal como indica en sus alegaciones de oposición al recurso el Ministerio Fiscal, hay que considerar que la Sra. Blanca nació en Ibi en 1978, que no consta que en ningún momento de su vida haya optado por otra vecindad civil que no sea la valenciana y que tampoco consta que haya residido de forma continuada fuera del territorio de la Comunidad Valenciana durante el plazo de 10 años a que se refiere el art. 14.5.2º Cc. Por el contrario, lo que consta es que residía en la provincia de Alicante cuando conoció al apelante y que se trasladó a Cataluña aproximadamente un año antes del matrimonio celebrado el 27 septiembre de 2007, por todo lo cual debe concluirse (o en todo caso presumirse, conforme al art. 14.6º Cc) que cuando nació el menor Santos el (...) de 2009 la Sra. Blanca conservaba la vecindad civil valenciana adquirida por nacimiento o eventualmente por residencia. Y fue esta vecindad civil de la madre la que adquirió el hijo con independencia del lugar de su nacimiento, pues es sabido que cuando uno de los progenitores es extranjero la vecindad civil del nacional es la que corresponde al hijo en virtud de lo previsto en el art. 14.2º Cc (entre otras muchas, sentencia de esta Sala de 18 abril 2013). Por lo tanto, las cuestiones relacionadas con el hijo menor han de resolverse conforme a la Ley 5/2011, y sólo en lo no previsto en ella será de aplicación el Código civil, como Derecho supletorio en virtud de lo previsto en la disposición transitoria segunda de la Ley 5/2011, en el art. 13.2º Cc y, en último término, en el art. 149.3º de la Constitución.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 25 enero 2016. Ponente: Pedro Javier Altares Medina. JUR\2016\142215.

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

SEGUNDO: [...] Con el último escrito presentado, a requerimiento de este Tribunal (sorprendentemente, no se había presentado con anterioridad la documentación pertinente con la que acreditar la vecindad civil de los litigantes y de sus hijos), ha quedado acreditado que tanto los progenitores como los dos hijos habidos en el matrimonio nacieron en la provincia de Castellón. No hay duda, pues, de que todos ellos tienen vecindad civil valenciana, y de que es aplicable la Ley Valenciana 5/11.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 27 enero 2016. Ponente: Paloma Sancho Mayo. JUR\2016\141904.

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril. Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 3.4º Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, arts. 9.2º y 16.3º Cc, art. 2 de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

PRIMERO: Por la dirección letrada de la parte actora se impugna la sentencia de instancia por dos motivos distintos; en primer lugar sobre la procedencia de la aplicación al presente supuesto de la Ley 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pues mantiene que no se ha probado la vecindad civil valenciana necesaria de la familia para la aplicación de la misma, y en segundo lugar tacha de resolución de incongruente pues fija una compensación por la pérdida del uso que no fue planteada en la instancia, más allá de una mera alegación en el momento de la vista.

Del estudio de las actuaciones y de la prueba practicada al respecto, debe concluirse como bien mantiene la juzgadora que tanto los padre como los hijos ostentan la vecindad civil valenciana necesaria para la aplicación de la misma. El art. 2 de la citada Ley mantiene que ésta, se aplicará a los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores que ostenten la vecindad civil valenciana cuyos efectos deban regirse por la Ley valenciana conforme al art. 3.4º del Estatuto de autonomía. Dicho precepto estatutario establece literalmente en su punto primero que “a los efectos de este Estatuto, gozan de la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunitat Valenciana”. En el presente supuesto de la prueba practicada, se deduce que ambos progenitores así como su único hijo nacieron en Alicante, por lo que se presume, al no haberse practicado prueba en contrario, que todos ellos tienen la vecindad civil necesaria para la aplicación de la citada legislación. Pero es más, la propia parte apelante que ahora cuestiona la aplicación de dicha ley, fue la que solicitó su aplicación en la fundamentación jurídica de su demanda. En suma, aplicando al caso todos los preceptos citados, junto con el art. 16.3º Cc en relación con el art. 9.2º del mismo texto legal se concluye que ésta legislación es de aplicación al caso litigioso, por lo que procede la desestimación de su pretensión.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 5 febrero 2016. Ponente: Pedro Javier Altares Medina. JUR\2016\142793

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

SEGUNDO: [...] No se discute que es de aplicación la caso la Ley Valenciana 5/11 (y, efectivamente, del documento obrante al folio 18, resulta la vecindad civil valenciana tanto de los progenitores como de la hija común).

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 23 febrero 2016. Ponente: Carlos Esparza Olcina. JUR\2016\143638.

Alimentos respecto a los hijos.

PRIMERO: [...] Para determinar la suma que debe pagar el demandado en como alimentos para sus hijas, de acuerdo con el art. 93 Cc, toda vez que no consta la vecindad civil valenciana de las menores...

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 9 marzo 2016. Ponente: Federico Rodríguez Mira. JUR\2016\147289.

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

SEGUNDO: Al margen de la improcedencia de invocar en el caso de autos la normativa valenciana establecida en la Ley 5/2011, que lógicamente no resulta aplicable toda vez que se trata de un matrimonio contraído en Alemania por nacionales de dicho país, sin que la hija menor ostente la vecindad civil exigida por el art. 2º de dicha Ley; la decisión judicial de encomendar a la madre la convivencia individual de la hija del matrimonio resulta plenamente ajustada a derecho.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 9 marzo 2016. Ponente: Federico Rodríguez Mira. JUR\2016\147289

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

PRIMERO: [...] Dentro del régimen del art. 92 Cc, que es el aplicable en función de la vecindad civil de los hijos, el Tribunal Supremo tiene declarado que “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 31 marzo 2016. Ponente: Encarnación Caturia Juan. JUR\2016\147304.

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

SEGUNDO: [...] Sin que en el presente caso se pueda aplicar la Ley Valenciana relativa a la custodia compartida, por cuanto que los progenitores no ostentan la condición de vecindad civil valenciana.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 1 abril 2016. Ponente: Miguel Ángel Larrosa Amante. JUR\2016\153009.

Alimentos familiares. Custodia compartida. Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: art. 14, aps. 2, 5 y 6 Cc.

SEGUNDO: Infracción de los arts. 14.5º y 14.6º Cc. Vecindad civil de la menor.

A través del segundo de apelación se denuncia por el recurrente la infracción de los apartados 5 y 6 del art. 14 Cc al fijar la sentencia que la menor tenía vecindad civil común y no valenciana como considera el recurrente que debe declararse. Entiende que los padres residen en la Comunidad Valenciana desde 1993 y la menor desde su nacimiento, por lo que aquellos han adquirido la vecindad civil valenciana tras 20 años de residencia y en todo caso, sí existe duda debe aplicarse la vecindad del lugar de nacimiento de la menor.

La parte apelada se opone al motivo destacando que en la sentencia de divorcio se fijó la vecindad civil común sin protesta alguna del ahora apelante, tratándose de una cuestión planteada ex novo en esta alzada y que en todo caso ninguna incidencia tiene sobre el objeto de este recurso.

El Fiscal se opone al motivo y solicita su desestimación.

Debe anticiparse que este segundo motivo será igualmente desestimado al no asistir la razón a la parte apelante. Lo primero que es preciso señalar es que, como bien señala la parte apelada, la deter-

minación de la vecindad civil común o valenciana para la menor es una cuestión de nula trascendencia práctica en el presente procedimiento de modificación de medidas. Ciertamente dicha vecindad puede tener una mayor importancia en virtud de la Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares con respecto a la atribución de la guarda y custodia compartida que constituía el objeto principal de este procedimiento de modificación de medidas al establecer su art. 5 este régimen como el ordinario y solo excepcionalmente el régimen de custodia exclusiva, a diferencia de lo que ocurre con el Derecho común del Código civil. Pero una vez fijada en la sentencia apelada la custodia compartida aplicando las propias normas del Código civil y la jurisprudencia que lo ha interpretado, no existe ventaja o inconveniente alguno en relación a tal vecindad, y más cuando dicho pronunciamiento no ha sido apelado por ninguna de las partes y por ello es firme. Basta examinar el recurso para apreciar que la parte apelante no justifica ni razona porqué es necesaria una u otra vecindad civil y en qué perjudica al recurrente que se resuelva conforme a la vecindad civil común de los padres. Por supuesto ninguna incidencia tiene en lo que es el objeto principal de este recurso, esto es, la fijación o no de la pensión de alimentos a favor de la hija en un caso de custodia compartida como el presente.

En segundo lugar no puede considerarse del todo que estamos ante una cuestión nueva como se afirma por la parte apelante, pues basta examinar la demanda interpuesta para apreciar que si bien no se discute ni se hace referencia alguna a la vecindad civil de la menor, sí se incluyen en los hechos y en los fundamentos de derecho de la sentencia referencias a la Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana que lógicamente sólo es aplicable a las personas con vecindad civil valenciana, por lo que de una forma indirecta sí se había planteado la discusión sobre este extremo.

En tercer lugar no cabe duda alguna que la vecindad civil de la menor, como la de sus padres, es de Derecho común como bien se afirma en la sentencia apelada. La vecindad de un menor viene determinada por la vecindad que tenían sus padres en el momento del nacimiento de la misma (art. 14.2º Cc) y como bien se señala en la sentencia era de derecho común al haber nacido y residido en el País Vasco, y si bien desde 1993 residían en la Comunidad Valenciana, lo cierto es que al nacer la menor en el año 2000, los padres todavía no habían cumplido el plazo de diez años de residencia continuada que exige el art. 14.5.2º Cc. Ciertamente cualquier menor debe seguir la residencia de sus progenitores y en todo caso la adquisición de la vecindad civil diferente a la común no es automática por el transcurso de los plazos sino que exige una expresa declaración que debe hacerse constar en el Registro Civil. Por ello ambos padres siguen teniendo la vecindad civil común y su hija así debe de ser considerada.

Por último hay que destacar que en el convenio de divorcio, firmado por las partes cuando estaba ya vigente la Ley valenciana 5/2011 de Relaciones Familiares, ninguna referencia se hace a la aplicación de dicha ley, sino que al contra rio de forma reiterada se remite al Código civil, lo que supone que ambos progenitores admitieron la vecindad civil común en la demanda de divorcio de mutuo acuerdo. Es más, incluso en la demanda de modificación de medidas que sirve de antecedente a este recurso la parte actora, y ahora apelante, viene a citar de forma indiscriminada la normativa general Cc y la Ley valenciana de Relaciones Familiares.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, Sentencia de 6 abril 2016. Ponente: José María Rives Seva. JUR/2016/153570.

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

PRIMERO: [...] Y es que este sistema de custodia compartida es permitido como criterio general por la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de aplicación a las personas que ostenten la vecindad civil valenciana, lo que no es discutido en autos.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 13 abril 2016. Ponente: Paloma Sancho Mayo. JUR\2016\146451.

Responsabilidad parental. Vecindad civil

Normas aplicadas: Art. 3.4º del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, arts. 9.2º, 14 y 16.3º Cc.

PRIMERO: Por la dirección letrada de la parte recurrente se impugna la sentencia de instancia en cuanto desestimó su pretensión de cambio en el régimen de guarda y custodia paterna a favor de una compartida entre ambos progenitores. Cuestiona la parte el pronunciamiento en el que se basa la juzgadora para la desestimación de sus peticiones con base en que no es de aplicación la Ley Valenciana 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pues el menor carece de la vecindad civil valenciana necesaria para la aplicación de la misma.

El art. 2 de la citada Ley mantiene que ésta, se aplicará a los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores que ostenten la vecindad civil valenciana cuyos efectos deban regirse por la Ley Valenciana conforme al art. 3.4º del Estatuto de Autonomía. Dicho precepto estatutario establece literalmente en su punto primero que “a los efectos de este Estatuto, gozan de la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunitat Valenciana”. En el presente supuesto de la prueba practicada, como bien recoge la sentencia, no se ha verificado que su hijo haya adquirido tal vecindad. El art. 14 Cc en sus puntos 5º y 6º establece que “la vecindad civil se adquiere, por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”. De la prueba que obra unida a las actuaciones se desprende que el hijo de los litigantes nació en Argentina y de la prueba practicada únicamente se acredita que la madre adquirió la nacionalidad española optando por la vecindad civil valenciana, no alterándose las circunstancias del resto de la familia. En suma, aplicando al caso todos los preceptos citados, junto con el art. 16.3º Cc en relación con el art. 9.2º del mismo texto legal se concluye que ésta no es de aplicación al caso litigioso, sino que debe considerarse aplicable al presente supuesto el Derecho común.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 18 abril 2016. Ponente: Andrés Montalbán Avilés. JUR\2016\152528.

Responsabilidad parental. Aplicación del Derecho común y no de la normativa valenciana. Vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 15 Cc.

SEGUNDO: Para la resolución del contencioso, hemos de partir de que al LRF 5/2011 no es aplicable al supuesto pues si bien todos los interesados viven en la Comunidad Valenciana ninguno consta tenga la nacionalidad española que constituye una premisa para la adquisición de la vecindad civil, art. 15 Cc, en concreto, de la documentación aportada, resulta que la menor tiene la nacionalidad georgiana.

Es de aplicación pues el régimen común (...).

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 25 abril 2016. Ponente: Miguel Ángel Larrosa Amante. JUR/2016/153259.

Responsabilidad parental. Aplicación del Derecho común y no de la normativa valenciana. Vecindad civil.

CUARTO: Señaladas las premisas anteriores, la primera cuestión que debe de resolverse es la relativa al régimen jurídico aplicable a este supuesto dada la existencia de un régimen propio en el ámbito de la Comunidad Valenciana que presenta ciertas diferencias con respecto al régimen de Derecho Común derivado de la aplicación del Código civil. Ante las discrepancias de las partes y la ausencia de un específico pronunciamiento por parte de la sentencia apelada hay que señalar que el presente caso se resolverá de acuerdo con los criterios del Derecho común. Por ello es preciso señalar que el menor tiene vecindad civil común, al no constar que sus progenitores tengan vecindad civil valenciana, lo que implica que no le resulta de aplicación la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Generalitat Valenciana y por ello no resulta aplicable la regla general de custodia compartida establecida en el art. 5.2º de la citada Ley valenciana, sino el régimen ordinario Cc (...).

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 82/2016, de 28 abril 2016. Ponente: Encarnación Roca Trias. BOE 31.5.2016.

Competencia de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil. Inconstitucionalidad de la Ley Valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana.

Normas aplicadas: Art. 149.1.8º CE; art. 49.1.2 Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

[...] 6. Aplicando la doctrina de la STC 121/1992, resulta que la validez de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007 depende de que la Comunidad Autónoma pueda acreditar la existencia de reglas consuetudinarias que en materia de régimen económico matrimonial existieran en vigor a la entrada en vigor de la Constitución Española, como sucedió en el caso de los arrendamientos rústicos, o bien otra institución civil diferente a la regulada pero “conexa” con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un “desarrollo” de su Derecho civil propio.

Según la STC 88/1993, si la “conservación” permite –por lo que a la Comunidad Valenciana interesa– “la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial” (FJ 2), y la modificación, añadimos ahora, presupone esa norma anterior que es la que se reforma o modifica, el “desarrollo”, por su parte, habilita para “una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de ‘modificación’” (FJ 3). Cabe pues, continúa aquella Sentencia, “que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación [entiéndase aquí, ya vigentes como costumbre] dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral” pero sin que ello “signifi[que], claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada racione materiae dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar” (loc. cit.). Esta doctrina ha sido igualmente reiterada en las SSTC 156/1993, 31/2010 y 4/2014, ya citadas.

Tras los avatares codificadores y la solución dada a la llamada cuestión foral, donde no estaba Valencia, a día de hoy el art. 149.1.8 CE le reconoce competencia legislativa sobre aquellas materias

civiles que forman parte de su acervo normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Constitución Española. El Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana tanto en su redacción primigenia como en la reciente reforma, asume idéntica competencia sobre el Derecho civil valenciano, pero tal competencia legislativa sólo puede tener por objeto las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan observado en determinadas zonas del territorio autonómico, siendo vetado a la Comunidad Autónoma valenciana crear un Derecho civil ex novo.

Por último, no basta la posible conexión entre los antiguos y derogados Furs del Reino de Valencia y las instituciones económico-matrimoniales reguladas en la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, pues lo que debe probarse es la pervivencia de las costumbres que le sirven de punto de conexión. A este respecto, a diferencia de lo sucedido con los arrendamientos históricos, no se ha acreditado la vigencia de tales costumbres [STC 121/1992, FJ 2 a)], como le correspondía hacer de conformidad con nuestra doctrina (SSTC 121/1992, FJ 2, y 182/1992, FJ 3). No se olvide que de acuerdo con el art. 1.3 del Código civil, dedicado a las “Fuentes del derecho”, “[l]a costumbre sólo regirá... siempre que... resulte probada”. Y no es la primera vez que este Tribunal acude al título preliminar del Código civil para reconocer instituciones generales de nuestro ordenamiento, como la buena fe (STC 198/1988, de 24 de octubre, FJ 2) o el fraude de ley.

En suma, a la vista de las circunstancias concurrentes y de las razones expuestas, hemos de concluir que en este caso no se ha aportado prueba que permita apreciar la concurrencia de los requisitos que el art. 149.1.8 CE exige a la Comunidad Autónoma de Valencia para legislar un régimen económico matrimonial propio, en uso de su competencia para conservar, desarrollar o modificar su propio Derecho civil valenciano, lo que determinará el sentido de la presente resolución. Sobre este particular debemos subrayar que cuando se invocan normas consuetudinarias, el ordenamiento jurídico exige la prueba de su existencia, salvo que sean notorias, precisamente para distinguirlas de los meros usos sociales o convencionales, del mero hábito, aparte del difícil acceso a su conocimiento por los aplicadores del derecho y por ello excluida tradicionalmente del deber judicial de conocimiento (iura novit curia). En el caso de las normas contenidas en la Ley de régimen económico matrimonial valenciano no se ha demostrado su pervivencia, aplicación y cumplimiento con la creencia de tratarse de verdaderas normas jurídicas, siendo en este caso imprescindible, dada la derogación de los antiguos Fueros del Reino de Valencia.

Respecto de la competencia en materia civil de la Comunidad Valenciana ya ha habido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional con ocasión de la Ley de arrendamientos históricos valencianos, pero tal reconocimiento tan sólo conlleva que le deba seguir siendo aplicado el art. 149.1.8 CE y continuar afirmando que su competencia legislativa sólo puede tener por objeto las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan seguido observado en dicho territorio autonómico.

De todo lo razonado hasta aquí se deriva la falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular la materia comprendida en la Ley de régimen económico matrimonial valenciano y ello debe conducir a declarar la nulidad de todos los preceptos que así lo hagan, porque, a pesar de que efectivamente este Tribunal ha reconocido la posibilidad legítima de legislar las normas civiles consuetudinarias, en el caso de la materia económica-matrimonial concernida en la Ley de régimen económico matrimonial valenciano no se ha probado su vigencia en el territorio autonómico y, en consecuencia, no se cumplen los requisitos exigidos por el art. 149.1.8 CE para el reconocimiento de la competencia a la Comunidad Autónoma.

[...]

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional (...),

Ha decidido

Estimar el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia:

1º Declarar inconstitucionales y nulos los arts. 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 8.

2º Declarar igualmente inconstitucionales y nulos por conexión con lo dispuesto en el apartado primero de este fallo, el resto de artículos y disposiciones de la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano con los efectos previstos en el fundamento jurídico 7.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 3 mayo 2016. Ponente: Carlos Esparza Olcina. JUR\2016\152295.

Responsabilidad parental. Aplicación del Derecho común y no de la normativa valenciana. Vecindad civil.

SEGUNDO: De acuerdo con el art. 94 Cc (la ley autonómica no es aplicable pues no hay prueba de que la hija menor tenga la vecindad civil valenciana, habida cuenta de que los padres son de nacionalidad marroquí y chilena) [...]

Audiencia Provincial de León, Sección Primera, Sentencia de 5 mayo 2016. Ponente: Manuel García Prada. JUR\2016\154055.

Divorcio. Compensación por razón del trabajo. Aplicación de la Ley Valenciana 10/2007, de 20 de marzo.

Normas aplicadas: Art. 3 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

SEGUNDO [...]: Es de aplicación al caso lo dispuesto en la Ley 1/2007 de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, atendida la vecindad civil de los mismos, art. 3 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que no se ha puesto en cuestión [...].

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 9 mayo 2016. Ponente: María Pilar Manzana Laguarda. JUR\2016\151571.

Divorcio. Compensación por razón del trabajo. Inaplicación de la legislación valenciana. Aplicación del Derecho común.

TERCERO [...]: De la misma forma la ausencia de acreditación de la vecindad civil valenciana determina la no aplicación de la legislación autonómica, hoy pendiente de resolución sobre su constitucionalidad, y por lo tanto de la figura de la compensación solo conocida en dicha normativa.

Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Alicante, Sentencia de 9 mayo 2016. Ponente: María Luisa Carrascosa Medina JUR\2016\163362.

Responsabilidad parental. Inaplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril. Aplicación del Derecho común. Vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 3.4º Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, art. 14 Cc, art. 2 de la Ley Valenciana 5/2011.

SEGUNDO: [...] Es de aplicación al caso de autos la Ley Valenciana 5/11 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven que, a tenor de lo prevenido en su art. 1, tiene por objeto regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven, con sus hijos e hijas sometidos a su autoridad parental, y las de éstos y éstas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, otros parientes y personas allegadas y que según el art. 2 y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.4º del Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana y las disposiciones del título preliminar Cc, será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana, debiendo estarse al art. 14 Cc.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 10 mayo 2016. Ponente: Elisa Ramos Miquel. JUR\2016\214065

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

Normas aplicadas: Art. 14 del CC, art. 2 Ley Valenciana 5/2011.

SEGUNDO: [...] No se discute en el presente caso que es aplicable la Ley Valenciana 5/2011, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 de dicha ley, por tratarse de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostentan la vecindad civil valenciana, y ello por tratarse de menores nacidos en la Comunidad Valenciana y ostentando sus progenitores dicha vecindad (art. 14 Cc).

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 11 mayo 2016. Ponente: Manuel Benigno Florez Menéndez. JUR\2016\261298.

Responsabilidad parental. Inaplicación de la Ley Valenciana 5/2011. Aplicación del Derecho común.

PRIMERO [...] Los datos conocidos sobre los extremos relevantes al efecto no permiten presumir que los hijos tengan vecindad civil valenciana, de manera que no es de aplicación la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (...)

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 18 mayo 2016. Ponente: Paloma Sancho Mayo. JUR\2016\261905.

Crisis matrimoniales. Compensación por pérdida del uso de la vivienda habitual. Inaplicación de la legislación valenciana.

CUARTO: Se cuestiona por el Sr. Esteban la sentencia, tachándola de incongruente en cuanto no se pronuncia sobre la compensación por la pérdida del uso al serle atribuida a la esposa la vivienda familiar. Si bien es cierto que la resolución no analiza la cuestión solicitada, debe entenderse en consecuencia desestimada e implícitamente entender que fue denegada en la instancia. El recurrente sostiene que la previsión legal contenida en la Ley 5/2011, impone el reconocimiento de una compensación a favor del cónyuge que ha perdido el uso de la misma, con el objeto de evitar el desequilibrio originado por tal privación, ya que el otro cónyuge debe sufragar los gastos derivados de otra vivienda. Como bien recoge la sentencia cuestionada la Ley 5/2011 de 1 abril la Generalitat Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, es de aplicación a la regulación familiar

de los hijos e hijas que hayan obtenido la vecindad civil valenciana, extremo que en presente supuesto no se ha podido determinar como ya se estableció en la sentencia y no resulta cuestionado, y por otro lado el Código civil aplicable al efecto no prevé dicha figura, pero además, en el presente supuesto el apelante tiene sus necesidades de alojamiento cubiertas, al disponer el matrimonio de dos viviendas en el mismo inmuebles, por lo que cada uno de los cónyuges tiene cubiertas dichas necesidades, por lo que la pretensión debe ser desestimada..

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 24 mayo 2016. Ponente: Carlos Esparza Olcina. JUR\2016\152422.

Responsabilidad parental. Alimentos. Inaplicación de la legislación valenciana. Aplicación del Derecho común.

PRIMERO: [...] Para determinar la suma que debe pagar el recurrente, de acuerdo con el art. 93 Cc, en relación con los arts. 142 ss del mismo cuerpo legal, habida cuenta de que no consta la vecindad civil valenciana de los hijos, y no es aplicable, en consecuencia, la ley autonómica 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares, se tiene en cuenta que el recurrente se ha marchado a los Estados Unidos de América para buscar trabajo con el que sostener a su familia (...), y no consta que haya fracasado en este empeño, lo que lleva a la Sala, unido a la exigüidad de la pensión de alimentos fijada en la sentencia recurrida, a confirmar ésta, porque reducirla supondría poner casi en exclusiva sobre los hombros de la apelada, la carga de mantener a los dos hijos. Debe confirmarse por ello este pronunciamiento.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 25 mayo 2016. Ponente: Federico Rodríguez Mira. JUR\2016\261783.

Responsabilidad parental. Inaplicación de la legislación valenciana. Aplicación del Derecho común.

Normas aplicadas: Art. 14 Cc.

SEGUNDO: [...] Frente a los alegatos que formula la apelante, la Sala considera que la Juez de instancia ha razonado correctamente sobre la improcedencia de aplicar la normativa valenciana al supuesto de autos, conforme al art. 14 Cc, teniendo en cuenta que no resultaba acreditada la vecindad civil de la menor, al haber nacido el padre en Madrid y la madre en Paraguay, y no constar justificada la adquisición de la vecindad civil valenciana por residencia.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 3 junio 2016. Ponente: Pedro Javier Altares Medina. JUR\2016\212202.

Responsabilidad parental. Vecindad civil. Inaplicación de la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril.

SEGUNDO: [...] De otra parte, hemos de indicar que no es claro que sea de aplicación la ley valenciana 5/11. Nada se ha precisado ni alegado (ni por las partes, ni en la sentencia recurrida) sobre la vecindad civil de los progenitores, ni sobre la del hijo. Los padres, nacidos en Uruguay, eran de nacionalidad originalmente uruguaya, y no consta si se han producido cambios. El menor también nació en Uruguay.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 110/2016, de 9 junio 2016. Ponente: Ricardo Enríquez Sancho. BOE 15.7.2016.

Competencia de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil. Inconstitucionalidad de la Ley Valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana.

Normas aplicadas: Art. 149.1.8º CE; art. 49.1.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana

[...] 6. Aplicando en consecuencia al presente caso la doctrina sentada en la ya citada STC 82/2016, de 28 de abril, que a su vez remite a la STC 121/1992, resulta que la validez de la Ley objeto de ese recurso depende entonces de que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil efectivamente existente en su territorio (ya en 1978) y subsistente en el momento de la aprobación de la Ley, como sucedió en el caso de la citada STC 121/1992 (arrendamientos históricos), o bien otra institución consuetudinaria diferente a la regulada pero “conexa” con ella de manera que pueda servir de base para apreciar un “desarrollo” de su Derecho civil foral o especial. De no poder hacerlo, la norma civil valenciana debe reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia, como sucedió en la STC 82/2016, de 28 de abril.

La primera de esas dos posibilidades puede claramente descartarse en este caso. El propio legislador reconoce en el primer párrafo del preámbulo de la Ley recurrida que las formas de convivencia *more uxorio* han aparecido solamente “[e]n los últimos años”. Por lo tanto, sería inútil –como reconoce el letrado de la Generalitat en su escrito de alegaciones– buscar en los antiguos fueros, o en las costumbres de ellos derivadas, una institución legitimadora de la regulación. En cuanto a la mención que se hace ese mismo preámbulo a la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Generalitat, por la que se regulan las uniones de hecho, como antecedente de la Ley 5/2012, esa Ley previa tampoco puede servir de cobertura a la nueva, pues también la “modificación” del Derecho civil foral o especial está sujeta al presupuesto y límite general de la preexistencia de un régimen consuetudinario sobre la institución impuesto con carácter general por la Constitución.

Durante la tramitación parlamentaria de la norma tampoco se exploró esa necesaria cobertura, y ello a pesar de que el dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana ya advertía acerca del “carácter controvertido de la competencia de la Generalitat en materia de Derecho civil” y del riesgo de una posible impugnación de la Ley ante este Tribunal. Sin embargo, ninguna otra mención se hace a ese necesario presupuesto para el ejercicio de la competencia durante toda la tramitación del proyecto de Ley.

Por último, aunque las partes apuntan en sus escritos procesales alguna posible conexión con el Derecho civil foral o especial preexistente, por un lado, las referidas a las antiguas –y derogadas– normas escritas del desaparecido Reino de Valencia (*Furs*) que cita el Letrado de la Generalitat deben descartarse, por las razones antes apuntadas. Y por otro, las que aluden a la pervivencia de alguna norma consuetudinaria que se pretende “conexa”, como la “costumbre testamentaria de l’*une per l’altre*” o el “fideicomiso foral”, citadas por el letrado de las Cortes, también. A diferencia de lo sucedido con los arrendamientos históricos, la existencia y contenido de esas costumbres sí es aquí “dudosa” [STC 121/1992, FJ 2 a)] al no haberse acreditado ante este Tribunal. Ni la reconoce el legislador estatal, como en el caso de los arrendamientos históricos, ni la parte que afirma su existencia ha aportado tampoco prueba alguna sobre su vigencia y contenido, como le correspondía hacer de conformidad con nuestra doctrina (SSTC 82/2016, de 28 de abril, FJ 6; 121/1992, FJ 2, y 182/1992, FJ 3). No se olvide que de acuerdo con el art. 1.3º Cc, dedicado a las “fuentes del derecho”, “[l]a costumbre sólo regirá... siempre que ... resulte probada”. Y como recuerda la STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 6, no es la primera vez que este Tribunal acude al título preliminar Cc para reconocer instituciones generales de nuestro ordenamiento, como la buena fe (STC 198/1988, de 24 de octubre, FJ 2) o el fraude de ley (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 8).

Así pues, y de la misma manera que apreciamos en el caso resuelto por la STC 88/1993 valorando la “conversión en Ley de un supuesto Derecho consuetudinario”, resulta que ni la Ley impugnada “pretende, en su exposición de motivos, justificarse así”, ni “la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones... puede resultar decisiva por sí sola a los efectos de lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE” (FJ 2). De todo ello se deriva entonces, al igual que en la STC 82/2016, de 28 de abril, la falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular las consecuencias civiles de las “uniones de hecho formalizadas”, tal y como las denomina la Ley recurrida, y ello debe conducir a declarar la nulidad de todos los preceptos que así lo hagan.

[...]

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional (...),

Ha decidido

1. Estimar en parte el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad, con los efectos señalados en el fundamento jurídico 10 de esta Sentencia, de los siguientes artículos de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana: el art. 1.1, en el inciso “los derechos y deberes de quienes son miembros”; los arts. 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 [S].

2. Desestimar el recurso en todo lo demás.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 28 junio 2016. Ponente: Andrés Montalbán Avilés. JUR/2016/246577.

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril. Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: art. 2 de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

SEGUNDO: Conviene comenzar determinado la legislación aplicable al supuesto. La ley de Relaciones Familiares 5/2011 de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunidad Valenciana, dice en su art. 2 que “la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana”. En nuestro supuesto de la documentación obrante en autos (diligencias policiales) a falta de certificaciones, resulta que ambos progenitores nacieron en Alicante. La menor nació en (...) donde reside con su madre y tiene su domicilio el padre, por lo que ostenta la vecindad civil valenciana y es aplicable la referida Ley autonómica, vigente a la presentación de la demanda 27 de septiembre 2013.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 6 julio 2016. Ponente: Manuel Benigno Flórez Menéndez. JUR/2016/261164.

Responsabilidad parental. Utilización de la vivienda familiar. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril. Determinación de la vecindad civil. Derecho transitorio.

Normas aplicadas: Disp. Transitoria Primera de la Ley 5/2011.

SEGUNDO: Para resolver el recurso es necesario tener en cuenta los siguientes extremos:

A.— La hija común de los litigantes, Josefa, nació el (...) de 1997 y por lo tanto era menor de edad cuando se dictó la sentencia de primera instancia. Tanto ella como sus padres son nacidos en territorio de la Comunidad Valenciana, por lo que a los efectos de este proceso se considera acreditado que tiene

vecindad civil valenciana. Por todo ello, la situación de la vivienda se rige por el art. 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

B.— Dicha Ley no estaba vigente cuando se dictaron las sentencias en el proceso de divorcio, que como se ha dicho no la aplicaron, y en consecuencia la modificación legislativa es por sí sola habilitante para la revisión de las medidas, conforme tiene declarado la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en sentencia 9/2013, de 6 de septiembre, en la cual se establece “como doctrina de esta Sala en punto a la interpretación de la disposición transitoria primera de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que la entrada en vigor de la nueva regulación legislativa autonómica constituye circunstancia que altera por sí misma las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas definitivas, en tanto en cuanto que el régimen jurídico aplicable de la dicha Ley resulte distinto al que regía en el momento de la adopción de las medidas definitivas, y por tanto permite la revisión de las medidas definitivas adoptadas con arreglo al nuevo régimen legal, en cada caso concreto y por vía de la modificación de medidas definitivas”.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 6 julio 2016. Ponente: Pedro Paloma Sancho Mayo. JUR\2016\261165.

Responsabilidad parental. Determinación de la vecindad. Inaplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril. Aplicación del Derecho común.

Normas aplicadas: Art. 3.4º Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, arts. 2 Ley Valenciana 5/2011.

PRIMERO: Por la dirección letrada de la parte recurrente se impugna la sentencia de instancia en cuanto desestimó su pretensión de cambio en el régimen de guarda y custodia materna a favor de una compartida entre ambos progenitores. Cuestiona la parte el pronunciamiento en el que se basa la juzgadora para la desestimación de sus peticiones con base en que no es de aplicación la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pues los menores y sus padres carecen de la vecindad civil valenciana necesaria para la aplicación de la misma.

El art. 2 de la citada Ley mantiene que ésta, se aplicará a los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores que ostenten la vecindad civil valenciana cuyos efectos deban regirse por la Ley Valenciana conforme al art. 3.4º del Estatuto de Autonomía. Dicho precepto estatutario establece literalmente en su punto primero que “a los efectos de este Estatuto, gozan de la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunitat Valenciana”. En el presente supuesto de la prueba practicada, como bien recoge la sentencia, no se ha verificado que las partes o sus hijos hayan adquirido tal vecindad, ante la carencia de prueba alguna al respecto que lo justifique, por lo que será de aplicación la legislación común recogida en el Código Civil, como establece la sentencia.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 20 julio 2016. Ponente: Paloma Sancho Mayo. JUR\2016\261477.

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril. Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 3.4 Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, art. 14 Cc, art. 2 Ley Valenciana 5/2011.

SEGUNDO: Entrando en el análisis del recurso debemos iniciar haciendo una referencia a la legislación aplicable al presente supuesto. El art. 2 Ley 5/2011 de 1 abril la Generalidad Valenciana, mantiene que ésta, se aplicará a los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores que ostenten la vecindad civil valenciana cuyos efectos deban regirse por la Ley valenciana conforme al art. 3.4º del Estatuto de autonomía. Dicho precepto estatutario establece literalmente en su punto primero que “a los efectos de este Estatuto, gozan de la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunitat Valenciana”. En el presente supuesto de la prueba practicada se ha verificado que las partes o sus hijos han adquirido tal vecindad. El art. 14 Cc en sus puntos 5º y 6º establece que “la vecindad civil se adquiere, por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”. De la prueba que obra unida a las actuaciones se desprende que los litigantes nacieron, él en Madrid y ella en Cáceres, habiendo contraído matrimonio en Alicante en junio de 2004, provincia donde nacieron sus dos hijos, reseñándose en la partida literal de matrimonio que sus domicilios ya eran en esta localidad. Por ello a la fecha de interposición de la demanda, más de diez años después de este hecho, se presume que han adquirido la vecindad civil valencia y por tanto les será de aplicación lo establecido en la citada Ley 5/2011 de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 3 octubre 2016. Ponente: Andrés Montalbán Avilés. JUR/2016/261206.

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril. Derecho transitorio. Efectos de la impugnación de la Ley 5/2011 ante el Tribunal Constitucional.

Normas aplicadas: Disp. Transitoria Segunda de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

SEGUNDO: Para la resolución de contencioso hemos de partir de dos premisas, de un lado en cuanto a la legislación aplicable no se cuestiona la vecindad civil valenciana de los progenitores ni de los hijos, por lo que sería de aplicación la LRF.

La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, denominada de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, entró en vigor el 5 mayo 2011 publicada el 25 abril dicho año 2011, y con entrada en vigor el 5 mayo 2011, contra la misma se interpuso recurso de inconstitucionalidad (nº 3859/11), habiendo el Pleno del Tribunal Constitucional, mediante Providencia de 19 julio 2011 (BOE 26.7.2011), admitido el mismo, y acordado la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso (4 julio 2011). Dicha suspensión, fue levantada mediante Auto del Tribunal Constitucional de 22 noviembre 2011 (BOE 3.12.2011).

La Disposición Transitoria 2ª de la Ley dispone: “Esta ley será aplicable a los procedimientos judiciales en materia de nulidad, separación, divorcio y medidas paterno o materno-filiales que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor”.

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 24/1/2012 dijo: “Declaramos como doctrina de esta Sala, que ha de entenderse que la referencia que la Disposición Transitoria 2ª de dicha Ley especial 5/2011 realiza para su aplicación a los tipos de procedimientos judiciales que menciona, ha de tenderse que lo será a aquellos que se encuentren pendientes de sentencia “en primera instancia” en el momento de su entrada en vigor”.

En nuestro supuesto el Convenio se fecha en 21/12/2011 y se homologa en sentencia de 10/5/2012, la aplicación de la Ley es evidente.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 18 octubre 2016. Ponente: Pedro Federico Rodríguez Mira. JUR\2017\39975.

Responsabilidad parental. Inaplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril. Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 14.3º Cc.

TERCERO: La decisión judicial de no estimar aplicable la normativa valenciana al supuesto de autos resulta ajustada a derecho, al ser la madre de nacionalidad colombiana, el padre nacido en Murcia y no constar acreditada su residencia en la Comunidad Valenciana durante los últimos 10 años; habiendo nacido la hija en (...) de 2014. Por tanto, no puede invocarse el lugar de nacimiento de ésta como elemento determinante de su vecindad civil con base en el art. 14.3º Cc, toda vez que no puede hablarse de distinta vecindad civil de los progenitores desde el momento en el que la madre ostenta la nacionalidad colombiana.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 18 octubre 2016. Ponente: Manuel Benigno Florez Menéndez. JUR\2017\39478.

Responsabilidad parental. Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

SEGUNDO: [...] De la certificación de nacimiento del niño se desprende con toda claridad que tiene vecindad civil valenciana, por lo que es aplicable la Ley 5/2011 y el Código civil, el cual no desempeña aquí ninguna función directa ni supletoria, dado que no se advierten lagunas en la regulación de la materia por la referida Ley.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 18 octubre 2016. Ponente: Paloma Sancho Mayo. JUR\2017\40103.

Responsabilidad parental. Inaplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril. Aplicación del Derecho común. Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Art. 3.4º Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; arts. 9.2º, 14 y 16.3º Cc; art. 2 5/2011.

PRIMERO: El apelante Sr. Alfonso, cuestiona la decisión de la sentencia que deniega su solicitud para que se proceda al cambio en la guarda y custodia acordada en su divorcio aprobado por sentencia de 18 julio 2010 hacia una custodia compartida de sus dos hijos menores. Cuestiona la parte el pronunciamiento en el que se basa la juzgadora para la desestimación de sus peticiones con base en que no es de aplicación la Ley Valenciana 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pues los menores carecen de la vecindad civil valenciana necesaria para la aplicación de la misma.

El art. 2 de la citada Ley mantiene que ésta, se aplicará a los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores que ostenten la vecindad civil valenciana cuyos efectos deban regirse por la Ley valenciana conforme al art. 3.4º del Estatuto de autonomía. Dicho precepto estatutario establece

literalmente en su punto primero que “a los efectos de este Estatuto, gozan de la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunitat Valenciana”. En el presente supuesto, de la prueba practicada y como bien recoge la sentencia, no se ha verificado que las partes o sus hijos haya adquirido tal vecindad. El art. 14 Cc en sus puntos 5º y 6º establece que “la vecindad civil se adquiere, por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”. De la prueba que obra unida a las actuaciones se desprende que los litigantes nacieron; él en Trujillo (Perú), obteniendo la nacionalidad española con posterioridad, pero sin que conste que optara por la vecindad civil valenciana, y ella, nacida en Sønderborg (Dinamarca) es de nacionalidad danesa. Los hijos de los litigantes, Mateo, nacido el (...) de 2004 y Lina, el (...) de 2007, pese a haber nacido en Alicante, han residido en Inglaterra según han reconocido en el interrogatorio sus progenitores, pero además, ni siquiera tienen el DNI español que les acredite como tales.

Por otro lado tampoco se ha probado que el padre nacionalizado español optara por esta vecindad civil como establece el Código Civil en su art. 14 Cc. En suma, aplicando al caso todos los preceptos citados, junto con el art. 16.3º Cc en relación con el art. 9.2º del mismo texto legal se concluye que ésta no es de aplicación al caso litigioso, sino que debe considerarse aplicable al presente supuesto el Derecho común.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 28 octubre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. José de Bellmont y Mora. JUR/2017/5174.

Tarjeta de residente de familiar comunitario. Unión de hecho. Necesidad de inscribir la unión en el registro autonómico y no en el municipal.

Normas aplicadas: Art. 3 Ley de la Comunidad Valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas; art. 2.b) RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

TERCERO [...]: En cuanto al sentido de la (4) exigencia legal del art. 2.b) del Real Decreto 240/2007, éste es – en nuestro entendimiento de la norma – el de que dentro de la dicción normativa: “inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea”, quedan incluidas las solicitudes que se atengan, con cierto rigor, a los términos legales aplicables.

La norma no parece hacer referencia a, sin más, cualesquiera registros de uniones de hecho existentes en los países de la Unión o del Espacio Económico Europeo sino, y precisamente, al registro que, en singular, esté llamado a disciplinar este tipo de uniones: “en un registro público establecido a esos efectos”.

Al faltar la regulación estatal, la singularidad es cumplida con el registro autonómico. Si éste no existiese (o no resultase aplicable a un determinado caso, porque el comunitario carezca, por ejemplo, de la vecindad civil valenciana), sería razonable dotar de valor a un registro municipal como el instituido por el Ayuntamiento de Sagunto:

[...]

Pero la afirmación anterior ha de ser ampliamente matizada con lo siguiente –y esta matización constituye uno de los ejes sobre los que circunvala la argumentación judicial de la Sala–:

- para que la inscripción en un registro municipal de parejas de hecho constituya título bastante para acceder a una tarjeta de familiar de comunitario es ineludible, esencial, que se conozca, primero, el contenido regulativo concreto de ese registro;
- luego, que de ese contenido se desprenda, con suficiente certeza, que los requisitos reclamados por el registro municipal de que se trate tienen un suficiente peso específico desde la perspectiva de la veraz existencia (y su justificación) de una relación como pareja de hecho;
- esa justificación ha de exigirse, por el registro municipal, de un modo equivalente, con un calado probatorio similar, al que existe en el registro autonómico;
- lo dicho hasta ahora únicamente vale para el caso de que el/la solicitante de la tutela judicial no haya obtenido la inscripción en el registro de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana por una causa vinculada – y exclusivamente – a:
- la falta de vecindad civil del ciudadano de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en relación con el que se solicite la tarjeta;
- los caracteres que ofrezca el documento de identidad que presentó el/la actor/a ante la Subdelegación del Gobierno;
- la existencia de estas causas han de detallarse, con suficiencia, por el/la recurrente. Es él/ella quien tiene la carga procesal de exhibirlas;
- en el caso de que falte esa acreditación, el único documento que permite situarse dentro de los límites de dicción del art. 2.b) Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (“ b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo”), es la inscripción en el registro de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana previsto en la Ley 5/2012, de 5 de octubre.

Para la Sala, la finalidad de la norma queda cumplida, entonces, cuando se asegure que la inscripción que acompaña a la solicitud de una tarjeta de familiar de residente comunitario coincide con aquella que mayor determinación, certeza, efectos y contenido regulativo tiene, de esta situación (registro de parejas de hecho) en el ordenamiento jurídico de que se trate; aquí, el autonómico de la Comunitat Valenciana, al faltar cualquier disciplina estatal a dicho respecto. Y, en el caso de que esa inscripción no sea posible, reclama que el registro municipal del lugar de residencia del solicitante – si existe éste, lo que no siempre sucede – detalle los requisitos y efectos de la inscripción con un valor y peso regulativo parangonable al autonómico, lo que deberá ser mostrado en la controversia (y debió ser exhibido ya en el marco administrativo) por quien pretenda lograr un título de residencia de familiar de comunitario.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 192/2016, de 16 noviembre 2016. Ponente: Adela Asua Batarrita. BOE 26.10.2016.

Competencia de la Comunidad Autónoma Valenciana en materia de Derecho civil. Inconstitucionalidad de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

Normas aplicadas: Art. 149.1.8º CE; art. 49.1.2 Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

[...] 4. [...]

“En suma, a la vista de las circunstancias concurrentes y de las razones expuestas, hemos de concluir que no se ha aportado prueba que permita apreciar la concurrencia de los requisitos que el art. 149.1.8 CE exige para que la Comunidad Autónoma de Valencia pueda regular las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en uso de su competencia para conservar, desarrollar o modificar su propio Derecho civil valenciano. Lo cual va a determinar el sentido de la presente resolución, ya que no se ha demostrado pervivencia de normas consuetudinarias que permitieran

reconocer siquiera una referencia a costumbres vigentes hasta 1978, tras la derogación de los antiguos fueros del Reino de Valencia.

De todo lo hasta aquí expuesto se deriva la falta de competencia de la Comunidad Valenciana, en este caso, para regular las consecuencias civiles de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la convivencia de los progenitores. Lo cual debe conducir a declarar la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, porque, a pesar de que efectivamente este Tribunal ha reconocido la posibilidad legítima de la Comunidad Valenciana de legislar las normas civiles consuetudinarias, en el caso de la materia de derecho de familia concernido se ha probado su vigencia en el territorio autonómico y, en consecuencia, no se cumplen los requisitos exigidos por el art. 149.1.8 CE para el reconocimiento de la competencia a la Comunidad Autónoma.”

[...]

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional (...),

Ha decidido

Estimar el presente recurso y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 5.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 24 noviembre 2016. Ponente: Carlos Esparza Olcina. JUR\2017\10023.

Responsabilidad parental. Inaplicación de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril. Aplicación del Derecho común.

Normas aplicadas: Art. 2 Ley Valenciana 5/2011.

PRIMERO [...] Todo ello se acuerda al amparo del art. 94 Cc, pues la ley autonómica 5/2011 no es aplicable al no constar la vecindad civil valenciana de la hija, de acuerdo con el art. 2 de esa norma

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 16 diciembre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. José de Bellmont y Mora. JUR\2017\41911

Tarjeta de residente de familiar comunitario. Unión de hecho. Necesidad de inscribir la unión en el registro autonómico y no en el municipal.

Normas aplicadas: Art. 3 Ley de la Comunidad Valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas; art. 2.b) RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

TERCERO [...] En cuanto al sentido de la (4) exigencia legal del art. 2.b) del Real Decreto 240/2007, éste es – en nuestro entendimiento de la norma – el de que dentro de la dicción normativa: “inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea”, quedan incluidas las solicitudes que se atengan, con cierto rigor, a los términos legales aplicables.

La norma no parece hacer referencia a, sin más, cualesquiera registros de uniones de hecho existentes en los países de la Unión o del Espacio Económico Europeo sino, y precisamente, al registro que, en singular, esté llamado a disciplinar este tipo de uniones: “en un registro público establecido a esos efectos”.

Al faltar la regulación estatal, la singularidad es cumplida con el registro autonómico. Si éste no existiese (o no resultase aplicable a un determinado caso, porque el comunitario carezca, por ejemplo, de la vecindad civil valenciana), sería razonable dotar de valor a un registro municipal como el instituido por el Ayuntamiento de Sagunto:

[...]

Pero la afirmación anterior ha de ser ampliamente matizada con lo siguiente –y esta matización constituye uno de los ejes sobre los que circunvala la argumentación judicial de la Sala–:

– para que la inscripción en un registro municipal de parejas de hecho constituya título bastante para acceder a una tarjeta de familiar de comunitario es ineludible, esencial, que se conozca, primero, el contenido regulativo concreto de ese registro;

– luego, que de ese contenido se desprenda, con suficiente certeza, que los requisitos reclamados por el registro municipal de que se trate tienen un suficiente peso específico desde la perspectiva de la veraz existencia (y su justificación) de una relación como pareja de hecho;

– esa justificación ha de exigirse, por el registro municipal, de un modo equivalente, con un calado probatorio similar, al que existe en el registro autonómico;

– lo dicho hasta ahora únicamente vale para el caso de que el/la solicitante de la tutela judicial no haya obtenido la inscripción en el registro de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana por una causa vinculada – y exclusivamente – a:

– la falta de vecindad civil del ciudadano de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en relación con el que se solicite la tarjeta;

– los caracteres que ofrezca el documento de identidad que presentó el/la actor/a ante la Subdelegación del Gobierno;

– la existencia de estas causas han de detallarse, con suficiencia, por el/la recurrente. Es él/ella quien tiene la carga procesal de exhibirlas;

– en el caso de que falte esa acreditación, el único documento que permite situarse dentro de las lindes de dicción del art. 2.b) Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (“ b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo”), es la inscripción en el registro de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana previsto en la Ley 5/2012, de 5 de octubre.

Para la Sala, la finalidad de la norma queda cumplida, entonces, cuando se asegure que la inscripción que acompaña a la solicitud de una tarjeta de familiar de residente comunitario coincide con aquella que mayor determinación, certeza, efectos y contenido regulativo tiene, de esta situación (registro de parejas de hecho) en el ordenamiento jurídico de que se trate; aquí, el autonómico de la Comunitat Valenciana, al faltar cualquier disciplina estatal a dicho respecto. Y, en el caso de que esa inscripción no sea posible, reclama que el registro municipal del lugar de residencia del solicitante – si existe éste, lo que no siempre sucede – detalle los requisitos y efectos de la inscripción con un valor y peso regulativo parangonable al autonómico, lo que deberá ser mostrado en la controversia (y debió ser exhibido ya en el marco administrativo) por quien pretenda lograr un título de residencia de familiar de comunitario.

UNIONES EXTRAMATRIMONIALES

Rafael ARENAS GARCÍA*

1. Dos son los temas que han sido considerados por la jurisprudencia en relación a las uniones extramatrimoniales y la pluralidad de regulaciones civiles sobre las mismas en nuestro país. Por una parte, el recurrente tema de las reclamaciones de pensiones de viudedad del conviviente supérstite y la remisión que contenía la LGSS a los Derechos civiles autonómicos para la determinación de si la convivencia se debía o no considerar como una unión que diera derecho a la mencionada pensión. El otro, la proyección de la regulación autonómica valenciana sobre uniones de hecho a efectos de la concesión de la tarjeta de residencia como familiar de un ciudadano comunitario a quien convive con el beneficiario directo. De esta segunda cuestión nos ocupamos en la nota referida al Derecho civil valenciano, por lo que nos remitimos allí para el comentario de las Sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de octubre y 16 diciembre 2016, limitándonos aquí a realizar alguna indicación sobre las decisiones que se han ocupado de las peticiones de pensión de viudedad basadas en la previa convivencia entre el solicitante y la persona generadora del mencionado derecho.

2. La relación entre la pluralidad de Derechos civiles en España y la concesión de pensiones de viudedad al integrante de una unión de hecho en la que el otro miembro ha fallecido viene siendo objeto de tratamiento por parte de la jurisprudencia española desde hace años y nos remitimos a crónicas anteriores para un desarrollo mayor de los problemas que se plantean (*vid.* M. Gardeñes Santiago, “Pensiones de viudedad, parejas de hecho y conflictos de leyes internos”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 1228–1133; *id.*, “Parejas de hecho y pensiones de viudedad: siguiendo el camino marcado por el Tribunal Constitucional”, *ibid.*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 1191–1194; R. Arenas García, “Uniones extramatrimoniales”, *ibid.*, t. XVI, 2016, pp. 1258–1262, pp. 1259–1261). Resumidamente, el art. 174 LGSS establecía, inicialmente, que en las Comunidades Autónomas con Derecho propio la consideración de pareja de hecho y su acreditación deberían llevarse a cabo conforme a lo establecido en dicho Derecho. Esta previsión fue declarada inconstitucional en la STC 40/2014, de 11 de marzo (BOE 10.4.2014), por entenderse que en esta materia, Seguridad Social, no podían establecerse diferencias en función del Derecho civil que resultara aplicable. Tras esta decisión se plantearon algunos problemas en relación a la eficacia temporal de la declaración de inconstitucionalidad y la forma en que afectaría a las situaciones ya creadas. Con el paso del tiempo, sin embargo, disminuyen el número de supuestos en los que esta declaración de inconstitucionalidad es relevante. Además, a la declaración de inconstitucionalidad del inciso relativo a los Derechos civiles autonómicos en el art. 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social se une la derogación de ésta como consecuencia de lo establecido en la Disp. Derogatoria Única del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la LGSS (BOE 31.10.2015). Esto es, desde el 2 enero 2016 (*vid.* la Disp. Final Única del RD Legislativo 8/2015), la LGSS que incluía la referencia a los Derechos civiles autonómicos se encuentra derogada y ha sido sustituida por un nuevo texto legislativo en el que la regulación de la pensión de viudedad en el caso de las parejas de hecho se realiza en su art. 221 que ya no incluye ninguna referencia al Derecho civil para la determinación de en qué supuestos nos encontramos ante una pareja de hecho; lo que implica que es la propia LGSS la que concreta los supuestos en los que surge el derecho a la prestación, sin que la determinación de la existencia o no de la pareja de hecho se plantee como una cuestión previa de Derecho civil en el marco de una cuestión principal en materia de Seguridad Social.

Las tres sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que recogemos y que se refieren a esta problemática hacen explícito que tras la STC 40/2014 no es posible ya considerar el Derecho civil catalán para determinar cuándo se está ante una pareja de hecho y acreditar su existencia. Merece destacarse especialmente la STSJC (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 27 junio 2016, ya que en ésta, pese a

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universitat Autònoma de Barcelona

que no se aplica el inciso del art. 174 LGSS declarado inconstitucional por la STC 40/2014, se indica que de haber alegado el solicitante de la pensión de viudedad que una decisión judicial o una resolución administrativa firme había apreciado, a la luz de la legislación catalana, la existencia de la pareja, sería preciso seguir aplicando el inciso declarado inconstitucional. Esta afirmación responde a lo establecido en el último párrafo del Fdo. Jurídico 6 de la STC 40/2014, donde se establece que “resulta necesario pronunciarse acerca de la modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad y nulidad que, siguiendo en este punto la doctrina recogida –entre otras muchas– en las SSTC 45/1989 [...], no solo habrá de preservar la cosa juzgada (art. 40.1º LOTC) sino que, igualmente, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3º CE), se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes, de suerte que esta declaración de inconstitucionalidad solo será eficaz *pro futuro*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme”. Esta consideración de las decisiones administrativas y judiciales firmes es ya la única posibilidad de que siga teniendo virtualidad la remisión a los Derechos civiles autonómicos que en su momento recogía el art. 174.3º LGSS. Merece una mención también la STSJ de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 11 julio 2016, donde se indica que en un primer momento se denegó la pensión de viudedad por no gozar la solicitante de vecindad civil aragonesa y, por tanto, no aplicársele el Derecho foral. Cuando se hizo notar la inconstitucionalidad de tal remisión, la administración cambió el argumento de la denegación al no cumplimiento del requisito de una convivencia durante un período de dos años.

3. La remisión a los Derechos civiles autonómicos también se incluía en el RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (BOE, 27.5.1987). En su art. 38.4º regulaba la pensión de viudedad para el miembro superviviente en una pareja de hecho y textualmente se preveía que “En las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezca su legislación específica”. Este inciso, a diferencia de su equivalente en la LGSS, no fue objeto de recurso alguno de inconstitucionalidad, pero tras la STC 40/2014 fue suprimido (*vid.* Disposición Final 1.2 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015). Esta supresión no impide que aún pueda ser aplicado a situaciones anteriores a su derogación. La SAN 20 enero 2016 es muestra de esta relevancia todavía en el año 2016 de aquella referencia a los Derechos civiles autonómicos. Se trata de salvar una situación que no deja de presentar algunas dificultades: la norma que ha de ser aplicada no ha sido declarada inconstitucional, pero sí una equivalente; lo que implica que una aplicación automática de la regulación contenida en la Ley de Clases Pasivas podría entenderse como contraria a los principios constitucionales que justificaron la declaración de inconstitucionalidad de su precepto equivalente en la LGSS; por el contrario, una mera preterición de la regulación sería contraria a la seguridad jurídica y carecería de fundamentación técnico jurídico.

Ante esto, la SAN 20 enero 2016 opta por interpretar que las exigencias en cuanto a la formalización de la pareja de hecho que establece el Derecho civil de Galicia (el relevante en el supuesto analizado) deben ser entendidas como manifestaciones de la voluntad de los integrantes de la pareja de constituir una unión con efectos jurídicos relevantes. De esta forma, el no cumplimiento de los requisitos previstos en dicha legislación civil no sería en sí mismo un requisito que impidiera la concesión de los derechos económicos previstos en la Ley de Clases Pasivas del Estado, sino que se conectaría con la exigencia de que la pareja estuviera inscrita en alguno de los registros autonómicos o municipales existentes, y que es un requisito independiente de que la pareja se hubiera constituido según lo previsto en el Derecho civil propio en aquellas Comunidades Autónomas en las que exista.

El caso del que se ocupa la SAN 18 marzo 2016 es diferente. En este supuesto no se trata de aplicar el art. 38.4º de la Ley de Clases Pasivas del Estado, sino el art. 38.1, que no ha sido modificado y que se refiere a aquellos casos en los que la pensión de viudedad no se deriva de la condición de pareja de hecho del fallecido, sino de cónyuge; pero con la particularidad de que en el caso concreto se exige que el matrimonio se hubiera celebrado como mínimo un año antes del fallecimiento, excepto si existen hijos comunes o si a la fecha de la celebración del matrimonio los cónyuges fueran pareja de hecho con

un período de convivencia que sumado al del matrimonio alcanzara los dos años. En este supuesto, y ante la necesidad de determinar si la convivencia entre quien reclama la pensión y quien genera el derecho a la misma puede ser calificado como pareja de hecho, es necesario acudir al Derecho civil aplicable a fin de verificar si se dan los requisitos necesarios para que la unión pueda ser calificada como unión de hecho, con los efectos que prevé el art. 38.1º de la Ley de Clases Pasivas del Estado. Esta es la interpretación que parece desprenderse de la referencia que la Sentencia incluye en su Fdo. de Dcho. cuarto a la SAN (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª) de 2 abril 2012, donde se diferenció entre la calificación de la relación como pareja de hecho (para lo que se acudió a la legislación civil catalana) y para la constatación de que la convivencia se había desarrollado durante el tiempo exigido en la normativa estatal sobre clases pasivas; cuestión que ya no se veía afectada por la regulación autonómica. En el caso concreto la pensión se deniega precisamente porque, a juicio de la AN no se probó esa convivencia durante el tiempo necesario.

Con independencia de la solución en el caso concreto, la SAN de 18 de marzo nos advierte de que la utilización del Derecho civil para resolver como cuestión previa a una en relación al régimen de las clases pasivas del Estado no se encuentra totalmente cerrada. Lo que sí se descarta es que esta misma vía se abra en relación a las reclamaciones de Seguridad Social. Efectivamente, en este punto, la dicción de la Ley de Clases Pasivas del Estado y al LGSS difieren. Mientras en la primera, tal y como se ha señalado, se indica que la convivencia del beneficiario con el causante en relación a ciertas reclamaciones del cónyuge viudo ha de ser, “como pareja de hecho”, en la segunda, para derechos equivalentes, se prevé (art. 219.2º LGSS) que la convivencia con el causante ha de reunir los requisitos del art. 221.2º de la misma Ley, el precepto que regula los derechos del miembro de la pareja de hecho que sobrevive al causante; precepto que se limita a recoger una serie de condiciones objetivas que no requieren la consulta de ningún Derecho civil para ser aplicadas.

4. En definitiva, la práctica jurisprudencial en materia de uniones de hecho, animada por la remisión que la LGSS y la Ley de Clases Pasivas del Estado realizaba a los derechos civiles autonómicos está llamada a silenciarse a medida que se extiende la aplicación de las reformas que han reducido al mínimo las posibilidades de tal remisión. En el futuro tan solo la consideración del art. 38.1º Ley de Clases Pasivas del Estado nos ofrecerá la oportunidad de volver a tener que analizar la concreción del Derecho aplicable a la unión de hecho a efecto de la determinación de su existencia; todo ello en el marco de la resolución de una cuestión previa en relación a una reclamación administrativa.

Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Sentencia de 20 enero 2016. Ponente: José Luis López-Muñiz Goñi. JUR\2016\23883.

Clases pasivas. Pensión de viudedad. Unión de hecho. Necesidad de la voluntad de equiparar los efectos de la unión a los del matrimonio.

Normas aplicadas: Art. 38.4º RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril; Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 10/2007, de 28 de junio; Decreto de la Comunidad Autónoma de Galicia 248/2007, de 20 de diciembre, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de Galicia.

CUARTO: [...] Ello no quiere decir que las parejas que no opten por esta solución que conlleva la declaración referenciada, queden desprotegidos, pues también tienen entre sí los derechos y obligaciones que tienen los cónyuges, a los efectos previstos en la Ley Civil de Galicia.

Pero el Real Decreto Legislativo 670/1987, exige que la convivencia more uxori para ser acreedor de la pensión de viudedad, que la manifestación de voluntad recíproca y libremente manifestada y aceptada, de “equiparar los efectos de esta relación de hecho, a los del matrimonio”, se haya registrado en el Registro de Parejas de Hecho, o conste en escritura pública.

Es decir, que para ser acreedor a percibir una pensión de viudedad de clases pasivas del Estado, es necesario que el sobreviviente, lo sea de una pareja de hecho constituida legalmente, no siendo suficiente ni bastante la convivencia por un tiempo determinado, sino que conste de forma indubitada la manifestación de voluntad de los miembros de la pareja de querer constituir su pareja de hecho en la forma establecida legalmente.

Y este primer requisito exigido por el citado RD Legislativo, 670/1987, ley especial, no se cumple por la hoy solicitante de la pensión de viudedad, por lo que no se pudo acceder a sus pretensiones.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en la regulación del Derecho civil de Galicia, se regulan las formalidades que deben regir esa manifestación de voluntad y el medio de prueba tasado con el que se considera probada.

Así, la disposición final de la Ley 10/2007, de 28 de junio, vino a establecer que en el plazo de un mes a contar desde la publicación de la Ley en el “Diario Oficial de Galicia”, la Xunta de Galicia había de aprobar un decreto mediante el cual se creara y regulara la organización y la gestión del Registro de Parejas de Hecho de Galicia. Se dictó al efecto el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el “Diario Oficial de Galicia”. Decreto que en su art. 1º delimitó su objeto (“1. Se crea el Registro de Parejas de Hecho de Galicia que se regirá por este Decreto y demás disposiciones de desarrollo. 2. La inscripción como pareja de hecho en este registro es voluntaria y tiene carácter constitutivo...”), en su art. 6 precisó los actos inscribibles (“1. Serán objeto de inscripción: a) Las declaraciones de constitución, modificación y extinción de las parejas de hecho...”), y en su art. 27 estableció las normas de acceso, al Registro así creado, de los asientos causados en los registros municipales (“1. Las inscripciones de parejas de hecho practicadas en los registros municipales de parejas o uniones de hecho en aquellos ayuntamientos que contasen con un registro de este tipo tendrán acceso al Registro de Parejas de Hecho de Galicia, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos por la disposición adicional 3ª de la Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia y el art. 5 del presente Reglamento.

[...].

En todo caso, la constitución de la pareja de hecho sólo se entenderá efectuada a partir de su inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia.”).

Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Sentencia de 18 marzo 2016. Ponente: Ernesto Mangas González. JUR/2016/73629.

Clases pasivas. Pensión de viudedad. Unión de hecho. Aplicación del Derecho civil catalán.

Normas aplicadas: Art. 38.4º RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril; Disp. Transitoria Cuarta de la Ley 25/2010, de 29 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña; art. 1 Ley 10/1998, de 15 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

QUINTO: La aplicación del marco jurídico expuesto al caso controvertido.

1.- La aplicación de las normas expuestas al caso controvertido, en función del objeto del proceso y del planteamiento del recurso jurisdiccional, conduce a la desestimación del mismo. Porque la demandante hace valer el derecho a lucrar pensión de viudedad causada al fallecimiento de D. Gaspar, no con carácter temporal, como la reconocida por el centro gestor en aplicación del precitado art. 38, ap. 1, párrafo tercero [“Cuando el cónyuge no pueda acceder a pensión de viudedad por las causas citadas en el párrafo anterior, tendrá derecho a una prestación temporal de igual cuantía que la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años”], sino con carácter vitalicio, en función de lo prevenido en el ap. 1, párrafo segundo, del mismo precepto legal [“En los supuestos en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyu-

gal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando existan hijos comunes, ni tampoco cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años “]. Y sin embargo, de lege data, el reconocimiento del derecho propugnado está supeditado a que, a la fecha de celebración del matrimonio, el solicitante de la prestación hubiera mantenido convivencia con el causante, como pareja de hecho, durante un período que, sumado al mantenido bajo vínculo matrimonial, exceda de dos años. Lo que comporta la necesidad de acreditar la convivencia en tales condiciones. Circunstancia, ésta, que no concurre en el supuesto examinado.

2.— Pues al solicitar la pensión de viudedad, además de la certificación literal de defunción del causante [20 abril 2011] y del matrimonio contraído con el mismo [11 febrero 2011], la interesada adjuntó copia de escritura [“acta de manifestacions”] otorgada por la misma el 10 mayo 2011 y en la que, tanto ella como las testigos intervinientes, manifestaron “que D. Gaspar y D^a Sandra convivieron de forma estable, ininterrumpida y notoria, como pareja y con relación de afectividad análoga a la conyugal desde el año 2006”, por lo que el notario autorizante, atendiendo al requerimiento de la otorgante, consignó la notoriedad de dichas circunstancias [“...considero suficientemente acreditada y declaro ser notorio que D. Gaspar y D^a Sandra convivieron de forma estable, ininterrumpida y notoria, como pareja y con relación de afectividad análoga a la conyugal desde el año 2006”. Con lo cual, a través de un acta destinada a “la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica” [Reglamento Notarial, Decreto de 2 junio 1944; art. 209], se consignó el resultado de la prueba testifical ofrecida por la otorgante, consignado como tal los propios términos con los que el art. 38.4^o del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas define la pareja de hecho [“...se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años”], siendo así que dicho medio de prueba únicamente puede versar sobre “hechos controvertidos” y no puede incluir “valoraciones ni calificaciones” [arts. 360 y 368.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre], y que tanto la fecha de inicio como el hecho mismo de la convivencia en común expresada por las testigos, no se corresponde con los datos consignados en el Documento Nacional de Identidad de los interesados, aportados también con la solicitud, en cuanto que en el de D. Gaspar [expedido el 06 octubre 2008] se indica que estaba domiciliado en “...” “; mientras que en el de D^a Sandra [expedido el 27 febrero 2008] se indica que estaba domiciliada en (...). Es de señalar al respecto que el Documento Nacional de Identidad “tiene suficiente valor, por sí solo, para acreditar la identidad y los datos personales de su titular que en él se consignan, así como la nacionalidad española del mismo” [Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre; art. 1.2]. Finalmente, al solicitar la pensión de viudedad, la interesada adjuntó, asimismo, un documento expedido por el Alcalde presidente del Ayuntamiento de La Seu d’Urgell, de 14 junio 2011, en el que también se hace constar que “...según información de la cual dispongo, Don. Gaspar [...] y Doña. Sandra [...] han convivido conjuntamente desde el año 2006”. Y, sin embargo, no se adjunta certificado de empadronamiento que reflejase dicha convivencia, como para su acreditación establece el propio art. 38.4^o del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas y que hay que poner en relación con el art. 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril [“...” 1. El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos “] y con el Real Decreto 2612/1996, de 20 de diciembre.

3.— Al formular la reclamación económico-administrativa, la interesada adjuntó distintos escritos firmados por el notario autorizante de la escritura antes reseñada, por el Jefe de la Dependencia de Aduanas e Impuestos Especiales de Lleida y por el Jefe de Servicio de la Aduana de La Farga de Moles,

en los que hacen constar que D^a Sandra y D. Gaspar “convivían como pareja de hecho de forma pública e ininterrumpida, manteniendo una relación análoga a la conyugal desde principios del año 2006 hasta la fecha de fallecimiento de D. Gaspar en abril de 2011”; o bien, que “convivieron como pareja de hecho, manteniendo una convivencia estable, notoria e ininterrumpida desde principios del año 2006 hasta la fecha del fallecimiento del causante en abril de 2011”. Manifestaciones a las que cabe hacer las mismas objeciones que a los medios de prueba adjuntados con la solicitud inicial.

Adicionalmente, se adjuntó en dicha ocasión copia de los testamentos abiertos otorgados por el causante el 16 noviembre 2010 y el 4 marzo 2011, en el primero de los cuales el testador decía que convivía como pareja estable desde hacía cuatro años con Doña. Sandra. La que por tratarse de una manifestación del propio testador, carece de eficacia probatoria por sí misma frente a terceros.

4.— Y con la demanda rectora del recurso jurisdiccional, además de certificación de los asientos registrales destinados a acreditar la inexistencia de impedimento para la constitución de pareja de hecho entre el causante y la solicitante conforme al mencionado art. 38 del Texto Refundido [“...quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona...”], se adjuntó acta notarial otorgada el 22 julio 2015, complementaria de la otorgada el 10 mayo 2011, en la que sustancialmente se expone que en esta última se declaró la notoriedad de la convivencia entre D. Gaspar y D^a. Sandra desde el año 2006, y que “...la declaración de notoriedad se basó no solo en la prueba testifical recogida en la propia acta, sino a mi conocimiento personal de la circunstancia a probar”, en función de las circunstancias que allí se recogen. Pero tales manifestaciones no permiten alterar la valoración del acta inicial, de la que esta es complementaria, en virtud de las observaciones que a dicho medio de prueba, así como a los restantes adjuntados en vía administrativa, se hicieron anteriormente. Pues la existencia de pruebas contradictorias constituidas mediante documentos a los que la normativa asigna valor probatorio sobre el hecho controvertido, la falta de aportación del medio de prueba que la ley contempla para acreditar el hecho controvertido, o la falta de idoneidad del testimonio recogido en el acta inicial, impiden por completo dar por acreditada la existencia de “un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado, al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años”.

5.— En consecuencia, carece de fundamento propugnar la aplicación del art. 38.1º del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en relación con el art. 234 y la disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2010, de 29 de julio, y con el art. 1 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, ya citados. Al no haberse acreditado, por las razones expuestas, que la demandante hubiera completado un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado, al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años. Lo que, a su vez, permite rechazar que la Administración actuante haya incurrido en errónea valoración de la prueba, o que haya conculcado el art. 319 LEC.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 18 marzo 2016. Ponente: Francisco Javier Sanz Marcos. JUR/2016/122338.

Pensión de viudedad. Unión de hecho. Derecho civil autonómico.

Normas aplicadas: art. 174.3º LGSS.

TERCERO: Se remite, en este sentido, la sentencia de este Tribunal Superior de 21 de julio y 28 octubre 2014 a lo manifestado al respecto en las de 13 de febrero y 15 mayo este mismo año al recordar como esta Sala “ha mantenido el criterio aplicado en instancia en otras sentencias, considerando que es posible el acceso a la pensión de viudedad cuando la reclamante consigue acreditar la convivencia estable e ininterrumpida durante los cinco años anteriores al hecho causante, aunque no haya acreditado el requisito formal de inscripción registral pública o el documento notarial que así lo certifique. Para salvar el cumplimiento de esta exigencia, se acostumbraba a acudir a la Ley de la Generalitat de Catalunya 10/1998, de 15 julio parejas de hecho, que define (art. 1) como parejas de unión estable,

aquellas que sin tener ningún impedimento para contraer matrimonio entre sí, han vivido maritalmente durante un tiempo mínimo de dos años, o hayan otorgado escritura pública manifestando su voluntad al respecto, pero además, siempre y cuando uno de los dos cónyuges tenga la vecindad civil catalana. Requisitos que el párrafo segundo, a reglón seguido, excepciona, en el sentido de que no es necesario el transcurso del periodo indicado cuando tenga hijos comunes, pero sí se requiere la necesaria convivencia. El art. 2 de esa misma norma, por su parte, regula las formas de acreditación, de tal modo que –avanzaba a aquella en su razonamiento– si no se ha formalizado en escritura pública dicha unión, podrán adquirir la condición de unión estable (pareja de hecho, en el derecho común) si por cualquier medio de prueba admitido en derecho se acredita la convivencia marital durante dos años. Solo se impone, un límite, al uso de cualquier medio de prueba, y este viene recogido en su art. 10, bajo la rúbrica de “Acreditación y legitimación especiales”, estableciendo únicamente y en relación con las personas que prestan servicios en la administración pública catalana, y sólo para poder ejercer ciertos derechos frente a la misma, como la excedencia voluntaria, el disfrute de permiso por muerte, o enfermedad grave o la reducción de la jornada, que en estos casos, si no formalizaron en escritura pública su convivencia dos años antes de ejercerlos, la unión se puede acreditar a través de una acta de notoriedad, donde figurará no solo la convivencia sino también el transcurso de los dos años.

Por tanto, ostentando los dos miembros de la pareja la vecindad catalana, la exigencia formal se puede acreditar por cualquier medio de prueba de los habilitados en derecho; además, cabe puntualizar, que con la entrada en vigor la Ley 20/2010, ya no es de aplicación la Ley 10/1998, citada, sino el Libro II, capítulo IV, arts. 234 ss, CCCat, donde, si cabe se clarifica, aún más, la forma de probar la existencia de una pareja estable, y con este fin se establece, por un lado, que basta acreditar, entendiéndose, por cualquier medio de prueba de los habilitados en derecho, la simple e ininterrumpida convivencia durante dos años (art. 234.1º), y por otro, en el caso de hubieren nacido hijos de la relación ni siquiera hay que acreditar ningún periodo de convivencia (art. 234.2º), como tampoco se exigirá ningún periodo mínimo de convivencia cuando dicha relación se hubiere formalizado a través de una escritura pública (art. 234.3º).

Es evidente (se añade, con la derivada jurídica trascendencia) que la interpretación referida se funda en la previsión del apartado 5º del art. 174.3º LGSS, sobre la posibilidad de acreditación de la existencia de pareja de hecho conforme a la normativa de Derecho civil propio en las Comunidades Autónomas que dispongan del mismo, aplicabilidad que (como ya anteriormente enunciamos) debe descartarse a partir de la reciente STC 40/2014, de 11 de marzo, que ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1º.17 CE, del mencionado precepto, señalando que la norma cuestionada introducía en la regulación de la pensión de viudedad un criterio de diferenciación entre los sobrevivientes de las parejas de hecho carente de justificación, en tanto que la remisión que realizaba a la legislación específica de las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio daba lugar a que los requisitos de acceso a la pensión de viudedad fueran distintos en función de la definición de la pareja de hecho y los modos de acreditarla previstos en las correspondientes legislaciones de las referidas Comunidades Autónomas”; al tiempo que se advierte por el Tribunal Constitucional “que el párrafo quinto del art. 174.3º LGSS no constituía una norma de legislación civil vinculada al art. 149.1.8 CE, sino una norma de Seguridad Social, que en principio y salvo justificación suficiente, que no concurría en ese caso, debía establecer con el más exquisito respeto al principio de igualdad los requisitos a cumplir por las parejas de hecho para poder acceder a la pensión de viudedad. Lo contrario, conducía al resultado de introducir diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del art. 14 CE en relación con el art. 149.1.17 CE (FJ 5)”; para concluir afirmando que “no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho”.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 27 junio 2016. Ponente: José Quetcuti Miguel. JUR\2017\206309.

Pensión de viudedad. Unión de hecho. Inconstitucionalidad de la remisión a los Derechos civiles autonómicos contenida en el art. 174.3º LGSS.

Normas aplicadas: art. 174.3º LGSS

TERCERO: Que como segundo motivo del recurso se formula el propio de la censura jurídica que autoriza la letra c) del art. 193 LRJS, denunciándose la supuestas infracción del art. 174.3º LGSS en la redacción dada por la Ley 40/07 de 4 de diciembre.

Que la recurrente entiende que dado que la causante y el actor eran de vecindad civil catalana y que la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 marzo 2014 que declaró inconstitucional y nulo el párrafo quinto del art. 174.3º LGSS, en el extremo relativo a la llamada del Derecho civil propio de cada comunidad a los efectos de los requisitos que debían darse para poder ser considerada a efectos de la Seguridad Social como pareja de hecho, era posterior al fallecimiento de la causante, circunstancia acaecida el 14 mayo 2012, no le era de aplicación.

Que no combate la parte recurrente la hermenéutica que se ha vertido en la instancia, limitándose a manifestar su disconformidad y reiterar la argumentación señalada, no combatiendo la argumentación contenida en la sentencia, por lo que sólo por ello debería desestimarse el motivo.

Que aún obviando lo antecedente, debemos reiterar lo que se señala en la sentencia de instancia cuando se refiere al contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró dicha inconstitucionalidad, cundo afirma que habrá de preservarse no solamente la cosa juzgada, sino que en virtud del principio de seguridad jurídica contenido en el art. 9.3º CE, se extenderá a las posibles situaciones administrativas firmes, de suerte que la declaración de inconstitucionalidad y subsiguiente nulidad del párrafo en cuestión, sólo será eficaz para el futuro, esto es, en relación con los nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído resolución firme, o sea que si la parte recurrente hubiera tenido a su favor una sentencia o una resolución administrativa firme en la que con anterioridad a la sentencia del TC, se le hubiera reconocido el derecho a la pensión de viudedad por aplicación del Derecho civil catalán, no podría la sentencia constitucional tener efecto y por lo tanto la nulidad del párrafo en que se remitía a los derechos civiles autonómicos no afectarían a su derecho, ahora bien, esa no es la circunstancia examinada y por lo tanto no puede estimarse el motivo.

Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 11 julio 2016. Ponente: Carlos Bermúdez Rodríguez. JUR\2016\191969.

Pensión de viudedad. Unión de hecho. Inconstitucionalidad de la remisión a los Derechos civiles autonómicos contenida en el art. 174.3º LGSS.

Normas aplicadas: art. 174.3º LGSS

SEGUNDO: En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

“1º.- La actora Dña. Flora presentó solicitud de pensión de viudedad el día 11 febrero 2014, tras fallecer su pareja D. Benito el día 29 noviembre 2013, no existiendo hijos comunes. La causa del fallecimiento fue una enfermedad común.

2º.- Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 13 febrero 2014 se le denegó por incumplimiento de los requisitos legales establecidos al considerar que la solicitante no ostentaba la vecindad civil aragonesa y por ello no se le aplicaba el Derecho foral.

3º.- Interpuesta reclamación previa fue desestimada por resolución de 10 abril 2014 razonándose que si bien el art. 173.4º párrafo quinto en que se basó la denegación impugnada ha sido declarado nulo por el Tribunal Constitucional no debiendo tenerse en cuenta los requisitos fijados por las CC AA para determinar cuándo ha de entenderse que existe pareja de hecho, se denegaba el reconocimiento de la prestación al no constar inscritos como pareja de hecho con dos años de antelación a la fecha de fallecimiento del causante.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 16 septiembre 2016. Ponente: Lidia Castell Valldosera. JUR\2016\233184.

Pensión de viudedad. Unión de hecho. Inconstitucionalidad de la remisión a los Derechos civiles autonómicos contenida en el art. 174.3º LGSS.

Normas aplicadas: art. 174.3º LGSS.

TERCERO: És cert que l'esmentat article tenia un últim paràgraf en el que s'establia que: "En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica". Per aquest motiu aquesta Sala, en aplicació del Dret Civil Català, havia reconegut el compliment del dit requisit, en supòsits en que s'havia acreditat la convivència d'acord amb la citada legislació.

Ara bé, tal com assenyala la Magistrada d'instància, la Sentència 40/2014, d'11 de març, del Tribunal Constitucional, va declarar inconstitucional i nul el paràgraf cinquè de l'art. 174.3 de la LGSS, en resposta a la qüestió d'Inconstitucionalitat plantejada per la Sala Social del Tribunal Suprem, per la qual cosa a aquesta decisió s'haurà d'estar, i en conseqüència a partir de l'esmentada data ja no és d'aplicació el Codi Civil català per acreditar si és reuneix el requisit de parella de fet.

Doncs bé, en el present litigi consta acreditat que l'actora i el causant van conviure com a mínim des de l'any 2006, (fet provat quart), és a dir, que complien el primer requisit d'acreditar aquesta situació durant un mínim de cinc anys, però, pel contrari, l'actora no acredita el segon requisit, és a dir, el d'estar constituïda com a parella de fet amb el causant durant un mínim de dos anys, atès que, com consta en el fet provat cinquè, no es va formalitzar la unió estable de parella de fet fins el dia 30.5.2014, mitjançant escriptura pública, tenint en compte que el Sr. Felipe va ser traspassat el dia 18.6.2014, és a dir, únicament 19 dies després de la dita formalització.

Així, doncs, el motiu s'ha de desestimar, el que comporta la desestimació del recurs i la ratificació de la sentència d'instància.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 28 octubre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. José de Bellmont y Mora. JUR\2017\5174

Tarjeta de residente de familiar comunitario. Unión de hecho. Necesidad de inscribir la unión en el registro autonómico y no en el municipal.

Normas aplicadas: Art. 3 Ley de la Comunidad Valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas; art. 2.b) RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

TERCERO [...] En cuanto al sentido de la (4) exigencia legal del art. 2.b) del Real Decreto 240/2007, éste es – en nuestro entendimiento de la norma – el de que dentro de la dicción normativa: “inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea”, quedan incluidas las solicitudes que se atengan, con cierto rigor, a los términos legales aplicables.

La norma no parece hacer referencia a, sin más, cualesquiera registros de uniones de hecho existentes en los países de la Unión o del Espacio Económico Europeo sino, y precisamente, al registro que, en singular, esté llamado a disciplinar este tipo de uniones: “en un registro público establecido a esos efectos”.

Al faltar la regulación estatal, la singularidad es cumplida con el registro autonómico. Si éste no existiese (o no resultase aplicable a un determinado caso, porque el comunitario carezca, por ejemplo, de la vecindad civil valenciana), sería razonable dotar de valor a un registro municipal como el instituido por el Ayuntamiento de Sagunto:

[...]

Pero la afirmación anterior ha de ser ampliamente matizada con lo siguiente –y esta matización constituye uno de los ejes sobre los que circunvala la argumentación judicial de la Sala–:

- para que la inscripción en un registro municipal de parejas de hecho constituya título bastante para acceder a una tarjeta de familiar de comunitario es ineludible, esencial, que se conozca, primero, el contenido regulativo concreto de ese registro;

- luego, que de ese contenido se desprenda, con suficiente certeza, que los requisitos reclamados por el registro municipal de que se trate tienen un suficiente peso específico desde la perspectiva de la veraz existencia (y su justificación) de una relación como pareja de hecho;

- esa justificación ha de exigirse, por el registro municipal, de un modo equivalente, con un calado probatorio similar, al que existe en el registro autonómico;

- lo dicho hasta ahora únicamente vale para el caso de que el/la solicitante de la tutela judicial no haya obtenido la inscripción en el registro de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana por una causa vinculada – y exclusivamente – a:

- la falta de vecindad civil del ciudadano de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en relación con el que se solicite la tarjeta;

- los caracteres que ofrezca el documento de identidad que presentó el/la actor/a ante la Subdelegación del Gobierno;

- la existencia de estas causas han de detallarse, con suficiencia, por el/la recurrente. Es él/ella quien tiene la carga procesal de exhibirlas;

- en el caso de que falte esa acreditación, el único documento que permite situarse dentro de las líneas de dicción del art. 2.b) del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (“ b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo”), es la inscripción en el registro de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana previsto en la Ley 5/2012, de 5 de octubre.

Para la Sala, la finalidad de la norma queda cumplida, entonces, cuando se asegure que la inscripción que acompaña a la solicitud de una tarjeta de familiar de residente comunitario coincide con aquella que mayor determinación, certeza, efectos y contenido regulativo tiene, de esta situación (registro de parejas de hecho) en el ordenamiento jurídico de que se trate; aquí, el autonómico de la Comunitat Valenciana, al faltar cualquier disciplina estatal a dicho respecto. Y, en el caso de que esa inscripción no sea posible, reclama que el registro municipal del lugar de residencia del solicitante –si existe éste, lo que no siempre sucede– detalle los requisitos y efectos de la inscripción con un valor y peso regulativo parangonable al autonómico, lo que deberá ser mostrado en la controversia (y debió ser exhibido ya en el marco administrativo) por quien pretenda lograr un título de residencia de familiar de comunitario.

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 16 diciembre 2016. Ponente: Ilmo. Sr. D. José de Belmont y Mora. JUR\2017\41911.

Tarjeta de residente de familiar comunitario. Unión de hecho. Necesidad de inscribir la unión en el registro autonómico y no en el municipal.

Normas aplicadas: Art. 3 Ley de la Comunidad Valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas; art. 2.b) RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

TERCERO: [...] En cuanto al sentido de la (4) exigencia legal del art. 2.b) Real Decreto 240/2007, éste es – en nuestro entendimiento de la norma – el de que dentro de la dicción normativa: “inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea”, quedan incluidas las solicitudes que se atengan, con cierto rigor, a los términos legales aplicables.

La norma no parece hacer referencia a, sin más, cualesquiera registros de uniones de hecho existentes en los países de la Unión o del Espacio Económico Europeo sino, y precisamente, al registro que, en singular, esté llamado a disciplinar este tipo de uniones: “en un registro público establecido a esos efectos”.

Al faltar la regulación estatal, la singularidad es cumplida con el registro autonómico. Si éste no existiese (o no resultase aplicable a un determinado caso, porque el comunitario carezca, por ejemplo, de la vecindad civil valenciana), sería razonable dotar de valor a un registro municipal como el instituido por el Ayuntamiento de Sagunto:

[...]

Pero la afirmación anterior ha de ser ampliamente matizada con lo siguiente –y esta matización constituye uno de los ejes sobre los que circunvala la argumentación judicial de la Sala–:

– para que la inscripción en un registro municipal de parejas de hecho constituya título bastante para acceder a una tarjeta de familiar de comunitario es ineludible, esencial, que se conozca, primero, el contenido regulativo concreto de ese registro;

– luego, que de ese contenido se desprenda, con suficiente certeza, que los requisitos reclamados por el registro municipal de que se trate tienen un suficiente peso específico desde la perspectiva de la veraz existencia (y su justificación) de una relación como pareja de hecho;

– esa justificación ha de exigirse, por el registro municipal, de un modo equivalente, con un calado probatorio similar, al que existe en el registro autonómico;

– lo dicho hasta ahora únicamente vale para el caso de que el/la solicitante de la tutela judicial no haya obtenido la inscripción en el registro de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana por una causa vinculada –y exclusivamente– a:

– la falta de vecindad civil del ciudadano de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en relación con el que se solicite la tarjeta;

– los caracteres que ofrezca el documento de identidad que presentó el/la actor/a ante la Subdelegación del Gobierno;

– la existencia de estas causas han de detallarse, con suficiencia, por el/la recurrente. Es él/ella quien tiene la carga procesal de exhibirlas;

– en el caso de que falte esa acreditación, el único documento que permite situarse dentro de los límites de dicción del art. 2.b) del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (“ b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo”), es

la inscripción en el registro de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana previsto en la Ley 5/2012, de 5 de octubre.

Para la Sala, la finalidad de la norma queda cumplida, entonces, cuando se asegure que la inscripción que acompaña a la solicitud de una tarjeta de familiar de residente comunitario coincide con aquella que mayor determinación, certeza, efectos y contenido regulativo tiene, de esta situación (registro de parejas de hecho) en el ordenamiento jurídico de que se trate; aquí, el autonómico de la Comunitat Valenciana, al faltar cualquier disciplina estatal a dicho respecto. Y, en el caso de que esa inscripción no sea posible, reclama que el registro municipal del lugar de residencia del solicitante –si existe éste, lo que no siempre sucede– detalle los requisitos y efectos de la inscripción con un valor y peso regulativo parangonable al autonómico, lo que deberá ser mostrado en la controversia (y debió ser exhibido ya en el marco administrativo) por quien pretenda lograr un título de residencia de familiar de comunitario.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Albert FONT I SEGURA*

1. La creciente complejidad del sistema plurilegislativo empieza a alcanzar el ámbito de las obligaciones y contratos. Ciertamente existía ya una incipiente pluralidad normativa, pero no ha sido hasta los últimos años que los supuestos han llegado ante los tribunales. No es ajeno a ello la variedad normativa en relación a la regulación de las acciones personales. En efecto, además de la regulación del Código civil estatal, tanto en Navarra como en Cataluña, se regula la prescripción con plazos extintivos que además son distintos. Hay que advertir, sin embargo, que los litigios derivados de las dudas respecto de la legislación aplicable se suscitan tanto respecto de supuestos heterogéneos como respecto de los que no presentan ningún elemento de interregionalidad. La sentencia de la AP 16ª de Barcelona de 23 de diciembre (*Cendoj* Roj: SAP B 12583/2016) ilustra a la perfección esta situación. Se trata de un supuesto en el que el demandado opone la excepción de prescripción de la acción de reclamación de cantidad monetaria contra el fiador de un contrato de renting de un vehículo en concepto de las deudas contraídas por el impago de las cuotas. Pese a tratarse de un supuesto puramente homogéneo se aplica el plazo de prescripción de tres años previstos en la legislación civil catalana. Correctamente el tribunal, aludiendo a las correspondientes sentencias del TSJCAT (de 26 de mayo y de 12 septiembre 2011), si el supuesto es homogéneo no hace falta acudir a las normas de conflicto del Cc para determinar la ley aplicable. La resolución del caso, como pone de relieve J.M. Fontanellas en su comentario, supone afrontar cuestiones como la delimitación entre supuestos homogéneos y heterogéneos, la delimitación entre supuestos civiles y supuestos mercantiles, la supletoriedad del Derecho civil en relación al Derecho mercantil o el juego de la autonomía de la voluntad en estas condiciones, con la necesaria delimitación entre la autonomía conflictual y la material, como apunta la sentencia.

2. Las sentencias de la AP 4ª de Vizcaya de 21 de noviembre (AC/2016/2247) y la de la AP 9ª de Alicante de 27 de mayo (JUR/2016/215859) resuelven, por el contrario, supuestos heterogéneos. Se trata en ambos casos de un contrato de hospitalización prestado en la Clínica Universidad de Navarra, contrato que ha sido debidamente calificado después de descartar en ambos casos que se tratara de un contrato de prestación de servicios profesionales enmarcado en la clásica relación entre médico y paciente, dada la prestación de distintos servicios –extra médicos, paramédicos y estrictamente médicos– de asistencia hospitalaria obtenidos en el marco de una infraestructura hospitalaria. En ambas sentencias se determina como aplicable el Derecho foral navarro en aplicación de la última de las conexiones

* Profesor titular de Derecho internacional privado. Universitat Pompeu Fabra.

previstas en el art. 10.5º Cc, en conexión con el art. 16.1º Cc, dado que no se cumple ninguna de las otras conexiones ya que las partes contratantes no han elegido expresamente la ley rectora del contrato y no poseen la misma vecindad civil. Debe apuntarse que la vecindad civil de la demandante, persona jurídica, se determina también en ambas sentencias en aplicación del art. 15 del Fuero Nuevo. La cuestión litigiosa gira en torno a la prescripción de la acción personal. En ambas sentencias se invocaba la aplicación del plazo previsto para la prescripción de las acciones contempladas en la Ley 28 FNN, que es de tres años (como en el art. 1967 Cc), pero este precepto no es de aplicación porque, como se dijo al inicio, no se trata de un contrato de prestación de servicios profesionales sino de un contrato de hospitalización y, por consiguiente, procede aplicar el plazo general para el ejercicio de las acciones. El problema es que en lugar de acudir al plazo de treinta años previsto en la Ley 39.1º FNN, el tribunal cita indistintamente este precepto junto con el art. 1964 Cc, cuyo plazo era en aquel momento de quince años. Obviamente, si la legislación navarra era la aplicable esta última referencia era sobra. Correctamente, en cambio, ambos tribunales aplican la Ley 491 FNN respecto al devengo de los intereses moratorios que no está condicionado a la previa reclamación y se devengan automáticamente al vencimiento de la obligación, esto es en el momento de la facturación. La relevancia de la diferencia existente entre el Cc, el devengo está condicionado a la previa reclamación, y el FNN para la resolución de sendos casos litigiosos explica que aquí no se invoquen indistintamente ambas legislaciones. En relación a este punto no estamos ante un “falso conflicto”.

3. Finalmente, otra resolución que merece ser anotada es la que ha dictado la AP 3ª de Navarra el 7 de marzo (JUR/2016/246657). El litigio se inicia con la interposición de una demanda ante un juzgado de primera instancia de Pamplona de una acción de nulidad por vicio o error en el consentimiento por parte de un particular, que cabe presumir que posea vecindad civil navarra, en el marco de tres contratos de adquisición de bonos autocancelables emitidos por una entidad bancaria con vecindad civil en Barcelona, aunque en sustitución de otra entidad bancaria con vecindad civil común. La relación es heterogénea, al no tener ambas partes la misma vecindad civil, y debe, por tanto, determinarse la ley aplicable conforme al art. 10.5º Cc habida cuenta del carácter contractual de la misma. Las cuestiones objeto de litigio son dos: por una parte, si procede aplicar el plazo de prescripción de cuatro años establecido en la Ley 34 FNN o el plazo de caducidad también de cuatro años dispuesto en el art. 1301 Cc y, por otra parte, el momento a partir del cual debe empezar el cómputo del plazo. Huelga decir que la aplicación de uno u otro Derecho podría haber tenido importantes consecuencias para la resolución del litigio si tenemos en cuenta las diferencias existentes entre prescripción y caducidad por lo que se refiere especialmente a su interrupción. En lo que es relevante aquí, la AP confirma la aplicación de la Ley 34 FNN en aplicación del art. 10.5º Cc, al ser firmado el contrato en Pamplona.

Audiencia Provincial de Navarra, Sección Tercera, Sentencia nº 114/2016, de 7 de marzo. Ponente: Ildefonso Prieto García-Nieto. JUR/2016/246657

Nulidad por vicio o error en el consentimiento. Prescripción.

Normas aplicadas: Art. 149.1.8 CE; arts. 10.5º, 13 y 16 Cc; arts. 111-3, 121-3 y 121-21 CCCat; art. 943 Ccom.

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en el art. 10.5º Cc (al que remite el art. 16.1º Cc para determinar la regla de conflicto) es aplicable la Ley 34 FNN puesto que, no existe sometimiento expreso en los contratos controvertidos, no consta una vecindad civil común a las partes y no existe residencia habitual común; por ello, la ley aplicable a los contratos concertados ha de ser la de su lugar de celebración. Y ese lugar nadie discute que fue Pamplona.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia nº 240/2016, de 27 de mayo. Ponente: Andrés Montalbán Avilés. JUR/2016/215859.

Contrato de hospitalización. Prescripción.

Normas aplicadas: Art. 10.5º y 16 Cc.

SEGUNDO: En cuanto a la prescripción. La concurrencia de la prescripción ha de ser probada por quien la alega, es irrelevante e incluso normal que la actora no la mencione en su demanda.

Comenzando por la legislación aplicable, bien el Derecho común o bien foral de Navarra domicilio de la actora y lugar donde se contrata. Sostiene la actora que el derecho aplicable es el foral pues aunque las demandadas no tengan esa vecindad civil la norma de conexión sería el art 10.5º en relación con el 16.1º, ambos del Código Civil.

Ciertamente el lugar del contrato es Pamplona, allí se prestan todos los servicios del contrato y allí se facturan (...) se aplica pues al contrato el Derecho Foral y supletoriamente el Código Civil.

La determinación de la prescripción exige saber en primer lugar a que plazo está sujeta la reclamación que aquí se hace. La sentencia que cita la demandada considera que el art 1967 Cc, que termina por aplicar no tiene parangón en la Compilación. Ciertamente no existe un precepto idéntico pero si contempla la prescripción deudas por servicios profesionales prestados que fija en 3 años Ley 28 de la Compilación, además del fijado en la Ley 39 “Las acciones personales que no tengan establecido otro plazo especial prescriben a los treinta años”.

La cuestión sin embargo deviene irrelevante como veremos.

[...]

QUINTO: Finalmente y en cuanto a los intereses moratorios invoca la recurrente la Ley 491 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aplicable, dada la condición de navarra de la demandante ex art 15 de la Compilación “La condición foral navarra de las personas jurídicas se determinará por su domicilio y lo dispuesto en el art 10.5º Cc. Cita a este respecto la SAP Murcia 7/5/2013 que dijo: “ el segundo punto del recurso en orden a la Ley aplicable, hemos de remitirnos a la correcta exégesis realizada en la sentencia de instancia en su fundamento de derecho II, donde ante la ausencia de una vecindad civil común, residencia habitual común o sumisión expresa, se recurre a la ley del lugar de celebración del contrato para determinar la legislación aplicable, y considerando que este se celebró en Navarra, se llega a la conclusión que es el Derecho foral de esta comunidad el aplicable al supuesto enjuiciado, y si bien la apelante en su escrito de formalización del recurso se refugia en el argumento de que la demandada es la herencia yacente, ya en la sentencia de instancia se da cumplido respuesta a ello e incluso parte de que se le atribuye la vecindad civil común, sin que esto incida en el razonamiento y la conclusión a que aboca la aplicación del art. 10.5º Cc, y en cuanto a que no existió contrato alguno, dicho argumento se desvanece por sí mismo, pues las facturas objeto de reclamación tienen como fuente una relación contractual aunque esta no se documentara por escrito, y consecuente con ello se considera acertada la aplicación de la legislación foral sobre intereses de demora”.

Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, Sentencia nº 626/2016, de 21 de noviembre. Ponente: Reyes Castresana García. AC/2016/2247.

Contrato de hospitalización. Prescripción.

Normas aplicadas: Art. 10.5º y 16 Cc.

SEGUNDO: De la prescripción:

1.– Comenzamos afirmando que el derecho aplicable es el foral pues aunque el demandado Sr. Paulino no tenga esa vecindad civil, la norma de conexión es el art 10.5º en relación con el 16.1º, ambos Cc.

Ciertamente el lugar del contrato es Pamplona, allí se prestan todos los servicios del contrato y allí se facturan, por lo que se aplica al contrato el Derecho Foral y supletoriamente el Código Civil.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, Sentencia nº 401/2016, de 23 de diciembre.
Ponente: Marta Rallo Ayezuren. CENDOJ Roj: SAP B 12583/2016.

Fianza. Prescripción. Legislación mercantil.

Normas aplicadas: Art. 149.1.8 CE; arts. 10.5º, 13 y 16 Cc; arts. 111–3, 121–3 y 121–21 CCCat; art. 943 Ccom.

[...]

Obs.: *Vid. infra*, pp. 1231-1232.

LA APERTURA DE UN SEGUNDO FRENTE EN LA PROBLEMÁTICA INTERREGIONAL DE LA PRESCRIPCIÓN: LAS ACCIONES DE ORIGEN CONTRACTUAL

Josep M. FONTANELLAS MORELL *

1. La idea de que, en España, los conflictos internos de leyes se circunscribían a los ámbitos sucesorio y económico-matrimonial ha ido quedando paulatinamente desfasada, porque la actividad legislativa que, al amparo del art. 149.1.8º CE, han llevado a cabo las CC AA ha sido profusa y diversa. Esta inflación normadora se ha expandido en dos ejes, uno material, dado que la labor de las CC AA no se ha limitado a actualizar y desarrollar instituciones ya reglamentadas, sino que también ha incidido en sectores tradicionales en los que las compilaciones no habían entrado o en realidades jurídicas de nueva aparición; otro territorial, pues este fuerte impulso regulador ha existido tanto en comunidades con un Derecho civil propio perfectamente conservado como en territorios que perdieron el suyo hace siglos o que nunca lo tuvieron. En este contexto, el TC ha dictado últimamente diferentes sentencias en las que ha declarado la –total o parcial– inconstitucionalidad de varias leyes autonómicas sobre la base de la falta de competencia en materia civil de las CC AA cuyos órganos legislativos las habían adoptado. Deben traerse aquí a colación la STC 81/2013 –de 11 de abril, concerniente a la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, *de uniones de hecho*–, la STC 82/2016 –de 28 de abril, sobre la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, de 20 de marzo, *de régimen económico matrimonial valenciano*–, la STC 110/2016 –de 9 de junio, relativa a la Ley 5/2012, de 15 de octubre, *de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana*– y la STC 192/2016 –de 16 de noviembre, a propósito de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, *de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*–, las cuales consideran que las normas autonómicas no encajan en el marco constitucional, porque o bien la comunidad afectada (Madrid) no tiene ninguna competencia sobre Derecho civil o bien no se ha acreditado que, en ausencia de reglas escritas vigentes al promulgarse la CE, en el territorio en cuestión (Valencia) subsistiera un derecho consuetudinario que dé legitimidad a la

* Profesor agregado de Derecho internacional privado. Universidad de Lleida.

legislación impugnada [en cuanto a la problemática valenciana, bastante más compleja que la madrileña, vide la mayoría de tratadistas (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Alto al Derecho civil valenciano”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016-7, pp. 23-26; M. Yzquierdo Tolsada, “El Tribunal Constitucional declara nulos todos los artículos de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano”, *CDT*, 8, -2016-2-, pp. 330-347; A. Valiño, “La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Derecho civil valenciano”, *Diario La Ley*, Nº 8883, 16 de diciembre de 2016, D-434) conformes con la doctrina sentada por el TC, frente a aisladas opiniones críticas (F. de P. Blasco Gascó, “Comentario jurídico-político a las sentencias político-jurídicas del Tribunal Constitucional sobre la competencia de la Generalitat valenciana en materia de derecho civil valenciano (o el artificio de cómo reconocer todo y no darte nada)”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana* 61 -2017-1-, pp. 5-29)].

2. A este controvertido escenario se asoma, ahora, la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto Cc de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto (BOE 8.3.2017), ya que, aun cuando, por lo que hace a Cataluña, es incuestionable la competencia de la Comunidad Autónoma para conservar, modificar y desarrollar el derecho civil propio, el Gobierno del Estado ha juzgado que la normativa catalana se distancia de los parámetros constitucionales aceptados para el ejercicio de la prerrogativa legislativa reconocida en el art. 149.1.8ª, de ahí que haya presentado recurso ante el TC (nº 2557-2017, BOE 14.6.2017, p. 48892) contra buena parte de sus disposiciones, en concreto, aquellas por las que el Código catalán se dota de una reglamentación referente al contrato de compraventa (arts. 621-1 a 621-54), al de permuta (arts. 621-56 y 621-57), al de mandato (arts. 622-21 a 622-39) y a la gestión de negocios ajenos (arts. 622-40 a 622-42). A expensas de lo que resuelva el Alto Tribunal –si es que llega a entrar en el fondo del asunto, puesto que la experiencia demuestra que, en estos casos, el acuerdo político entre administraciones suele cerrar el contencioso–, lo cierto es que el Libro VI CCCat supondría, de ser plenamente vigentes y aplicables todos sus preceptos, una notable ampliación de la legislación civil catalana que redundaría, sin duda, en un incremento de la litigiosidad interregional, porque es obvio que, cuanta más –y más diversa– sea la normativa civil española, mayores son las probabilidades de que se den en su seno colisiones entre leyes. Con todo y con eso, estos conflictos internos ya son actualmente posibles en la esfera contractual, debido, por un lado, a la existencia de una regulación autonómica residual en la materia; y, por el otro, a que el Libro I CCCat, en vigor desde el 1 de enero de 2004, regula la prescripción de todo tipo de pretensiones –entre ellas las resultantes de contratos–, con lo que la aparición de *litis* ocasionadas por las diferencias entre los plazos fijados por el Cc y los establecidos por el CCCat era inevitable. Ahora bien, no por esperable dejó de sorprender la fuerza con la que irrumpió el problema en nuestro tráfico interno, porque, en pocos años se acumularon decenas de decisiones –de signo dispar– de audiencias provinciales –casi exclusivamente catalanas– (las más relevantes son recogidas por las sentencias del TS citadas a renglón seguido) en relación con la ley aplicable a las reclamaciones por daños extracontractuales. Este ciclo de pleitos lo clausuró la Sala de lo Civil del TS, en sus sentencias 533/2013 y 534/2013, de 6 de septiembre (ECLI:ES:TS:2013:4494 y ECLI:ES:TS:2013:4495), refrendadas por la STS 23/2015, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:467), todas las cuales dictaminaron que, cuando se trate del ejercicio de acciones fundamentadas en la legislación mercantil, ésta es la que debe ser aplicada, puesto que estamos ante una materia a la que el Derecho autonómico tiene denegado el acceso por habérselo reservado al Estado el art. 149.1.6ª CE [vid. al respecto, M. Yzquierdo Tolsada, “Plazo de prescripción de la acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil por hechos dañosos ocurridos en Cataluña. Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2013 (4494/2013 y 4495/2013)”. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, 6, 2016 (2013-2014), pp. 511-522]. Un aspecto de gran interés que el debate ha puesto sobre el tapete es el de si, en este tipo de supuestos, puede hablarse con propiedad de conflicto de leyes cuando el Derecho catalán, pese a disponer de una regla –art. 121-21.d) del CCCat– atinente a la prescripción de las pretensiones dimanantes de responsabilidad extracontractual, carece por el momento de una reglamentación general, sistemática y completa de las obligaciones nacidas de ilícitos civiles. A la pregunta que, siguiendo esta estela, se hace S. Álvarez González (“La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español”, *InDret*, 2012-1, p. 5), sobre “si se puede aplicar

e[l] plazo de tres años [propio de la legislación catalana] junto con la regulación sobre responsabilidad civil del Cc”, el autor contesta que sí, pues considera que la afirmativa “es la respuesta más limpia y más respetuosa con el sistema”, visto que, la opción contraria, esto es, “[a]plicar la totalidad del régimen sustantivo del Derecho estatal supletorio (en el caso examinado, eliminar la competencia de las normas catalanas sobre la prescripción) sería tratar el caso enjuiciado como un caso diferente: como un supuesto homogéneo de Derecho ‘común’ o un supuesto heterogéneo sujeto a la legislación ‘común’. Y no existe ninguna lógica que justifique esta solución; es más, se trataría, esta sí, de una solución negadora de la pluralidad jurídica que diseña nuestra Constitución” (p. 20). *Mutatis mutandis*, la misma línea argumental cabe aplicar a eventuales litigios sobre prescripción de las acciones –pretensiones– derivadas de un contrato, tal como prueba el caso resuelto por la SAP Barcelona 16ª nº 401/2016, de 23 de diciembre (ECLI:ES:APB:2016:12583), abordado a continuación.

3. Los datos del asunto son resumidamente los siguientes: Finanzia Autorenting, SA, empresa dedicada al arrendamiento financiero de vehículos, reclama judicialmente a un particular, fiador solidario de una sociedad, Industrias Metalúrgicas Rivero, SL, el pago de algo más de diez mil euros resultantes de la deuda principal –el impago de las cuotas del *renting* de un coche Mercedes arrendado por la sociedad limitada–, más los intereses pactados y las costas procesales. En su defensa, el demandado invoca la prescripción de la acción ejercitada, excepción que el juez, el titular del JPI nº 3 de Granollers, estima debido al transcurso sin interrupción del plazo trienal recogido en el art. 121-21 CCCat, por lo que la demanda es desestimada. En su apelación ante la AP, Finanzia Autorenting, SA alega que, en razón tanto del carácter mercantil de la obligación reclamada como de las normas sobre conflictos de leyes internos –aplicables al caso, al tener la demandante el domicilio en Madrid y el demandado en Cataluña–, la controversia debe zanjarse a su favor por aplicación del plazo quinquenal previsto en el art. 1966 Cc. La AP Barcelona confirma la decisión de instancia, rebatiendo la doble argumentación del recurso: por un lado, a pesar de certificar la existencia de un elemento de heterogeneidad en la relación, entiende que el contrato de arrendamiento suscrito por las partes no permite apreciar una situación de interregionalidad, y que, en cualquier caso, “*la contradicció flagrant sobre aquesta dada* [el domicilio social de la actora], *imputable a Finanzia, com a redactora de les condicions generals del contracte, no podria afavorir-la*”; por otro lado, considera irrelevante la naturaleza mercantil o no del contrato, habida cuenta de que, conforme al art. 111-4 CCCat, “*les disposicions d’aquest Codi* [el catalán] *constitueixen el dret comú a Catalunya i s’apliquen supletòriament a les altres lleis. És el dret comú al qual remet l’article 943 del Codi de comerç*”. Dada la importancia de las cuestiones discutidas en el proceso judicial, vamos a ahondar en ellas en los párrafos que siguen.

4. Una de las particularidades del supuesto es el debate acerca de la concurrencia –o no– del factor de interregionalidad. En primera instancia, el litigio se plantea y resuelve como si fuera homogéneo, o sea, asumiéndose que todos los elementos relacionados con el asunto convergen en Cataluña. Sin embargo, a la vista del resultado adverso obtenido ante el juez *a quo*, la parte demandante –ahora recurrente– arguye, en apelación, que su domicilio se encuentra en Madrid, por lo que, para decidir el pleito, debería a su parecer acudir a las normas sobre conflictos internos que harían posible la aplicación al mismo del Cc. A la hora de pronunciarse sobre el tema, la Audiencia, después de constatar la discrepancia que hay entre el contrato origen del litigio –“*que no permet apreciar una situació interregional*”– y el resto de la documentación obrante en autos, como el poder para pleitos aportado en el juicio –en donde se especifica que “*Finanzia té el domicili a Madrid*”, información reiterada en el escrito del recurso y que ya figuraba en una de las condiciones generales del contrato–, concluye que “[n]o considerem que, davant la part adherent, el domicili a tenir en compte sigui aquest, sinó el que s’expressa amb claredat en la primera línia del contracte”. A este –discutible– razonamiento, la AP yuxtapone un segundo argumento más consistente: la incoherencia, achacable a la actora en tanto que preceptora de las condiciones generales del contrato, no puede redundar en su provecho. Si bien decreta la inoponibilidad del factor de interregionalidad inserto en un clausulado de adhesión cuando no sea alegado por el predisponente y las restantes circunstancias del contrato lo desmientan, la decisión no afronta el meollo del problema, que no es otro que la acreditación del elemento de disonancia –de extranjería o de interregionalidad–. En la

doctrina española, hay, principalmente, dos posturas al respecto: por una parte, los que, sobre la base de la imperatividad del sistema de DIPr y de la igualdad en la aplicación de la ley, son partidarios de una indagación de oficio del elemento de heterogeneidad (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, Comares, 2016, pp. 28-29); y, por la otra, quienes, amparándose en el principio dispositivo, defienden que, en los procesos en los que éste rija, sólo a las partes compete, en función de sus pretensiones, introducir los hechos que revelen la internacionalidad –o interregionalidad– del supuesto, sin que el juez pueda suplir la falta de alegación con una investigación *ex officio iudicis* (F.J. Garcimartín Alférez, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 19-28). La primera construcción, cuya articulación procedimental ha empeorado con la LEC de 2000 [J. D. González Campos, “El proceso de aplicación de las normas de Derecho internacional privado”, A. P. Abarca Junco (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, 6ª ed., Madrid, UNED, 2008, p. 161], tiende a perder protagonismo ante la segunda, que se amolda mejor a las características del sistema español (J. C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016, p. 148). El caso que nos concierne habla en favor de esta última tesis, porque si en una materia eminentemente dispositiva, como el derecho de contratos, la parte que dicta las condiciones generales no evidencia o incluso “oculta” el elemento de interregionalidad – como suele hacer habitualmente [para litigios similares de la misma entidad, *vide*, entre otras, SAP Barcelona (sec. 1ª) nº 519/2008, de 4 de noviembre de 2008 (ECLI:ES:APB:2008:9863), SAP Barcelona (sec. 16ª) nº 304/2011, de 12 de mayo de 2011 (ECLI:ES:APB:2011:4650), SAP Barcelona (sec. 11ª) nº 73/2012, de 15 de febrero de 2012 (ECLI:ES:APB:2012:979), SAP Barcelona (sec. 13ª) nº 375/2013, de 20 de junio de 2013 (ECLI:ES:APB:2013:6802), SAP Lleida (sec. 2ª) nº 486/2013, de 12 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:APL:2013:998), SAP Barcelona (sec. 17ª) nº 369/2015, de 7 de octubre de 2015 (ECLI:ES:APB:2015:10819)]–, parece razonable que, como en los pleitos recién citados, el tribunal no indague la existencia de un factor de heterogeneidad o que, en nuestro asunto, rechace su alegación extemporánea –en segunda instancia– e interesada –para sortear una ley no deseada–, y a la postre falle como lo haría en un supuesto de tráfico puramente intracomunitario.

5. Mientras que la primera objeción formulada por la apelante consistía en solicitar la aplicación al litigio de la legislación española –en vez de la catalana–, puesto que en él concurría un elemento de interregionalidad que requería la intervención de las normas sobre conflictos internos de leyes, la segunda pretendía que la competencia del Derecho estatal resultara del carácter mercantil de la controversia, al versar ésta sobre un contrato de *renting* –esto es, un arrendamiento financiero de bienes muebles caracterizados por su rápida obsolescencia o un mantenimiento muy especializado–, cuya naturaleza mercantil es incontestable (M. Broseta Pont/F. Martínez Sanz, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 23ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, p. 290). A este enfoque de la sociedad recurrente, cabe hacer, empero, dos observaciones de calado: primeramente, el objeto de nuestro proceso no es una pretensión tocante al contrato de arrendamiento financiero –mercantil– sino al de fianza –civil–, que le asiste; segundamente, aun cuando se litigara sobre el *renting*, la preterición de –toda– la normativa civil –catalana– no tendría que darse necesariamente por añadidura. Acto seguido, pasamos a desarrollar ambas ideas. En primer término, no ofrece dudas que lo que se discute en el pleito es la prescripción –o no– de la pretensión de la sociedad acreedora contra el fiador para que responda por el incumplimiento de la deudora principal, por lo que, en principio, nada se opondría a la aplicación de las reglas catalanas sobre prescripción si así lo dijese la norma de conflicto. Como se ha señalado a propósito de la responsabilidad civil extracontractual (*supra*, nº 2), el hecho de que el Derecho autonómico carezca de una disciplina de la institución concernida, no justifica, en modo alguno, tener que renunciar a la “respuesta más limpia y más respetuosa con el sistema” (S. Álvarez González, *loc. cit.*, p. 5) que pueda darse al problema, la cual, en el caso que nos ocupa, entrañaría una combinación de la regulación de la fianza del Cc y de las disposiciones sobre prescripción del CCCat. En segundo lugar, aun admitiendo que la reclamación de la actora surge de un contrato mercantil, prácticamente todo el mundo –con el TS a la cabeza; *vide*, si no, sus Sentencias (Sala de lo Civil), nº 69/1987, de 16 de febrero de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:1038 y ECLI:ES:TS:1987:9413)– admite que, no habiendo en la CE ningún título competencial que vete la aplicación supletoria de leyes civiles autonómicas a supuestos de Derecho mercantil, “la remisión [de éste] al Derecho

común, o a la legislación civil, se entiende efectuada a la plurilegislación civil” [A. Font i Segura/C. Oró Martínez, “Cuestiones de Derecho internacional privado y de Derecho interregional”, en J. Valle Zayas *et al.* (dir.), *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2012, p. 439], salvo que el legislador estatal haya dictado una normativa especial en ejercicio de su competencia exclusiva en materia mercantil –como tuvimos oportunidad de comprobar (*supra*, nº 2) en las reclamaciones directas contra aseguradoras resueltas por el TS en 2013–, en cuyo caso será ella la que resulte aplicada. Para lo que aquí interesa, lo antedicho nos lleva a la conclusión de que, por más que el supuesto estudiado hubiera sido indiscutiblemente de carácter mercantil, nada se hubiera opuesto a que –como destaca acertadamente la sentencia– la regulación de la prescripción hubiera recaído en las reglas del CCCat, toda vez que el art. 943 CCo apela para este cometido al Derecho común, que en Cataluña, por mandato del art. 111-4 CCCat, sólo puede ser la legislación catalana [al respecto, *vide* F. Badosa Coll, “Article 111-4”, en A. Lamarca i Marquès/A. Vaquer Aloy (ed.), *Comentari al Llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 154-169]. Esta mezcla de normas estatales y autonómicas, mercantiles y civiles, que es coherente y se ajusta a la distribución de competencias establecida en la CE, no supondría, por otro lado, innovación revolucionaria alguna, porque ya contamos con precedentes en este sentido, como, por ejemplo, el que representa la SAP Barcelona (sec. 1ª) nº 439/2011, de 11 de octubre (ECLI:ES:APB:2011:10138), la cual, en un caso semejante al nuestro –una disputa acerca de la prescripción de varias pretensiones provenientes de un contrato entre empresas relativo a la instalación y el mantenimiento de alarmas de seguridad–, observó los plazos de la ley catalana pese a que el contrato se regía por el Derecho estatal. Menos concluyente –ya que no se pronuncia sobre el tema– pero mucho más reveladora –por la cuestión abordada– es la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) nº 57/2013, de 10 de octubre [ECLI:ES:TSJCAT:2013:11580], que, confrontada a una compraventa mercantil, no hace oídos sordos al ejercicio de –¡nada menos!– la acción de rescisión por lesión, que no acaba prosperando, pero no debido a la naturaleza mercantil de la transacción jurídica, sino a la falta de algunos de los requisitos objetivos que la institución exige.

6. Una vez negada la concurrencia de un elemento de interregionalidad y devenida inexorable la aplicación del Derecho catalán, la AP Barcelona podía haber concluido su examen del supuesto, mas, con un encomiable afán didáctico, la Audiencia se pregunta, “*a efectes dialèctics*”, que hubiera sucedido si la situación controvertida hubiera sido realmente intercomunitaria. Para darse una respuesta, la Sala dedica un notable esfuerzo a descubrir el régimen conflictual del contrato litigioso, sin llegar a plantearse, con todo, la incidencia del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Reglamento “Roma I” (RRI), pues limita su búsqueda a las disposiciones del Título Preliminar Cc. Nosotros, por el contrario, no podemos eludir este extremo, de capital importancia, porque la sujeción –o no– de los conflictos internos en materia de obligaciones contractuales al RRI se inscribe en un debate de mayores dimensiones cual es la de la eventual aplicación de instrumentos internacionales a los litigios dimanantes del tráfico interregional. Desde que, hace más de dos décadas y con relación a la reglamentación de fuente convencional, la idea fuera lanzada a la arena académica por reputados especialistas [*vide*, S. Sánchez Lorenzo, “La aplicación de los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española”, *REDI*, XLV (1993-1), pp. 131-148; A. Borrás, “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, *Recueil des Cours*, t. 49 (1994-V), pp. 172-173], la controversia no sólo no ha cesado en ningún instante, sino que después de la “comunitarización” del DIPr europeo ha ganado en intensidad –y trascendencia–. El resultado que arrojan estos años de discusión científica es un empate entre las opciones en liza, porque, frente a quienes avalan una “interpretación dinámica” del art. 16.1 Cc, que permita utilizar en el tráfico interno las mismas normas de colisión –aunque sean de origen convencional o institucional– que se observan en las situaciones internacionales [en los últimos tiempos, A. Borrás, “El Derecho interregional: realidades y perspectivas”, en C.E. Florensa i Tomàs (dir.) y J. M. Fontanellas Morell (coord.), *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 556; y L. Garau Juaneda, “La necesaria depuración del Derecho interregional español”, A. Font

i Segura (ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 98-99], encontramos a los que ponen reparos a una proyección sistemática de los instrumentos europeos a los conflictos interregionales (S. Álvarez González, “Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y Derecho interregional”, en *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, pp. 152-153) o a los que directamente se oponen a la misma sobre la base de que los tratados comunitarios –antes, el TCE (art. 65); actualmente, el TFUE (art. 81)– no atribuyen competencia a la Unión Europea sino para intervenir en asuntos civiles “con repercusión transfronteriza”, por lo que los litigios meramente internos han de situarse fuera de su campo de actuación [A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, pp. 214-215; con posterioridad, “Incidència del Dret Internacional Privat de la UE en l’aplicació del Dret català”, en A. Font i Segura (ed.), *op. cit.*, pp. 122-123]. Estando así las cosas, la polémica parece haberse reavivado a raíz de la reforma de varios apartados del art. 9 Cc operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que, en lo que aquí interesa, ha supuesto la incorporación por referencia en el Título Preliminar Cc del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, tocante a la filiación, la responsabilidad parental y la protección de menores, y del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, relativo a las obligaciones alimenticias. La introducción de las referidas remisiones fuerza a preguntarse sobre la trascendencia de las mismas con respecto a nuestro sistema de Derecho interregional. De entrada, tres respuestas son concebibles: primera, creer que nada ha cambiado en el régimen de los conflictos internos, pues los cambios únicamente han repercutido –formal que no sustancialmente– en la regulación de ciertos sectores del tráfico internacional; segunda, dar por sentado que, en los ámbitos a los que ha afectado el retoque normativo, los convenios mencionados se aplican igualmente a los conflictos internos, pero que, en los terrenos donde el legislador nada ha indicado al respecto, todo sigue como antes; tercera, juzgar que, pese a no proclamarse abiertamente, la reforma de 2015 revela la voluntad de dejar todos los litigios derivados de las relaciones domésticas en manos de las normas de DIPr vigente, lo que implicaría un aval a la tesis partidaria de una “interpretación dinámica” del sistema de Derecho interregional que, de esta manera, quedaría poco menos que consagrada. De las opciones formuladas, consideramos que la primera, la de defender el anterior *statu quo*, es claramente descartable, ya que, por más que uno tenga la impresión de que, en la *mens legislatoris*, la problemática interna no ha estado –suficientemente o en absoluto– presente a la hora de acometer la reforma [así lo entiende A. Font i Segura, “Derecho interregional, ¿quo vadis legislator?”, comunicación inédita presentada a las XXVII Jornadas de la AEPDIRI, Bilbao 2017 (consultada gracias a la gentileza del autor, al que expreso públicamente mi agradecimiento), párrafo 6°; con ocasión de la publicación en 2014 del Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, el profesor Font ya había insinuado una valoración parecida, “La potencia normativa del art. 2 de la Ley 5/2011, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunitat Valenciana”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, p. 1201], debe recordarse que el art. 16.1° Cc exige la sumisión de los conflictos internos a las reglas del Capítulo IV del Título Preliminar y que tras las enmiendas llevadas a cabo en 2015 el tenor actual del art. 9 incluye los convenios antes reseñados. No aplicarlos significaría desatender la letra de la ley, cosa que solamente cabría plantearse si hubiera un abrumador elenco de elementos interpretativos en este sentido –que no concurre porque, como ya se ha puesto de relieve, el tema siempre ha sido muy controvertido–. Por otra parte, hacer como si los remozados apartados del art. 9 Cc no fueran con el Derecho interregional nos dejaría huérfanos de normativa alguna para la resolución de los conflictos internos en las materias afectadas. No parece tampoco aceptable la tercera de las alternativas sugeridas, puesto que, de una actuación del legislador tan concreta y limitada *ratione materiae* –sin visos aparentes de tener la continuidad sopesada por M.E. Zabalo Escudero (“Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias”, *Bitácora Millennium DIPr*, n° 3, 2016, p. 15)–, no puede desprenderse una lectura extensiva de la misma que permita mantener de manera convincente la existencia de un propósito renovador general dirigido a acomodar todo el régimen conflictual autónomo al de origen supraestatal. La conocida máxima *ubi lex voluit dicit, ubi necuit tacuit* viene, en este punto, como anillo al dedo, habida cuenta de que, respecto del Derecho interregional, el único dato indiscutible de la Ley 26/2015 es que ésta representa una modificación

parcial del sistema (M. E. Zabalo Escudero, *loc. cit.*, p. 17), mediante la cual el legislador ha dicho lo que ha dicho y solamente lo que ha dicho; de ahí que, en relación con las materias sobre las que no se ha pronunciado quepa inferir forzosamente que no ha querido alterar la situación vigente. Desestimadas la otras dos exégesis posibles, resta sólo en pie la explicación –*a contrario sensu* (M. E. Zabalo Escudero (*loc. cit.*, p. 16)– que distingue entre las cuestiones afectadas por la reforma del art. 9 de julio de 2015 – contenido de la filiación, responsabilidad parental, protección de menores, alimentos–, para la regulación doméstica de las cuales se ha dado entrada a los convenios internacionales, y todas las demás, que habiendo quedado al margen de la Ley 26/2015, se continúan gobernando por las soluciones conflictuales estatales. Para lo que ahora importa, el anterior razonamiento nos lleva a concluir que la fijación del Derecho aplicable a litigios contractuales derivados de relaciones de tráfico interno, como el aquí estudiado, aún depende de la normativa recogida en el Título Preliminar, en especial, en el art. 10.5.1 Cc, que, en su ámbito de aplicación, incluye la prescripción liberatoria (M. Virgós Soriano, “Obligaciones contractuales”, en J. D. González Campos *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 4ª ed., Madrid, CESSJ Ramón Carande, 1991, p. 251).

7. Si la ley aplicable al contrato controvertido hay que determinarla a partir del art. 10.5.1 Cc, procede revisar brevemente el precepto, que, como es sabido, está integrado por cuatro soluciones articuladas subsidiariamente, de modo que “[s]ólo cuando una conexión no puede operar se pasa a la siguiente” (M. Virgós Soriano, *loc. cit.*, p. 222). Pese a que, sobre la base del párrafo tercero de la condición general decimonovena del contrato (“*El presente Contrato es de naturaleza mercantil, y se regirá por sus propias cláusulas y por lo en ellas no dispuesto, por el Código de Comercio, usos mercantiles y en su defecto por el Código Civil*”), la apelante sostenía la concurrencia de la primera de las circunstancias conexas establecidas por el precepto –una voluntad expresa de las partes de someterse al Derecho estatal–, la AP, con una precisión terminológica nada habitual, concluye que “*les parts del contracte no van fer ús de l'autonomia de la voluntat conflictual ... sinó del que la doctrina de dret internacional privat (i interregional) anomena autonomia de la voluntat material o incorporació per referència*”, esto es, “*la incorporació al contracte de materials, disposicions o lleis concretes, l'eficàcia de la [qual] s'ha de determinar conformement a la llei aplicable al contracte*”. Habiendo actuado impecablemente hasta aquí, la Audiencia sorprende luego al no continuar haciendo un análisis escalonado del art. 10.5.1 Cc, para, en ausencia de una voluntad expresada por las partes, explorar la posibilidad de implementar la segunda de las soluciones previstas en el artículo, la que recurre a la ley nacional común de los contratantes, la cual, de acuerdo con el art. 16.1.1ª Cc, ha de ser sustituida en los conflictos internos por la normativa correspondiente a la vecindad civil compartida. Ahora bien, como quiera que, en nuestro pleito, uno de los contendientes era una entidad mercantil, antes de entrar en consideraciones de otro tipo, debía definirse el criterio con arreglo al cual identificar la vecindad civil de las personas jurídicas. Es ésta una cuestión a la que la doctrina apenas ha prestado atención, debido, seguramente, a su poca trascendencia práctica, pero que, para un correcto desenlace del caso, hubiera precisado de una respuesta, que, para nosotros, no puede ser más que la de mantener que la condición regional de las personas morales viene impuesta por su domicilio. Es cierto que esta apreciación, consagrada por la ley 15 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (“[l]a condición foral navarra de las personas jurídicas se determinará por su domicilio”) y sustentada por la mayoría de civilistas [L. Puig Ferriol, en J. Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. I, 2ª parte, Barcelona, Bosch, 1979, pp. 687-688; J. Caffarena Laporta, “Art. 41”, en C. Paz-Ares Rodríguez *et al.* (dirs.), *Comentario Cc*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 255; M. Albaladejo, “Introducción y Parte General”, en *Derecho Civil*, t. I, 19ª ed., revisada por S. Díaz Alabart, Madrid, Edisofer, 2013, p. 285], convive con otras que estiman que la vecindad de asociaciones y fundaciones es la correspondiente al territorio donde las mismas ejercen principalmente sus funciones [A. Vaquer Aloy, “Algunas consideraciones sobre la vecindad civil de las personas jurídicas”, *RDP*, 1996 (septiembre), pp. 615-634] o que, análogamente a lo que dictamina el art. 28 Cc para la nacionalidad, la vecindad civil depende de la legislación –autonómica– según la cual la persona jurídica se ha constituido siempre que, al mismo tiempo, haya fijado su domicilio en la Comunidad concernida (M. del C. Gete-Alonso y Calera, “La persona jurídica. Las asociaciones”, en M. del C. Gete-Alonso y Calera *et al.*, *Derecho de la persona vigente en Cataluña*, 3ª ed., Valencia, Tirant

lo Blanch, 2011, p. 266), pero estas fórmulas están primordialmente –cuando no exclusivamente– pensadas para las personas jurídicas de Derecho civil, cuya creación está en manos de normativas territoriales, y se adaptan mal –o son incapaces de hacerlo– a las sociedades mercantiles, nacidas al amparo de una regulación estatal. Para lo que aquí nos incumbe, la entidad demandante, conforme a la información por ella misma aportada en el recurso de apelación –y que figuraba en el apartado sexto de la condición general vigesimoprimer del contrato–, estaba domiciliada en Madrid –poseyendo, por tanto, la vecindad común– mientras que –todo da a entender que– el demandado era de condición civil catalana, por lo que, al no compartir las partes el estatus regional, la segunda de las conexiones contempladas en el art. 10.5.1 Cc devenía inoperativa. Tampoco la tercera, la residencia habitual común de los contratantes, corría mejor suerte, puesto que, a la luz Cc, para determinar la residencia de una persona moral ha de tenerse en cuenta el lugar en el que radique el “centro efectivo de sus actividades”, el cual “[n]ormalmente coincidirá con el lugar donde la persona jurídica tenga su administración central o, si se trata de actividades comerciales, su establecimiento principal” (vide M. Virgós Soriano, *loc. cit.*, p. 223; cuyo criterio es, en esencia, equivalente al fijado por el art. 19.1.1 RRI), lo que de nuevo impedía una convergencia de las circunstancias personales de las partes. A la vista de todo lo anterior, para acabar de concretar la ley aplicable al caso solamente quedaba el recurso a la solución de cierre del precepto, la de observar la legislación del lugar de celebración del contrato, la cual, dado que éste se había concluido en Barcelona (“[e]l contracte, tot i que no ho indica, es va signar a Barcelona, segons al·lega el [demandat] en la contestació de la demanda i no nega en cap moment la demandant”), era la catalana.

8. Llegados a este punto, el único paso que resta para precisar la regulación material aplicable es el de acudir al Código catalán y comprobar cuál es el plazo de prescripción previsto para las pretensiones dimanantes de un contrato como el analizado. Si tenemos presente que, como se ha dicho antes (*supra*, nº 5), la figura objeto de controversia era una fianza, cuya función accesorio de garantía de una obligación principal es innegable, la invocación del art. 121-8.2 CCCat es del todo pertinente. Según esta disposición, “la pretensió contra el fiador prescriuria al mateix temps que la pretensió contra el deutor” [E. Arroyo i Amayuelas, “Article 121-8”, en A. Lamarca i Marquès/A. Vaquer Aloy (ed.), *op. cit.*, p. 417], lo que, en otras palabras, significa que el plazo de prescripción de la obligación accesorio –la del fiador–, aquí discutido, tenía que ser el mismo que el de la obligación principal –el pago por parte del arrendatario de las cuotas del *renting*–. Ahora bien, como se ha puntualizado más arriba (*supra*, nº 5), el que estemos ante un contrato mercantil –la ordenación del cual compete exclusivamente al Estado– no obsta para que la prescripción de las pretensiones derivadas del mismo se rija por el Derecho civil catalán; de ahí que el plazo de tres años que estipula el art. 121-21.a CCCat para las pretensiones relativas a pagos periódicos que tengan que hacerse por años o plazos más breves se proyecte, *ex* 121-8.2, a las pretensiones referentes a los contratos que les sirven de garantía, como la que nos ocupa, la cual, por consiguiente, ya estaba prescrita el día de la presentación de la demanda, tal como, de manera más directa y menos elaborada, sentencia la Audiencia.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosexta, Sentencia nº 401/2016 de 23 diciembre.
Ponente: Marta Rallo Ayezuren. CENDOJ Roj: SAP B 12583/2016

Fianza. Prescripción. Legislación mercantil.

Normas aplicadas: Art. 149.1.8 CE; arts. 10.5º, 13 y 16 Cc; arts. 111–3, 121–3 y 121–21 CCCat; art. 943 Ccom.

[...]

3. Les normes de conflicte

Per raons sistemàtiques, començarem per examinar la segona de les al·legacions de l’apel·lant. Segons Finanzia, atesa l’existència d’un conflicte de lleis interregional, calia aplicar les normes de conflicte de l’article 10.5º Cc, per disposició dels articles 149.8 CE, 13 i 16 CC . Sosté que havia d’operar

el primer dels criteris de l' article 10.5° Cc: la llei aplicable al contracte és aquella a la qual les parts s'han sotmès expressament, en aquest cas, segons la recurrent, el Codi de comerç i el CC.

Si ens trobéssim davant d'un cas amb elements heterogenis, és a dir, vinculat amb diversos ordenaments jurídics (Dret civil català i Dret del Cc espanyol), la primera tasca del tribunal hauria de ser, efectivament, la de determinar la llei aplicable d'acord amb les normes de conflicte.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) ha recordat la necessitat de determinar primer si la legislació civil de Catalunya és la que realment s'ha d'aplicar al cas, quan hi ha elements heterogenis (SSTSJC de 7 d'octubre de 1991, 29 de maig de 1991 i 24 de juliol de 1995). Per la mateixa raó, les SSTSJC de 26 de maig de 2011 i de 12 de setembre 2011 exposen que no cal acudir a les normes de conflicte del Cc en una situació homogènia, és a dir, quan no es detecta cap element interregional.

4. El contracte d'arrendament subscrit entre les parts no permet apreciar una situació interregional:

– El domicili de l'arrendador, de l'arrendatària i del fiador són, segons el contracte, a Catalunya (Barcelona, Vilanova del Vallès i Montornès del Vallès, respectivament).

Pel que fa, específicament, a l'arrendador, Finanzia, el contracte fa constar que té el domicili a Barcelona, Gran

Via de les Corts Catalanes, 129–131. Segons la documentació aportada més tard al judici i, en concret, el poder de plets, Finanzia té el domicili a Madrid (carrer Maria de Molina, 54), però aquesta dada és nova i no apareixia en el contracte d'arrendament en examen, signat per les parts i redactat per la mateixa Finanzia.

El recurs d'apel·lació al·lega –no es va dir en la primera instància– que el contracte indica com a domicili de Finanzia el carrer Julián Camarillo, 4, de Madrid. Una lectura extremadament atenta dels sis fulls de condicions generals, permet descobrir aquest domicili –sobre tot, si es busca– en l'apartat VI de la condició general vigésima primera, relativa al tractament de dades personals. No considerem que, davant la part adherent, el domicili a tenir en compte sigui aquest, sinó el que s'expressa amb claredat en la primera línia del contracte, com a dada d'identificació de Finanzia, és a dir, el domicili de Gran Via, 129–131, de Barcelona. En tot cas, la contradicció flagrant sobre aquesta dada, imputable a Finanzia, com a redactora de les condicions generals del contracte, no podria afavorir-la.

– El contracte, tot i que no ho indica, es va signar a Barcelona, segons al·lega el Sr. Dimas en la contestació de la demanda i no nega en cap moment la demandant. El vehicle arrendat havia d'entregar-se i es va entregar a Catalunya.

Per tant, el cas examinat és estrictament intern o domèstic. No s'ha d'acudir a les normes sobre conflicte de lleis, sinó que cal aplicar el Dret civil català (article 111–3.1 CCCat.: “El dret civil de Catalunya té eficàcia territorial, sens perjudici de les excepcions que es puguin establir en cada matèria i de les situacions que s'hagin de regir per l'estatut personal o altres normes d'extraterritorialitat”).

5. Si, a efectes dialèctics, s'admetés que es tracta d'una relació interregional, com sosté la part demandant apel·lant, la norma de conflicte aplicable al cas seria l' article 10.5.I Cc: “Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato”.

El primer criteri de l' article 10.5 Cc remet a la llei a la qual les parts s'han sotmès expressament, sempre que tingui alguna connexió amb el negoci que es tracti. Finanzia, en l'apel·lació, invoca que existeix aquesta submissió expressa en la condició general dinovena del contracte, la qual, després d'establir (paràgraf segon) la submissió als tribunals de Barcelona, diu (paràgraf tercer): “El presente Contrato es de naturaleza mercantil, y se regirá por sus propias cláusulas y por [sic] lo en ellas no dispuesto, por el Código de Comercio, usos mercantiles y en su defecto por el Código Civil”.

Però, en el cas en examen, les parts del contracte no van fer ús de l'autonomia de la voluntat conflictual (submissió a la llei espanyola, la llei catalana, etc.), sinó del que la doctrina de dret internacional privat (i interregional) anomena autonomia de la voluntat material o incorporació per referència.

No es tracta de l'elecció d'un ordenament jurídic, sinó de la incorporació al contracte de materials, disposicions o lleis concretes. L'eficàcia de la incorporació s'ha de determinar conformement a la llei aplicable al contracte.

Si –de nou, només hipotèticament– es considerés que va haver-hi submissió a la llei espanyola, el caràcter domèstic de tots els elements del contracte privaria del punt de connexió exigít en l' article 10.5 CC . Com s'ha dit, el domicili de la societat arrendadora, segons el contracte que ella mateixa va redactar, es trobava a Barcelona. La legislació aplicable seria la catalana, llei comú de les parts i llei del lloc de subscripció i d'execució del contracte.

6. Sobre el caràcter mercantil de l'obligació reclamada i la legislació mercantil com a competència exclusiva de l'Estat

En relació amb l'al·legació del caràcter mercantil de l'obligació reclamada, no podem sinó compartir la valoració i la conclusió del Jutjat. Ja abans de l'aplicabilitat del CCCat., per raons temporals, als casos examinats, aquesta Secció va entendre que el dret comú al qual remetia l' article 943 del Codi de comerç (“ la prescripción de las acciones que en virtud del código de comercio no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio, se regirán por las disposiciones de derecho común “) era, a Catalunya, la norma civil catalana (Sentències 20 de novembre de 2009 o 17 d'octubre de 2002).

Actualment, l'article 111–4 CCCat estableix que les disposicions d'aquest Codi constitueixen el dret comú a Catalunya i s'apliquen supletòriament a les altres lleis. És el dret comú al qual remet l'article 943 del Codi de comerç.

Tant si el contracte de renting entre les parts es considera mercantil com si no, és aplicable el termini de prescripció trienal de l'article 121–21 CCCat, com ha entès el Sr. magistrat. L'article 121–3 CCCat. estableix que les normes sobre prescripció són de naturalesa imperativa. Només s'admeten pactes d'abreujament o d'allargament dels terminis de prescripció –dins d'uns límits–, que no es van convenir en el cas examinat.

Establert, per les raons exposades, que la llei aplicable al cas és la catalana, la proclamació d'imperativitat del règim legal de la prescripció impedeix subjectar el contracte a les normes de prescripció d'un altre ordenament jurídic.

**DOCTRINA DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS
Y DEL NOTARIADO**

Comentarios de

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO y Fernando ESTEBAN DE LA ROSA

DOCUMENTO PÚBLICO EXTRANJERO

2017/DGRN/1.– Resolución DGRN de 14 septiembre 2016 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Mazarrón, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca. BOE 5.10.2016.

Poder otorgado en el extranjero

Normas aplicadas: Arts. 1 y 4 Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; arts. 10.1º, 11.1, 12.1º, 1216, 1256, 1259 y 1280 Cc; arts. 1, 3, 4 y 9 LH; 98 Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad; art. 57 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; 156 RN; 36 y 37 RH.

1. La única cuestión que presenta el recurso se refiere al alcance de la calificación registral de un poder otorgado en el extranjero, ante notario de Liverpool, que el notario juzgó suficiente para el concreto otorgamiento, realizando al respecto el juicio establecido en el art. 98 Ley 24/2001.

La notaria extiende una diligencia en la que manifiesta lo siguiente: “Yo, la notario, como informe notarial a los efectos de lo dispuesto en el art. 36 RH, hago constar que la parte poderdante tiene la aptitud y la capacidad legal necesaria conforme a la legislación de su país de origen para otorgar dicho poder, y, además que se han observado las formas y solemnidades exigidas por dicha legislación para el otorgamiento del mismo; por lo que juzgo a la apoderada, bajo mi responsabilidad, con facultades representativas suficientes para el otorgamiento de la presente escritura de compraventa”. Aporta certificado notarial expedido por el notario de Liverpool, don Victor Bernard Welsh, de fecha 7 noviembre 2015.

Se cuestiona en la calificación el poder conferido ante un notario de Liverpool (leyes de Inglaterra y Gales) que se presenta bajo un denominado *Notarial Certificate*; concretamente, se dice en la última nota de calificación “... se ignora su alcance y contenido, unido a un documento por el que doña M. N. M. concede poder a favor de su madre doña M. R. M. S. Además de ignorarse el alcance y contenido de dicho certificado notarial como anteriormente se dijo, tampoco se acredita por medio de un informe de un notario o cónsul español o diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que es aplicable, que el citado certificado notarial sea un poder a todos los efectos...”.

2. En cuanto a la ley aplicable a la representación no resulta aplicable a este supuesto el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en cuanto (art. 1.2º.g) que excluye de su ámbito de aplicación (además de los supuestos de representación orgánica), la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, por lo que estará asimismo excluida su representación documental.

Conforme al art. 10.11º Cc español “...a la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, (se aplicará) la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas”. Por lo tanto, tratándose de una representación voluntaria sobre la que no se ha pactado otra cosa –siempre con sometimiento a un test de realidad– y que se va a ejercitar en España, la Ley que regula el poder de representación es la Ley española. En consecuencia, la segunda cuestión expuesta cae por su propio peso por lo que no es necesario analizar la prueba del Derecho extranjero.

3. Procede examinar la valoración formal del documento con arreglo a la legislación española, teniendo en cuenta, que el Derecho español exige, en ciertos casos (como en el supuesto del art. 1280.5º Cc), que conste en documento público el poder que “...tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero” (cf. art. 3 LH).

La aplicación de los reglamentos en sede de Justicia Civil de la Unión Europea y la Ley 29/2015, de 30 de julio, de la cooperación jurídica internacional en materia civil, permiten la utilización de manera habitual de apoderamientos otorgados ante notario extranjero y por tanto, la circulación en España de documentos formalizados ante notario extranjero es indiscutible con sometimiento a los parámetros que establece la ley en el caso concreto (*vid.* arts. 11 y 12 y disposición final segunda de la Ley 15/2015, arts. 58 a 61 de la Ley 29/2015, 4 LH y 36 RH).

El punto esencial en la resolución del recurso se refiere a la aceptación en España de una determinada forma y no de la relación jurídica que subyace a la misma, que no se discute en cuanto regida, como se ha indicado, por el Derecho español.

Conforme a la ley seleccionada (art. 11.2º Cc) ha de decidirse si el documento público de apoderamiento otorgado en Inglaterra conforme a sus leyes produce en España el efecto de tipicidad que permita subsumir éste en la categoría documento público requerido conforme al Derecho español para la representación en la compra del inmueble.

4. Como ya señalara este Centro Directivo en Resolución de 23 febrero 2015, la utilización de apoderamientos otorgados fuera de España es constante en la práctica notarial habida cuenta de la internacionalización de las relaciones económicas. Puede considerarse por tanto habitual y en ningún caso excepcional.

La presentación al notario de un poder otorgado fuera de España exige, al igual que ocurre con poderes otorgados en España, un análisis jurídico que conllevará conforme a los arts. 10.1º y 11.1º Cc, de una parte, la remisión respecto de la suficiencia del poder, a la ley española a la que se somete el ejercicio de las facultades otorgadas por el representado, de no mediar sometimiento expreso, y de otra, art. 11.1º Cc al análisis de la equivalencia de la forma en España, forma que habrá de regirse por la ley del país en que se otorguen. Ello implica que, analizado el valor del documento en el país de origen, tanto desde la perspectiva material como formal, pueda concluir su equivalencia o aproximación sustancial de efectos, en relación con un apoderamiento para el mismo acto otorgado en España.

Esta Dirección General ha señalado en numerosas ocasiones cómo nuestro ordenamiento, en aplicación del principio de legalidad establece una rigurosa selección de los títulos inscribibles que han de ser sometidos a la calificación del registrador, exigiendo que se trate de documentos públicos o auténticos (arts. 3 LH y 33 y 34 de su Reglamento). Igualmente tiene establecida una dilatada doctrina relativa a la idoneidad de los documentos otorgados en el extranjero para producir una modificación del contenido del Registro español. Dicha doctrina, expresada ya en la Resolución de 11 junio 1999 y confirmada por muchas otras posteriores (*vid.* “Vistos”), pone de manifiesto cómo, con independencia de la validez formal del documento de acuerdo a las normas de conflicto aplicables (art. 11 Cc), y de su traducción y legalización (arts. 36 y 37 RH), es preciso que el documento supere un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro. Esta doctrina se fundamenta en que, como exige el art. 4 LH, “también se inscribirán los títulos otorgados en país extranjero que tengan fuerza en España”; lo que exige determinar cuándo concurre dicha circunstancia. Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga (*vid.* en el mismo sentido el art. 323 LEC o el art. 2.c del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012 –Bruselas I refundido–).

Este juicio de equivalencia debe hacerse en función del ordenamiento extranjero aplicable por corresponderle determinar el alcance y eficacia de la actuación del autorizante lo que a su vez impone que dicha circunstancia sea debidamente acreditada, fuera del supuesto en que el registrador no lo considere preciso (art. 36 RH).

Como ha dicho este Centro Directivo (*cf.* Resolución 11 mayo 2016), con carácter general, la prueba del Derecho no se aborda en los instrumentos europeos ni en los convenios internacionales de los que España es parte. Exclusivamente España –al igual que otros veintiséis estados miembros– forma parte del

Convenio de Europa sobre información del Derecho extranjero, de 7 junio 1968, y de la red judicial europea, establecida en la decisión 568/2009/CE que modifica la decisión 2001/470/CE (en la que resulta especialmente relevante su art. 3.2°).

La prueba del Derecho extranjero, ha sido objeto de nueva regulación en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en vigor desde el 20 agosto 2015).

Debe tenerse en cuenta que el régimen de la prueba del Derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda regulado en el art. 33 de dicha Ley, que no modifica ni afecta las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al art. 36 RH.

La publicación de esta ley, sin embargo, si fundamenta la cooperación de autoridades extrajudiciales conforme al principio general basado en la cooperación y flexibilidad (art. 3), lo que impide rechazar la prueba *ad nutum*.

Conviene destacar, que los arts. 34 a 36 de dicha Ley, que establecen el régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del Derecho extranjero, son aplicables tanto a la aplicación del Derecho extranjero por autoridades jurisdiccionales, como por notarios y registradores. No obstante, esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial, entre las que se encuentra la legislación hipotecaria (disposición adicional primera, letra f) Ley 29/2015, de 30 de julio), en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley, por lo que se deberá acudir preferentemente a los medios de acreditación del Derecho extranjero previstos en el art. 36 RH.

En base a este planteamiento sigue siendo aplicable la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la prueba del Derecho extranjero. En este sentido (*vid.* Resoluciones de 15 julio 2011, 2 de marzo y 14 noviembre 2012 y 20 julio 2015), la calificación sobre la aplicación del Derecho extranjero queda sometida necesariamente a su acreditación ante el registrador ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (*cf.* art. 281.2° LEC), también lo ha de ser en el notarial y registral (*vid.*, entre otras, las Resoluciones de 17 enero 1955, 14 julio 1965, 27 abril 1999, 1 marzo 2005 y 20 enero 2011). Es cierto, no obstante, que este Centro Directivo ya ha señalado en diversas ocasiones que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el art. 281 LEC y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial.

En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el art. 36 RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Res. DGRN 1 marzo 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son “la aseveración o informe de un notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable”. El precepto señala además que “por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles”. La enumeración expuesta no contiene un “*numerus clausus*” de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse “entre otros medios”, por los enumerados.

Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el art. 281.2° LEC, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia (*vid.*, entre otras, las SSTs 11 mayo 1989, 7 septiembre 1990 y 25 enero 1999, y la Resolución de 20 enero 2011). Es decir, no basta la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país. Asimismo, esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que

desarrollan funciones no jurisdiccionales (*cf.* arts. 281 LEC, 168.4° RN y 36.2° RH), pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (*vid.*, entre otras, las Resoluciones de 14 diciembre 1981 y 5 de febrero y 1 marzo 2005). La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquel no sea invocado por las partes. En consecuencia, como señaló la Resolución de 20 enero 2011, el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdo a los imperativos expuestos, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción.

En definitiva, el art. 36 RH posibilita que el Derecho extranjero pueda ser acreditado, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario, habiendo manifestado esta Dirección General (*cf.* Resolución 20 julio 2015) que si el registrador entendiese, que del informe emitido por el notario no se dedujera la conclusión pretendida en cuanto al sentido, alcance e interpretación de las normas extranjeras, deba el registrador al calificar expresar y motivar las concretas razones de su rechazo, sin que, por tanto, sea suficiente una referencia genérica de falta de prueba del Derecho extranjero.

5. Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, constituyen un requisito para que el documento autorizado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional y, concretamente, para que pueda acceder a los libros del Registro por exigirlo expresamente el art. 36 RH.

De otro modo, la falta de toda referencia a la legalización impide tener por cumplida la previsión legal pues como afirma el apartado segundo del mismo art. 98 Ley 24/2001 el instrumento público debe contener “la reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico”, siendo la legalización precisamente la circunstancia que permite tener por auténtico el documento extranjero reseñado.

6. Consecuentemente será preciso que en la reseña que el notario español realice del documento público extranjero del que resulten las facultades representativas, además de expresarse todos los requisitos imprescindibles que acrediten su equivalencia al documento público español, deberá expresarse todos aquellos requisitos que sean precisos para que el documento público extranjero pueda ser reconocido como auténtico, especialmente la constancia de la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, de acuerdo con los tratados internacionales.

Si tales indicaciones constan en la escritura, la reseña que el notario realice de los datos identificativos del documento auténtico y su juicio de suficiencia de las facultades representativas harán fe, por sí solas, de la representación acreditada. El registrador calificará en estos casos de poderes extranjeros, la eficacia formal del poder (legalización, apostilla y traducción, en su caso) y, además, que exprese el cumplimiento de los requisitos de equivalencia del poder otorgado en el extranjero (*cf.* disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y el art. 60 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil), es decir, que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen, que implica juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes y que resulta sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable (arts. 10.11° y 11 Cc), si bien el registrador, bajo su responsabilidad, puede apreciar esa equivalencia (*cf.* art. 36 RH). En el supuesto de que el registrador disintiera de la equivalencia declarada por el notario deberá motivarlo adecuadamente.

7. En el presente supuesto, el *Certificate o power of attorney*, cualquiera que sea la denominación empleada, ha quedado apostillado, acreditando que se trata de un documento público y garantizando el nombre y la cualidad del notario actuante.

La notaria manifiesta que “...a los efectos de lo dispuesto en el art. 36 RH, hago constar que la parte poderdante tiene la aptitud y la capacidad legal necesaria conforme a la legislación de su país de origen para otorgar dicho poder, y, además que se han observado las formas y solemnidades exigidas por dicha legislación para el otorgamiento del mismo; por lo que juzgo a la apoderada, bajo mi responsabilidad, con

facultades representativas suficientes para el otorgamiento de la presente escritura de compraventa”. Aporta certificado notarial expedido por el *notary public* de Liverpool, don Victor Bernard Welsh, de fecha 7 noviembre 2015, en el que identifica a la firmante del documento de autorización.

Con este juicio que emite la notaria se cumple lo dispuesto en el art. 36 RH en cuanto a la acreditación del Derecho extranjero en lo relativo a la capacidad legal del otorgante, pero no respecto de la equivalencia de funciones del funcionario público extranjero y el notario español.

En la diligencia emitida por la notaria no se contiene propiamente una declaración de equivalencia del documento notarial inglés respecto del documento público a que se refiere el art. 1280.5° Cc., en los términos que se han expresado en los anteriores fundamentos de Derecho, sino que se limita a expresar que la poderdante tiene aptitud y capacidad legal según su ley personal y que se han cumplido las formalidades del país de origen, pero no se dice ni justifica que la autoridad extranjera haya desarrollado funciones equivalentes a las del notario español en la autorización del documento notarial.

En los sistemas notariales anglosajones la equivalencia de los documentos notariales difiere notablemente. El *notary public* no emite juicio de capacidad de los comparecientes y no puede considerarse equivalente; mientras que los *notaries-at-law* o *lawyer notaries*, sí pueden considerarse equivalentes.

En el presente expediente, el *notary public* inglés se ha limitado únicamente a legitimar la firma, sin que esta legitimación de firma pueda equiparse al documento público previsto en el art. 1280.5° Cc, antes expuesto.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

NOTA

1. Se suspende la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación hipotecaria por falta de acreditación de la representación suficiente de la parte compradora, al haberse otorgado la escritura faltando copia auténtica del poder otorgado en Inglaterra, sobre la base de mera copia o testimonio, o “certificación notarial” de dicho poder, sin que conste la traducción ni la acreditación conforme al Derecho extranjero del alcance de dicho documento y de su verdadera calificación como poder de representación.

En su recurso, el notario autorizante invoca la doctrina registral que establece que registrador no puede exigir que a la solicitud de inscripción se acompañen transcripción o copia del poder de representación, y considera suficiente la mención en la escritura otorgada del juicio notarial sobre la suficiencia del poder y su conformidad a la ley que resulte aplicable según las normas de Derecho internacional privado, debiendo el registrador, en caso de discrepar sobre la interpretación del Derecho extranjero hecha por el notario, hacer constancia en su calificación de los motivos concretos de dicha discrepancia.

2. Observa la DGRN en primer término, que la representación voluntaria cuyos poderes se ejercen en España se rige por la Ley española en virtud de lo dispuesto en el art. 10.11° Cc, Ley que requiere (art. 1.280.5° Cc) un poder otorgado en documento público para determinados actos de representación como el que se trata. De ahí extrae la DGRN una extraña conclusión: la improcedencia de los argumentos relativos a la defectuosa prueba del Derecho extranjero. En efecto, la calificación del registrador no ponía en duda la aplicación de la ley española, sino la necesidad de que la equivalencia entre el documento público extranjero y el español se asiente en una prueba del Derecho extranjero que acredite no solo la condición de fedatario público de la autoridad pública autorizante, sino también el necesario juicio de identidad y capacidad de los otorgantes, amén de cumplir con las condiciones formales de legalización y traducción que habilitan la fuerza probatoria extrínseca del documento. Como señala la propia resolución comentada en su fundamento jurídico 4°: “Este juicio de equivalencia debe hacerse en función del ordenamiento extranjero aplicable por

corresponderle determinar el alcance y eficacia de la actuación del autorizante lo que a su vez impone que dicha circunstancia sea debidamente acreditada, fuera del supuesto en que el registrador no lo considere preciso (art. 36 RH)”.

3. En este mismo fundamento jurídico reitera la DGRN su doctrina acerca de la acreditación y prueba del Derecho extranjero, insistiendo en los mecanismos de asistencia judicial internacional habilitados al efecto.

4. En los fundamentos 5º y 6º insiste la DGRN que el notario no solo debe dar fe de la equivalencia del documento público extranjero sino también de su autenticidad (fuerza probatoria extrínseca), por lo que ha de haber constancia de su legalización o apostilla (salvo que resulte eximida), así como, en su caso, de su traducción. A renglón seguido, establece la doctrina sobre la calificación del registrador acerca de las manifestaciones del notario sobre estos extremos: Cabe comprender la dificultad de la labor del registrador en su calificación (y su eventual discrepancia acerca de la equivalencia), cuando no puede recabar la transcripción ni la copia del propio poder, y debe juzgar exclusivamente las menciones realizadas al respecto por el notario. En el caso concreto, la DGRN estima que el notario testimonió el carácter público del documento, su autenticidad, la capacidad del otorgante y su otorgamiento conforme a las formas previstas en la ley inglesa, pero no considera acreditada la equivalencia del documento público inglés con el español. Cabe resaltar que la falta de juicio sobre la equivalencia del documento público afecta asimismo a la propia capacidad del poderdante, dado que el juicio sobre su capacidad por el notario inglés autorizante del poder es un elemento esencial de la equivalencia. De hecho, la DGRN desestima el recurso al afirmar que “[e]n el presente expediente, el notary public inglés se ha limitado únicamente a legitimar la firma, sin que esta legitimación de firma pueda equiparse al documento público previsto en el art. 1280.5º Cc, antes expuesto”. Se afirma, en concreto, que el certificado notarial expedido por el *notary public* de Liverpool se limita a identificar a la firmante del documento de autorización. En efecto, como ocurre en el sistema español, una mera legitimación de firmas ante notario no puede tener más efecto que el de acreditar la identidad de la persona firmante, pero no constituye un documento público de otorgamiento, en este caso, otorgado ante el notario u autorizado por este.

5. Sin embargo, la DGRN realiza una apreciación de alcance muy general al respecto de la equivalencia de los documentos públicos otorgados ante un *notary public*: “En los sistemas notariales anglosajones la equivalencia de los documentos notariales difiere notablemente. El *notary public* no emite juicio de capacidad de los comparecientes y no puede considerarse equivalente; mientras que los *notaries-at-law* o *lawyer notaries*, sí pueden considerarse equivalentes”. Aunque no sea una afirmación determinante para la resolución del recurso en este caso concreto, la afirmación, válida en algunos sistemas de filiación angloamericana, sobre todo en Estados Unidos (*vid.* consulta nº 99), merece ser matizada desde la perspectiva del Derecho inglés. La falta de equivalencia podría mantenerse para los documentos realizados ante notario inglés en “forma privada” (*vid.* consulta nº 112), no equivalente, al menos con total certeza, al documento público español. Sin embargo, los *notary public* ingleses pueden otorgar poderes de representación en forma pública equivalentes al documento público español. Para corroborar esta afirmación, se ha contado con la información aseverada por la *Notaries Society* mediante informe suscrito por Andrew Johnson (vicepresidente) y Elaine Standish (secretaria de formación)..

La función notarial en Inglaterra y Gales se remonta al siglo XIII. La *Ecclesiastical Licenses Act* de 1553 creó la *Court of Faculties* y la *Faculty Office*, y la potestad de nombrar notarios se delegó por la Corona en favor del arzobispo de Canterbury. Esta fuente legal histórica de delegación de poder continúa vigente hoy en día. El *Master of the Faculties* es el regulador oficial de todos los notarios en Inglaterra y Gales en virtud de la *Legal Services Act* de 2007. Los notarios en Escocia e

Irlanda del Norte se someten a reguladores y reglas diferentes sobre su nombramiento y ejercicio práctico. A tenor de las estadísticas que ofrece la *Faculty Office* del arzobispado de Canterbury, existen aproximadamente 800 notarios en Inglaterra y Gales. Muchos de ellos ejercen la profesión por su propia cuenta. Otros lo hacen como *solicitors*, bien dentro de despachos profesionales, bien por su propia cuenta. Sin embargo, ambas profesiones (*notary/solicitor*) son completamente diferentes e independientes la una de la otra. En muchas ocasiones, en particular para la redacción de documentos a efectos domésticos del Reino Unido, los *solicitors* actúan como meros asesores, sin firmar ni fedatar el documento, cuya calificación es como un documento “privado”, sin equivalencia con el documento público español. Aproximadamente 30 notarios ejercen fundamentalmente en la City de Londres como *scrivener notaries* dentro de sociedades y firmas mercantiles de diversa envergadura.

Es esencial señalar que los actos e instrumentos públicos, al resultar intervenidos y firmados por cualquier notario público (sean *scriveners* o no), gozan de idéntica validez y fuerza según el Derecho inglés, sobre la base de una regulación común contenida en las *Notaries Practice Rules* de 2014. No hay restricción alguna acerca del número de notarios que pueden obtener dicha cualificación y el título para ejercer la profesión, ni tampoco un límite de edad que obligue al notario a jubilarse. Finalmente, no existe tampoco una escala fija de honorarios por los servicios prestados por los notarios.

El notario público es considerado como un funcionario público, nombrado por una autoridad legal y conforme a la siguiente legislación: *Eccelesiastical Licences Act 1533*, *Public Notaries Act 1801*, *Public Notaries Act 1843*, *Courts and Legal Services Act 1990* y *Legal Services Act 2007*. El juramento de lealtad que emiten los notarios al acceder a su cargo es el mismo que toma al resto de funcionarios públicos en Inglaterra y Gales. Además, los servicios prestados por los notarios públicos constituyen una profesión regulada por las secciones 12 y 13 de la *Legal Services Act* de 2007, lo que implica que únicamente los notarios debidamente cualificados y nombrados pueden ejercer dicha profesión en Inglaterra y Gales.

Conforme al Derecho inglés, un acto jurídico puede ser documentado en forma solemne, como un *deed*, o en forma simple meramente por escrito. Un *deed* resulta exigible para transferir, crear o extinguir derechos reales sobre bienes inmuebles o para establecer determinadas obligaciones, como un poder de representación. Tales actos se perfeccionan en presencia de un testigo y deben otorgarse formalmente como un *deed*, cumpliendo determinadas exigencias formales. Un mero escrito firmado por una parte puede implicar su responsabilidad ante un tribunal. Pero la firma de un *deed* impide negar la veracidad del contenido del documento para eludir la obligación resultante (regla del *estoppel*: *Halsbury's Laws of England*). En virtud de la regla 32.20 de las *Civil Procedure Rules 1998* un documento público notarial en Inglaterra y Gales tiene fuerza probatoria y un especial reconocimiento, por lo que despliega un efecto similar a la fe pública registral de los sistemas latinos. Cuando el instrumento es un *deed*, le resulta aplicable la regla normal del *estoppel* del *common law*. Por lo demás, un notario puede otorgar documentos en las formas (públicas o privadas) requeridas tanto en Inglaterra y Gales como en cualquier otro Estado, a tenor de la Regla 3.2 de *The Notaries Practice Rules* de 2014. Finalmente, la especial misión del notario se aprecia en la fórmula empleada en el acto de nombramiento: “plena fe se dará tanto en juicio como fuera de él a los actos otorgados por usted a partir de ahora” (*Chapter 2 Notarial Code of Practice 2016*). Las partes deben estar presentes físicamente ante el notario en el momento del otorgamiento del acto. El notario debe asegurarse de que las partes expresan su consentimiento informado en el otorgamiento del acto. Este deber es consustancial a la facultad notarial en términos generales. Es deber esencial del notario la verificación de la identidad de las partes, su capacidad, comprensión y voluntad de resultar obligadas. Conforma una obligación imperativa del notario, a tenor de la Regla 4.2. de las *Notaries Practice Rules* de 2014, “respetar el ordenamiento jurídico y la administración de justicia, actuar con integridad y

mantener su independencia e imparcialidad en relación con los actos notariales” (*Code of Practice, chapter 1*). En relación con los documentos formalizados en lengua extranjera, existen reglas destinadas a acreditar que las partes emiten un consentimiento informado (*Rule 12 Notaries Practice Rules* de 2014). Cuando una de las partes actúa en representación voluntaria o legal, el notario debe comprobar la validez e idoneidad de dicha representación legal o voluntaria en virtud de la cual actúa el representante, verificando su capacidad. En qué medida el juicio de identidad, capacidad o representación se hace constar en el propio documento depende en buena medida de su naturaleza. Un documento en forma pública contiene una relación completa de las circunstancias y cuestiones verificadas. En contrapartida, una mera certificación privada adjunta puede o no hacer constar dicha relación. En cualquiera de los casos, existe una presunción de que tales circunstancias han sido verificadas y el notario está facultado para probarlo mediante el registro notarial y el protocolo, pues el notario está obligado por las *Notarial Practice Rules* a mantener un registro de tales circunstancias, incluyendo una copia de la identificación presentada, la prueba de la dirección de los comparecientes, su capacidad, etc. Si las partes comparecen en virtud de un poder de representación, deben aportar el poder original y el notario puede llevar a cabo las averiguaciones que estime oportunas a tanor de la naturaleza del poder, con el fin de asegurar de que los poderes son eficaces y no han sido revocados, rescindidos o anulados.

El documento notarial debe hacer mención expresa de los poderes de representación y de la condición y capacidad con que actúa el compareciente. Toda certificación y documento notarial debe contener la firma notarial registrada, detalles sobre el lugar de establecimiento del notario (en forma de sello oficial) y una declaración sobre su autoridad para actuar como notario, y sellarse con el sello profesional del notario. El *Master of the Faculties*, como regulador notarial, lleva un registro de la firma y sello de cada notario, al igual que la *Foreign of Commonwealth Office*, a los fines de emitir la apostilla de conformidad con el Convenio de La Haya de 1961. La firma y sello suelen estamparse en la página final o “ejecutiva” del documento, aunque puede depender de las exigencias del Estado de destino y el tipo de documento. El notario debe comprobar cuáles son las exigencias a este respecto en la jurisdicción de destino y firmar y sellar el documento de forma apropiada para que produzca efectos en dicho Estado.

En consecuencia, aunque la intervención de un notario no implica necesariamente que se trate de un documento en forma “pública”, los documentos autorizados “en forma pública” en el ejercicio de la función notarial en Inglaterra o Gales, firmados y sellados por el notario, que contengan una referencia al juicio de identidad, capacidad de las partes y, en su caso, suficiencia de poderes, resultan equivalentes a los documentos públicos españoles en cuanto a los efectos de la fe pública registral. Conviene indicar que los notarios tienen competencia para adecuar sus actas a los requerimientos del país de destino. Por esta razón, cuando el documento público está destinado a producir efectos en España u otro sistema del Notariado Latino, los notarios en Inglaterra y Gales suelen otorgar un documento en forma pública perfectamente equivalente al documento público en España.

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

2017/DGRN/2.– Resolución DGRN de 5 enero 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del regis-trador de la propiedad de San Sebastián de los Reyes nº 2, por la que se deniega la cancelación de una hipoteca. BOE 25.1.2017

Poder otorgado en el extranjero. Sociedad extranjera. Titular registral.

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada

Normas aplicadas: Arts. 18 y 20 Ccom; arts. 9, 11, 12 y 1216 Cc; arts. 281 y 323 LEC; arts. 3 y 4 LH; arts. 33, 34, 36 y 37 RH; arts. 5 y 80 RRM; art. 1.2º Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); arts. 2.c) Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

1. Se debate en este recurso la inscripción de una escritura de cancelación de una hipoteca constituida a favor de una sociedad luxemburguesa que interviene representada en virtud de un poder otorgado ante un notario español.

En la reseña de las facultades representativas y emisión del juicio de suficiencia, el notario manifiesta que: “Hace uso para este acto de poder, –que asevera vigente–, conferido a su favor mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid, don Luis Jorquera García, el día 15 abril 2016, con el nº 1.003 de orden de su protocolo. He tenido a la vista copia autorizada del mismo del cual resulta el compareciente, –según interviene–, facultado suficientemente, a mi juicio y bajo mi responsabilidad, para el otorgamiento de esta escritura de cancelación de hipoteca, en los términos que expresa la misma”.

Resumidamente el registrador señala como defecto que “(...) no consta en la escritura que el poder conste inscrito en el Registro Mercantil. Tampoco se hace constar en la escritura la necesidad o la no necesidad de la inscripción de los representantes de la sociedad en el Registro Mercantil, según las leyes de Luxemburgo”.

Son datos relevantes para la resolución de este expediente, de un lado que el poder se ha otorgado ante notario español y, de otro, que el titular registral y sociedad poderdante es de nacionalidad luxemburguesa.

2. Existe, por tanto, un elemento de extranjería, lo que nos conduce a determinar cuál debe ser la ley aplicable determinada por la norma de conflicto.

El Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo de 17 junio 2008 (Roma I) tiene carácter universal y la *lex contractus* determinada por la norma de conflicto se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil. Esto no obstante existen ciertos aspectos que se excluyen de su aplicación en el art. 1.2º, como son las cuestiones relativas al Derecho de Sociedades referentes a la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución y la responsabilidad personal de los socios y los administradores, (1.2, f), así como también, la posibilidad de un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar (1.2, g). En vista a dichas exclusiones, debe acudirse al Código Civil que en el art. 9.11º considera ley personal de las personas jurídicas la determinada por su nacionalidad y rige todo lo relativo a la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción, y al art. 10.11º, que prevé que a la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, se le aplica la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas, habiendo incidido la doctrina en la significación del carácter atractivo por razones de efectividad de la *lex rei sitae* cuando el apoderamiento se refiere a actos o negocios relativos a bienes inmuebles.

El poder se otorga ante notario español, con arreglo a las solemnidades previstas en la legislación española, por lo que no plantea problemas de equivalencia que pueden conllevar los poderes extranjeros.

Traducido este planteamiento sobre las leyes aplicables a los distintos elementos que concurren en el supuesto planteado, ha de concluirse que: 1) el otorgamiento del poder queda sometido, en su dimensión interna, desde un punto de vista sustantivo, a la ley de la nacionalidad de la sociedad otorgante, en este caso a la ley de Luxemburgo, por aplicación del art. 9.11º Cc, y desde un punto de vista formal, en aplicación del principio *auctor regit actum* contenido en el art. 11.1º, a la legislación española; 2) la vinculación del otorgante del poder con el tercero, a través de la mediación del apoderado, dimensión externa, queda sometida a la ley española, por la regla del art. 10.11º Cc, y 3) el negocio instrumentado en ejercicio del poder conferido, esto es, la cancelación de hipoteca, por aplicación de la regla dispuesta en el art. 4.1º.c) del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo de 17 junio 2008 (Roma I), se rige también por la ley española, que es la que también regula el acceso de dicho negocio a los libros del Registro de la Propiedad.

3. En lo que hace a la suficiencia del poder y a la actuación del notario español se reitera la doctrina de este Centro Directivo.

Como ha dicho este Centro Directivo (cf. Resolución 26 mayo 2016) el apartado primero del art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que “en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o con-trato a que el instrumento se refiera”.

Por su parte, el apartado segundo del mismo art. 98 establece que “la reseña por el Notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del Notario. El Registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el Registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación”. Por su parte, el art. 166 RN, dispone: “En los casos en que así proceda, de conformidad con el art. 164, el notario reseñará en el cuerpo de la escritura que autorice los datos identificativos del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará obligatoriamente que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del notario. En consecuencia, el notario no deberá insertar ni transcribir, como medio de juicio de suficiencia o en sustitución de éste, facultad alguna del documento auténtico del que nace la representación”.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su Sentencia de 20 mayo 2008, al examinar la legalidad del art. 166 RN, dispuso lo siguiente: “Decimotercero. Impugnación del art. 166, párrafo primero. “En los casos en que así proceda, de conformidad con el art. 164, el notario reseñará en el cuerpo de la escritura que autorice los datos identificativos del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará obligatoriamente que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del notario. En consecuencia, el notario no deberá insertar ni transcribir, como medio de juicio de suficiencia o en sustitución de éste, facultad alguna del documento auténtico del que nace la representación”. Entiende la recurrente que el precepto impugnado crea las dos obligaciones del Notario que se destacan en negrita, que no se encuentran previstas en el art. 98 24/2001, de 27 de diciembre, redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, del que trae causa. Frente a tales alegaciones, el examen del invocado art. 98 de la Ley 24/2001 permite apreciar que el precepto reglamentario impugnado, rectamente interpretado, no es contrario a sus previsiones y no introduce obligaciones o modificaciones que supongan la infracción denunciada. Así, cuando el art. 98 establece que el Notario expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas, el Reglamento establece que el Notario expresará obligatoriamente, lo que no hace sino precisar el carácter imperativo de tal juicio de suficiencia por el Notario que resulta del precepto legal. Por otra parte, la previsión reglamentaria según la cual “el notario no deberá insertar ni transcribir, como medio de juicio de suficiencia o en sustitución de éste, facultad alguna del documento auténtico del que nace la representación”, ha de entenderse que no establece otra cosa que la necesidad de que el Notario lleve a cabo un verdadero juicio de suficiencia de la representación invocada, sin que el mismo pueda sustituirse o limitarse a la mera inclusión o transcripción de facultades establecidas en el documento auténtico en el que consta la representación, lo que no impide que en la realización efectiva del juicio de suficiencia puedan incluirse y transcribirse cláusulas o estipulaciones del documento como fundamento del mismo, en otras palabras, lo que persigue el precepto es impedir que se eluda la realización del juicio personal del Notario sobre la suficiencia de la representación mediante la impersonal fórmula de transcribir las facultades según se reflejan en el documento presentado. Ello no es más que una consecuencia de lo establecido en dicho art. 98 de la Ley, que además de imponer

el juicio de suficiencia al Notario, establece que “La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación”. El Reglamento, con lo dispuesto en dicho párrafo impugnado, viene a reiterar y precisar la obligación impuesta por la Ley al Notario de efectuar un juicio de suficiencia de la representación alegada, que es el elemento fundamental en el que se sustenta la fe pública de tal representación, por lo que no puede sustituirse por la mera transcripción de las facultades que se establezcan en el documento auténtico presentado. Por todo ello la impugnación de este precepto debe ser desestimada”.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en su Sentencia de 23 septiembre 2011, en su fundamento de Derecho cuarto, señala lo siguiente: “Por último, tampoco puede el registrador, según la norma citada, solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación, ni le corresponde examinar el cumplimiento que el notario haya dado a lo dispuesto en el apartado 3 del citado art. 98 en cuanto a la incorporación a la matriz de determinados documentos, de modo que si lo hace parcialmente deba dar fe el propio notario de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni en forma alguna modifique o condicione la parte transcrita, pues tal previsión normativa se refiere a la actuación del propio notario autorizante de la escritura en que alguna de las partes compareció representada y no al supuesto de que ante él se acredite la representación mediante copia parcial de la escritura de apoderamiento, que es el supuesto litigioso”. De la interpretación de la referida norma legal por el Tribunal Supremo (Sentencia de 23 septiembre 2011) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas Resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes.

Conforme a ese criterio, para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado art. 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

De acuerdo a la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

En definitiva, el notario debe emitir su juicio relativo a la suficiencia de las facultades representativas para el acto concreto que autoriza, bien especificando cuál sea éste o bien incluyendo otra reseña, siquiera mínima, de facultades. El registrador, por su parte, calificará la concurrencia de los dos requisitos y también la congruencia de ese juicio notarial con el acto o negocio jurídico documentado. Por ello, el registrador debe suspender la inscripción por falta de congruencia del juicio notarial acerca de las facultades representativas del apoderado o representante si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, como cuando usa fórmulas de estilo que –a falta de reseña, siquiera somera, de las facultades acreditadas– se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente “para el acto o negocio documentado”, en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de acto o negocio que en la escritura se formaliza (*cf.*, entre otras muchas, la Resolución de 14 julio 2015).

El criterio seguido por este Centro Directivo se adapta plenamente a la doctrina del Tribunal Supremo que resulta de las Sentencias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 mayo 2008, y Sala de lo Civil, de 23 septiembre 2011 (*cf.* SAP Barcelona de 2 diciembre 2015 que revoca Resolución de 4 junio 2012). Expresamente se rechaza la posibilidad de que el juicio de suficiencia se realice de forma genérica, debiendo hacerse de manera concreta en relación con un específico negocio jurídico, si bien puede hacerse dicha especificación al hacer la reseña de las facultades representativas (de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 mayo 2008), o bien al emitirse el juicio de suficiencia, como se deduce de la STS 23 septiembre 2011 (*cf.* Resolución 25 abril 2016 [2ª]).

4. También ha señalado este Centro Directivo (*cf.* Resolución 9 mayo 2014) que de acuerdo con dicha doctrina cuando se trate de personas jurídicas y en particular, como sucede en este caso, de sociedades, su actuación debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y las normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas.

Cuando dichos nombramientos sean de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil y los mismos se hayan inscrito, la constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación dada la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales (*cf.* arts. 20 Ccom y 7 RRM). Como señala el Tribunal Supremo (*vid.* Sentencia de 20 mayo 2008) dentro de la expresión, a que se refiere el art. 165 RN “datos del título del cual resulte la expresada re-presentación”, debe entenderse que “uno de los cuales y no el menos relevante es su inscripción en el Registro Mercantil cuando sea pertinente, por lo que la constancia de tal circunstancia está implícita en el precepto y no puede justificarse en el mismo su falta de reflejo en el documento”.

Es cierto que la circunstancia de que sea obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos de cargos sociales o poderes generales (*cf.* art. 94.1.5ª RRM), no significa que dicha inscripción en el Registro Mercantil tenga carácter constitutivo pero sí que en el ámbito de dicho Registro es presupuesto previo de la inscripción de los actos que aquellos hayan podido otorgar por aplicación de las exigencias del principio de tracto sucesivo (art. 11.3ª RRM).

En otro caso, es decir cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, según la reiterada doctrina de esta Dirección General esa mera circunstancia no es obstáculo a la inscripción del acto de que se trate en el Registro de la Propiedad, si bien en la hipótesis de acto otorgado por el administrador con cargo no inscrito en el Registro Mercantil deberá acreditarse al Registrador de la Propiedad la realidad y validez del nombramiento de administrador en términos que destruyan la presunción de validez y exactitud registral establecida en los arts. 20 Ccom y 7 RRM (*vid.* Resoluciones de 17 diciembre 1997 y 3 de febrero y 23 febrero 2001).

En relación con la representación voluntaria con base en un poder general no inscrito o en un poder especial, este Centro Directivo ha declarado (*cf.* Resolución de 5 octubre 2012), en el ámbito del Registro de la Propiedad, que la falta del dato de la inscripción en el Registro Mercantil como revelador de la válida existencia de la representación alegada puede ser suplida por la reseña en el título inscribible de aquellos datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante social o apoderado por haber sido nombrado con los requisitos y formalidades legales y estatutarias por órgano social competente, debidamente convocado, y vigente en el momento del nombramiento (*vid.* en el mismo sentido la Resolución de 4 junio 1998), incluyendo la aceptación del nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral (*vid.* arts. 12, 77 a 80, 108, 109 y 111 RRM, 222.8º LH y 110.1º Ley 24/2001).

5. En el presente expediente se da la circunstancia de que el titular registral es una sociedad extranjera (de Luxemburgo).

Tiene especial importancia en la resolución del presente expediente que no se pretende la inscripción de documentos públicos extranjeros extrajudiciales en los que deben cumplirse los requisitos establecidos

en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen (*cf.* art. 60 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil), no tratándose de un acto dispositivo otorgado ante autoridad extrajudicial extranjera, por cuanto la cancelación se formaliza ante notario español.

Tampoco se plantea la cuestión relativa a la equivalencia de un poder autorizado ante un notario extranjero respecto de un poder autorizado ante notario español (*cf.* arts. 1280.5 Cc y 3 LH), dado que el poder ha sido autorizado ante notario español.

La cuestión que se plantea es determinar si, no constando inscrito dicho poder en el Registro Mercantil, tratándose de una sociedad luxemburguesa, han quedado suficientemente acreditadas las facultades representativas alegadas.

En el presente supuesto, según la propia nota de calificación, la sociedad, titular en España del derecho real de hipoteca cuya cancelación registral se pretende, se halla constituida con arreglo a las leyes de Luxemburgo, e inscrita en el Registro Mercantil del dicho país.

La doctrina contenida en el fundamento de Derecho cuarto sólo será aplicable respecto de las sociedades inscritas en un Registro Mercantil extranjero que conforme a su ordenamiento jurídico goce de los mismos efectos y presunciones que el español, presunciones que, sin embargo, pueden no ser coincidentes en el Derecho extranjero y el español.

El otorgamiento del poder, por parte de la sociedad luxemburguesa, ante notario español supone que éste, bajo su responsabilidad, ha tenido que verificar, con arreglo a la legislación aplicable, esto es, las leyes de Luxemburgo, la existencia y capacidad de la sociedad extranjera y la regularidad de la actuación de la persona que intervenga por parte de ella.

La nacionalidad extranjera de la sociedad determina que este poder no resulte inscribible en el Registro Mercantil español.

Por lo que la cuestión a resolver, planteada en la nota de calificación, queda reducida a si debe constar en la escritura de cancelación de hipoteca, al reseñar el notario autorizante la escritura de poder y expresar el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas acreditadas, que dicho poder está inscrito en el Registro Mercantil o que no sea necesaria su inscripción, según las leyes de Luxemburgo.

Al respecto hay que señalar que la necesaria motivación de la nota de calificación que suspende o deniega la práctica del asiento registral pretendido no puede apoyarse en una mera hipótesis, como la que en el presente supuesto ha sido formulada, sin tener en cuenta fundamento alguno en el Derecho aplicable.

El art. 36 RH (al que se remite el art. 5 del reglamento del Registro mercantil) posibilita que el Derecho extranjero pueda ser acreditado, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario, habiendo manifestado esta Dirección General (*cf.* Resolución 20 julio 2015) que si el registrador entendiese, que del informe emitido por el notario no se dedujera la conclusión pretendida en cuanto al sentido, alcance e interpretación de las normas extranjeras, deba el registrador al calificar expresar y motivar las concretas razones de su rechazo, sin que, por tanto, sea suficiente una referencia genérica de falta de prueba del Derecho extranjero.

Si en un supuesto como el que se plantea en el presente caso, el registrador considera que el juicio de suficiencia emitido por el notario es erróneo, de acuerdo con lo expuesto en los anteriores Fundamentos de Derecho, debe motivarlo adecuadamente, con referencia expresa a la legislación extranjera aplicable.

En tal sentido, esta Dirección General vuelve a recordar (*cf.* Resolución 15 febrero 2016) tanto a registradores como a notarios la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 RH, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, sino a los medios que proporciona el entorno “E-Justicia”, colaborando activamente en la resolución de conflictos de Derecho Internacional Privado.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

2017/DGRN/3.— Resolución DGRN de 17 abril 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Mijas nº 3, por la que suspende la inscripción de una escritura de compraventa. BOE 28.4.2017

Poder otorgado en el extranjero.

Normas aplicadas: Arts. 1 y 4 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); arts. 10.1º, 11.1º, 12.1º, 1216, 1256, 1259 y 1280 Cc; arts. 1, 3, 4 y 9 LH; 98 Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad; arts. 58 y 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria; arts. 156 RN; 36 y 37 RH.

1. La cuestión que se plantea en el presente expediente hace referencia al alcance de la calificación registral de un poder otorgado en el extranjero, y que el notario español juzga suficiente para la autorización de una escritura pública, realizando al respecto el juicio establecido en el art. 98 Ley 24/2001.

En concreto, se refiere este expediente a un supuesto de escritura de compraventa en la que tanto los vendedores como la compradora actúan representados en virtud de sendos títulos de representación otorgados en Inglaterra, ante notarios ingleses, y de los que la notaria española reseña, en cada caso, el lugar de su otorgamiento, la autoridad que lo expide, el hecho de estar redactado a doble columna en lenguas inglesa y española así como el hecho de que se encuentran dotados de apostilla, emitiendo a continuación su juicio de suficiencia para el concreto negocio que se lleva a cabo.

El registrador justifica la suspensión de la inscripción en que no resulta acreditado el cumplimiento de los requisitos de equivalencia del poder otorgado en el extranjero. En su opinión "...el registrador calificará en estos casos de poderes extranjeros, la eficacia formal del poder (legalización, apostilla y traducción, en su caso) y, además, que exprese el cumplimiento de los requisitos de equivalencia del poder otorgado en el extranjero (cf. disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y el art. 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil), es decir, que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen, que implica juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes y que resulta sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable (arts. 10.11 y 11 Cc), si bien el registrador, bajo su responsabilidad, puede apreciar esa equivalencia (cf. art. 36 RH)...".

La notaria recurrente disiente de dicha afirmación. En su opinión, resumidamente, el juicio sobre su validez o no de ese poder en España lo realiza el notario, ex art. 98 de la Ley 24/2001.

2. Como afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 14 septiembre 2016, en materia de ley aplicable a la representación no resulta de aplicación el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en cuanto su art. 1.2.g, excluye de su ámbito de aplicación (además de los supuestos de representación orgánica), la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, por lo que estará asimismo excluida su representación documental.

Conforme al art. 10.11º Cc español "(...) a la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, (se aplicará) la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas". Por lo tanto, tratándose de una representación voluntaria sobre la que no se ha pactado otra cosa y que se va a ejercitar en España, la Ley que regula el ejercicio del poder de representación es la Ley española.

3. Procede por tanto examinar la valoración formal del documento extranjero con arreglo a la legislación española, teniendo en cuenta, que el Derecho español exige, en ciertos casos (como en el supuesto del art. 1280.5º Cc), que conste en documento público el poder que "...tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero" (cf. art. 3 LH).

La circulación en España de documentos formalizados ante una autoridad extranjera es indiscutible con sometimiento a los parámetros que establezca la ley en cada caso concreto (*vid.* arts. 11 y 12 y la disposición final segunda de la Ley 15/2015, de 2 de julio, y los arts. 58 a 61 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, 4 LH y 36 RH).

El punto esencial en la resolución del recurso se refiere a la aceptación en España de una determinada forma y no de la relación jurídica que subyace a la misma, que no se discute en la nota de defectos en cuanto regida, como se ha indicado, por el Derecho español.

Conforme a la ley seleccionada (art. 11 Cc), ha de decidirse si los documentos públicos extranjeros de apoderamiento producen en España el efecto de tipicidad que permita subsumir éste en la categoría documento público requerido con-forme al Derecho español para la representación en la compra y venta del inmueble y para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La preeminencia del Derecho español en esta materia es indudable, en la medida que corresponde al legislador nacional fijar las condiciones del propio sistema de seguridad jurídica preventiva, tal y como ha reconocido recientemente el TJUE, en Sentencia de 9 marzo 2017 (asunto C-342/15) al afirmar que el hecho de reservar las actividades relacionadas con la autenticación de documentos relativos a la creación o la transferencia de derechos reales inmobiliarios a una categoría específica de profesionales, depositarios de la fe pública y sobre los que el Estado miembro de que se trate ejerce un control especial, constituye una medida adecuada para alcanzar los objetivos de buen funcionamiento del sistema del Registro de la Propiedad y de legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares.

Esta Dirección General ha recordado desde antiguo, y lo reitera en las consideraciones ya expuestas, que el título representativo en virtud del que se comparece ante el notario español ha de ser equivalente al documento público español como requisito exigido por nuestro ordenamiento y que dicha circunstancia debe ser acreditada de conformidad con las exigencias de nuestro ordenamiento (*vid.* Resoluciones de 11 junio 1999, 19 febrero 2004 y 23 mayo 2006, entre otras).

En efecto la especial importancia de la equivalencia se deduce de la reciente STJUE 9 marzo 2017, en el asunto C-342/15, al afirmar que "58. ...".

4. Con el alcance expuesto, la regla de la equivalencia de funciones excluye los documentos generados en aquellos sistemas en los cuales la intervención de los mismos, aún cualificada, corre a cargo de quienes que no tienen encomendada la función fedataria.

En cambio, la misma regla abre el paso a aquellos documentos en los que haya intervenido el titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos en ellos contenidos, a la que esencialmente responden a aquellos documentos formalizados de acuerdo con los principios del notariado de tipo latino-germánico.

Con ello, en modo alguno se cierra el paso a los documentos públicos extranjeros, más aún cuando existe una predisposición favorable a la circulación de los mismos. En todo caso, se cerrará el paso a los documentos que no tengan el valor de tales porque no incorporen garantías equivalentes a las que son exigidas por la ley española, pues la seguridad del tráfico no tiene por qué padecer cuando las garantías adoptadas por la autoridad extranjera no sean suficientes según los parámetros establecidos por la Ley española.

5. Como ya señalara este Centro Directivo en Resolución de 23 febrero 2015, la utilización de apoderamientos otorgados fuera de España es constante en la práctica notarial habida cuenta de la internacionalización de las relaciones económicas. Puede considerarse por tanto habitual y en ningún caso excepcional.

La presentación al notario de un poder otorgado fuera de España exige, al igual que ocurre con poderes otorgados en España, un análisis jurídico que conllevará, conforme a los arts. 10.11º y 11 Cc, de una parte, la remisión respecto de la suficiencia del poder a la ley española, a la que se somete el ejercicio de las

facultades otorgadas por el representado, de no mediar sometimiento expreso, y de otra, al análisis de la equivalencia de la forma en España. Ello implica que, analizado el valor del documento en el país de origen, tanto desde la perspectiva material como formal, pueda concluirse su equivalencia o aproximación sustancial de efectos, en relación con un apoderamiento para el mismo acto otorgado en España.

Esta Dirección General ha señalado en numerosas ocasiones cómo nuestro ordenamiento, en aplicación del principio de legalidad establece una rigurosa selección de los títulos inscribibles que puedan acceder al Registro de la propiedad, exigiendo que se trate de documentos públicos o auténticos (arts. 3 LH y 33 y 34 de su Reglamento).

Igualmente tiene establecida una dilatada doctrina relativa a la idoneidad de los documentos otorgados en el extranjero para producir una modificación del contenido del Registro español.

Dicha doctrina, expresada ya en la Resolución de 11 junio 1999 y confirmada por muchas otras posteriores (*vid.* “Vistos”), pone de manifiesto cómo, con independencia de la validez formal del documento de acuerdo a las normas de conflicto aplicables (art. 11 Cc), y de su traducción y legalización (arts. 36 y 37 RH), es preciso que el documento supere un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro. Esta doctrina se fundamenta en que, como exige el art. 4 LH, “también se inscribirán los títulos otorgados en país extranjero que tengan fuerza en España...”; lo que exige determinar cuándo concurre dicha circunstancia.

Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga (*vid.* en el mismo sentido el art. 323 LEC o el art. 2.c del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012 –Bruselas I refundido–).

6. Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, constituyen un requisito para que el documento autorizado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional.

Sin embargo, ello no obsta para que la actuación de la autoridad apostillada deba ser valorada de acuerdo con el principio de equivalencia de funciones que informa el ordenamiento español en esta materia. Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español.

Si tales indicaciones constan en la escritura, la reseña que el notario realice de los datos identificativos del documento auténtico y su juicio de suficiencia de las facultades representativas harán fe, por sí solas, de la representación acreditada. El registrador calificará en estos casos de poderes extranjeros, la eficacia formal del poder (legalización, apostilla y traducción, en su caso) y, además, que exprese el cumplimiento de los requisitos de equivalencia del poder otorgado en el extranjero (*cf.* disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y el art. 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil), es decir, que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen, que implica juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes y que resulta sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable (arts. 10.11º y 11 Cc), si bien el registrador, bajo su responsabilidad, puede apreciar esa equivalencia (*cf.* art. 36 RH).

Como se ha recordado en la Resolución de 5 enero 2017 el art. 36 RH (al que se remite el art. 5 del reglamento del Registro mercantil) posibilita que el Derecho extranjero pueda ser acreditado, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario, habiendo manifestado esta Dirección General (*cf.* Resolución 20 julio 2015) que si el registrador entendiese, que del informe emitido por el notario no se dedujera la conclusión pretendida en cuanto al sentido, alcance e interpretación de las normas extranjeras, deba el registrador al calificar expresar y motivar las concretas razones de su rechazo, sin que, por tanto,

sea suficiente una referencia genérica de falta de prueba del Derecho extranjero. Si el registrador considera que el juicio de suficiencia emitido por el notario es erróneo, de acuerdo con lo expuesto en los anteriores Fundamentos de Derecho, debe motivarlo adecuadamente, con referencia expresa a la legislación extranjera aplicable.

En definitiva la declaración de equivalencia sobre el documento extrajudicial de apoderamiento hecha por notario es—pañol será suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad del acto dispositivo efectuado en base al mismo. En el supuesto de que el registrador disintiera de la equivalencia declarada por el notario deberá motivarlo expresa y adecuadamente, y sin que ello signifique que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.

A tales efectos, no será tanto en el contenido del documento, sino en el estatuto y la actuación de la autoridad extranjera donde se ha de centrar la aplicación de llamada regla de equivalencia de funciones, que supera y deja atrás la regla de equivalencia de formas, y que significa que un documento otorgado en el extranjero será válido *prima facie* para las exigencias del Derecho español si la autoridad extranjera autorizante cumple unas funciones equivalentes a las de una autoridad española.

7. Este juicio o informe de equivalencia no es lo mismo que el juicio de suficiencia del art. 98 Ley 24/2001, aunque como veremos éste, cuando se realiza expresamente un juicio de suficiencia para el acto o negocio que se autoriza, implica cabalmente aquél.

Tratándose del juicio de suficiencia del art. 98 de la Ley 24/2001 el notario tiene la obligación inexcusable de emitirla (art. 166 RH y STS 5 mayo 2008), mientras que el informe de equivalencia puede ser emitido o no por el notario, toda vez que éste no está obligado a conocer el Derecho extranjero y atendiendo al criterio de que el documento extranjero debe ser equivalente al documento público español a los meros efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, al exigir el art. 3 LH titulación pública, como regla general, y sin que ello sea esencial a efectos extrarregistrales.

El art. 60 de la Ley de cooperación jurídica internacional tiene un ámbito de aplicación específico, que es el de la inscripción en los registros públicos españoles afirmando que “los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen”.

Por su parte la disposición adicional tercera de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria establece que: “Inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros. 1. Un documento público extranjero no dictado por un órgano judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos: a) Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen. c) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español”.

8. Es cierto, como afirma la recurrente, que el juicio de suficiencia en caso de actuación representativa constituye una obligación del notario cuya competencia exclusiva al respecto ha sido reiteradamente reconocida (*vid.* STS 3ª 20 mayo 2008, y la continua doctrina de esta Dirección General al respecto, por todas, Resolución de 14 diciembre 2016). Pero esto es así sólo respecto de los poderes otorgados ante notario español.

Por el contrario, la acreditación del principio de equivalencia no es un requisito estructural de la escritura pública ni compete en exclusiva al notario español, lo que resulta del todo lógico si, como se ha reiterado, la autoridad española no está obligada a conocer el Derecho extranjero.

La declaración de que la autoridad extranjera actúa en términos equivalente al notario español puede ser llevada a cabo en el mismo instrumento público o mediante la aportación de documentación complementaria ya sea expedida por notario español o extranjero ya por otro funcionario con competencia al

respecto o incluso por la aportación de otros medios de prueba. Se trata de constatar que el documento extranjero cumple los requisitos que el ordenamiento jurídico español exige para que pueda provocar una alteración del contenido del Registro (art. 58 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil en relación al art. 1280 Cc y al art. 3 LH).

9. Lo que ocurre es que siendo juicios distintos, el de suficiencia y el de equivalencia, aquél cuando se produce de forma expresa necesariamente ha de implicar el de que el poder es equivalente.

Si el notario español autorizante de la escritura otorgada por el apoderado, hace un juicio expreso (sin ser en este caso exigible conforme al art. 98 24/2001 por no ser poder otorgado ante el mismo notario), de que el poder que se le exhibe es suficiente para el otorgamiento, cabalmente tendrá que haber apreciado su equivalencia conforme al Derecho español (ex art. 60 de la ley de cooperación jurídica internacional). De lo contrario no sería suficiente.

El juicio de equivalencia notarial no tiene por qué ajustarse a fórmulas sacramentales, ni tiene que necesariamente adoptar la forma de informe separado, sino que basta la reseña del documento extranjero, el nombre y residencia del notario autorizante, la ley extranjera conforme a la cual se ha autorizado y la existencia de la apostilla o legalización, y que el notario en base a las circunstancias del caso y a su conocimiento de la ley extranjera hiciera constar bajo su responsabilidad “que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de (...), entendiéndose que el mismo es funcionalmente equivalente a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional” o fórmulas similares.

10. En el caso de este expediente expresamente se dice que es copia autorizada de una escritura de poder que tiene a la vista por exhibición, con identificación del notario autorizante, debidamente apostillada, en el que se manifiesta que las facultades conferidas no le han sido suspendidas, revocadas ni anuladas, y en el que el notario español expresamente considera que del mismo resultan “facultades para vender cualquier bien inmueble sito en España”, siendo a su juicio “suficientes las facultades representativas acreditadas para el otorgamiento de la escritura”. Incluso por diligencia posterior se afirma suficientes las facultades representativas acreditadas considerando que el poder “reúne a mi juicio los requisitos para ser considerado documento público por el ordenamiento español”. Por lo que debe ser considerado suficiente a efectos también de acreditación de la equivalencia.

11. Lo que no sería suficiente es el mero otorgamiento del instrumento público. Pero si hay una expresa declaración de suficiencia para el acto o negocio concreto que se autoriza, esta debe implicar la de equivalencia necesariamente.

No hay pues menoscabo alguno de la eficacia y valor del juicio de suficiencia notarial como afirma la recurrente ni mucho menos del valor intrínseco del instrumento público y de los fuertes efectos que al mismo reconoce el ordenamiento jurídico (art. 17 Ley del Notariado). Bien al contrario, es el propio instrumento público el medio idóneo para recoger dicha valoración. Si el notario autorizante del instrumento público tiene conocimiento del mismo y desea facilitar su más eficaz circulación, nada impide que incorpore al mismo su juicio de equivalencia, evitando así los inconvenientes y retrasos inherentes cuando así no ocurre. Lo que no se puede pretender es que la autorización del instrumento implique la realización del juicio de suficiencia, pero sí que la realización del juicio de suficiencia implique la de equivalencia.

La reseña de los elementos identificadores del documento extranjero es necesaria, como queda expuesto, para acreditar el cumplimiento de los requisitos formales exigibles y su carácter auténtico, pero no puede confundirse con la acreditación de los requisitos materiales que permiten afirmar: “Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen”.

12. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente, la escritura pública presentada a inscripción reseña el conjunto de aspectos del documento extranjero que son precisos para calificar su eficacia formal pues resultan no sólo los datos de identificación del documento sino también el hecho de que se encuentran redactados en doble columna en idioma inglés y español, así como que resultan apostillados. Y expresamente contiene un juicio de suficiencia por lo que debe considerarse bajo responsabilidad del notario, que éste lo ha juzgado equivalente.

13. En este sentido, en la Resolución de 14 septiembre 2016 de este Centro Directivo, no se afirmaba que el poder cuestionado no fuera equivalente a un notario español, sino que lo que se afirmaba era que en aquél concreto supuesto el notario extranjero se había limitado únicamente a legitimar la firma, sin que esta legitimación de firma pudiera equiparse al documento público previsto en el art. 1280.5º Cc, antes expuesto, supuesto por tanto bien distinto al que motiva esta resolución.

14. Este expediente también difiere del contemplado en la Resolución de 5 enero 2017 pues en el caso de esa resolución el poder había sido otorgado ante notario español, mientras que en el presente caso el poder ha sido autorizado por notario extranjero. Tratándose de poder otorgado ante notario español, aunque el otorgante sea extranjero, el poder se somete al imperativo del art. 98 Ley 24/2001, y en tal caso el juicio es preceptivo. Pero en ambos casos, sea el poder otorgado ante notario español, o no siéndolo pero juzgándolo suficiente de forma expresa el notario español autorizante del instrumento público otorgado por el apoderado, este juicio de suficiencia del notario español sobre el poder cabalmente debe comprender el de equivalencia.

15. Sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección General ha recordado reiterada y muy recientemente (cf., por todas, Resoluciones de 15 febrero 2016 y 5 enero 2017) tanto a registradores como a notarios la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 RH, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de cooperación jurídica internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia, colaborando activamente en la resolución de conflictos de Derecho Internacional Privado. El fácil acceso a las bases de datos jurídicas de otros Estados miembros facilita tanto que los notarios, en ejercicio de las competencias atribuidas en la Ley puedan emitir informes relativos al Derecho extranjero, como que los registradores, puedan motivar adecuadamente su decisión facilitando en ambos casos el tráfico jurídico de bienes y servicios en un entorno, como el presente, en el que la existencia de un elemento de extranjería es elemento normal del negocio jurídico, contribuyendo así a afianzar el desarrollo de uno de los pilares esenciales de la construcción europea.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador

NOTA

1. La Resolución comentada constituye un paso más de indudable relevancia en el tratamiento del reconocimiento de la equivalencia de los poderes de representación otorgados en el extranjero. Se refiere este expediente a un supuesto de escritura de compraventa en la que tanto los vendedores como la compradora actúan representados en virtud de sendos títulos de representación otorgados en Inglaterra, ante notarios ingleses, y de los que la notaria española reseña, en cada caso, el lugar de su otorgamiento, la autoridad que lo expide, el hecho de estar redactado a doble columna en lenguas inglesa y española así como el hecho de que se encuentran dotados de apostilla, emitiendo a continuación su juicio de suficiencia para el concreto negocio que se lleva a cabo. El registrador, aplicando la doctrina contenida en la Resolución de la DGRN de 14 septiembre 2016 comentada *supra*, justifica la suspensión de la inscripción en que no resulta acreditado el cumplimiento de los requisitos de equivalencia del poder otorgado en el extranjero. La recurrente estima que la declaración de suficiencia de la representación lleva implícito el juicio de equivalencia. El recurso es estimado.

2. La DGRN lleva a cabo un análisis correcto de las cuestiones de ley aplicable a la forma de los actos y, en particular, a la aplicación de la ley española a la exigencias de que el poder de representación conste en documento público (arts. 10.11º y 11.2º Cc). Destaca la cita de la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 marzo 2017 en el asunto C-342/15 (*Piringer*), que ampara la legitimidad del principio de equivalencia por lo que respecta a la determinación de las autoridades

públicas que justifican la calificación de un documento como “público”, y en particular a la exigencia de intervención de un notario capaz de otorgar un acto investido de fe pública.

La DGRN reitera a renglón seguido los elementos que conforman el juicio de equivalencia del documento público extranjero y reitera su doctrina anterior. El nuevo matiz de esta doctrina, que ampara la admisión del recurso y, en realidad, vacía de contenido la doctrina anterior, es que el juicio de equivalencia debe entenderse implícito en el juicio de suficiencia realizado por el notario, como señalaba la recurrente. Frente a lo dicho en la Resolución de 14 septiembre 2016, comentada *supra*, en que la DGRN se amparaba en que “no se dice ni justifica que la autoridad extranjera haya desarrollado funciones equivalentes a las del notario español en la autorización del documento notarial”, la DGRN estima esta vez que “este juicio o informe de equivalencia no es lo mismo que el juicio de suficiencia del art. 98 de la Ley 24/2001, aunque como veremos éste, cuando se realiza expresamente un juicio de suficiencia para el acto o negocio que se autoriza, implica cabalmente aquél”.

Aplicando la doctrina de la DGRN, el notario no tiene por qué hacer mención del juicio de equivalencia, ni, por tanto, “justificar” los motivos por los que estima que se dan las condiciones materiales para la equivalencia del documento público extranjero, bastando la mera indicación de las condiciones formales del documento. El juicio de suficiencia de la representación lleva implícito, pues, el juicio de equivalencia material del documento público extranjero de apoderamiento.

3. La doctrina de la D.G.R.N. debe ser objeto de crítica por la forma en que se ha interpretado el alcance de la presunción de existencia del juicio de equivalencia, “implícito” en el juicio de suficiencia.

En su fundamento 7º la Resolución comentada señala, con buen criterio: “Este juicio o informe de equivalencia no es lo mismo que el juicio de suficiencia del art. 98 de la Ley 24/2001, aunque como veremos éste, cuando se realiza expresamente un juicio de suficiencia para el acto o negocio que se autoriza, implica cabalmente aquél”. Y añade en el fundamento noveno: “Lo que ocurre es que siendo juicios distintos, el de suficiencia y el de equivalencia, aquél cuando se produce de forma expresa necesariamente ha de implicar el de que el poder es equivalente. Si el notario español autorizante de la escritura otorgada por el apoderado, hace un juicio expreso (sin ser en este caso exigible conforme al art. 98 de la ley 24/2001 por no ser poder otorgado ante el mismo notario), de que el poder que se le exhibe es suficiente para el otorgamiento, cabalmente tendrá que haber apreciado su equivalencia conforme al Derecho español (ex art. 60 de la ley de cooperación jurídica internacional). De lo contrario no sería suficiente”. Y termina señalando en el fundamento 14º respecto al caso en cuestión: “este juicio de suficiencia del notario español sobre el poder cabalmente debe comprender el de equivalencia”.

4. Previamente a desvelar el “salto lógico” sin base legal que se deduce de la propia Resolución, conviene subrayar los elementos diferenciales entre el juicio de suficiencia y el juicio de equivalencia, que acreditan su falta de analogía.

Uno de los elementos de la relación entre el juicio de suficiencia y el juicio de equivalencia, que señala con buen criterio la Resolución de la DGRN, es el carácter previo del juicio de equivalencia. En efecto, el juicio de suficiencia se refiere al alcance de las facultades representativas a la luz del instrumento público aportado, mientras que el juicio de equivalencia se refiere a la propia existencia del instrumento público. De ahí que, en términos lógicos, o más bien cronológicos, no puede haber juicio de suficiencia si el juicio de equivalencia previo ha sido negativo. *A sensu contrario*, si ha habido juicio de suficiencia, ello significa que el juicio de equivalencia previo realizado por el notario, aunque no se exprese, ha sido positivo.

Por otra parte, como ya se ha apuntado, el objeto del juicio de suficiencia es distinto del objeto del juicio de equivalencia. Mientras que el primero se refiere a la suficiencia de la representación

para llevar a cabo el acto jurídico concernido, el segundo se refiere a la existencia de un instrumento o documento público. Mientras que el juicio de suficiencia es intrínseco y sustancial, y tiene que ver con la eficacia de la representación y la capacidad para la realización de actos jurídicos, el juicio de equivalencia es extrínseco y formal, y se refiere a la existencia de una determinada forma requerida como condición de validez de la representación, a saber, la existencia de instrumento público y, si este se otorga en el extranjero, la equivalencia de ese documento público con el documento público español.

Otra diferencia esencial tiene que ver con el régimen legal o ley aplicable en cada uno de los juicios. El juicio de suficiencia se rige, en todo caso, por la ley española. Ello se refiere tanto a las condiciones de fondo del fenómeno representativo (ex art. 10.11º Cc), como a la aplicación de las normas que rigen en España la función notarial y registral (art. 58 de la Ley 29/2015 de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil), y en particular por lo dispuesto en el art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y en la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad (BOE 19.11.2005).

Las reglas citadas, extraídas de la Ley española, rigen el juicio de suficiencia, pero no se aplican al juicio de equivalencia, que tiene sus exigencias propias, derivadas no tanto de lo previsto en el art. 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, como en especial, por lo que se refiere a la aplicación notarial, de las exigencias de validez del acto representativo sujeto a una forma solemne por la ley española (arts. 10.11º y 11.2º Cc). Conviene señalar, sin embargo, que el registrador también está obligado a comprobar que, más allá del documento, el acto que contiene respecta las exigencias de validez conforme al sistema de Derecho internacional privado español, lo que incluye el respecto a la ley aplicable a la capacidad y a la representación.

En suma, el juicio de equivalencia implica en todo caso, a diferencia del juicio de suficiencia, la aplicación de la Ley extranjera. En efecto, como tiene señalado la propia DGRN en reiterada doctrina, recogida asimismo en la Resolución de 14 septiembre 2016, el juicio de equivalencia implica en particular comprobar que, conforme a la Ley extranjera del notario interviniente, el poder se ha otorgado en documento público por una autoridad pública investida de fe pública, que ha existido un juicio de identidad y capacidad de los otorgantes, inmediatez en el otorgamiento del acto y, en general, una intervención “equivalente” a la de un notario español.

En conclusión, el juicio de suficiencia y el juicio de equivalencia no son la misma cosa, se diferencian en el tiempo en que deben realizarse, en su objeto, en su carácter y en su régimen jurídico y, por tanto, debe descartarse como punto de partida cualquier tipo de analogía entre uno y otro.

5. El error esencial en el planteamiento de la DGRN es asimilar al juicio de suficiencia y el de equivalencia y someterlos al mismo régimen legal, a pesar de que, como se ha señalado y la DGRN reconoce, son juicios diferenciables.

El salto lógico, o sofisma, se produce cuando se formulan dos proposiciones o premisas verdaderas y se concluye en un falso silogismo. Las dos premisas o proposiciones son las siguientes: a) el juicio de suficiencia del notario hace fe por sí solo y no es preciso aportar el poder; b) el juicio de suficiencia presupone que el notario ha realizado el juicio de equivalencia previamente y que éste ha sido positivo. La conclusión falsa, que completa el silogismo es la siguiente: *Ergo*, el notario no debe hacer expreso el juicio de equivalencia, pues el juicio de suficiencia hace fe por sí mismo del juicio de equivalencia.

No hace falta ser muy avezado en lógica para que salte a la vista el sofisma: no hay ningún argumento que permita, a partir de las premisas establecidas, extraer semejante conclusión. Del simple hecho que el juicio de suficiencia permita presumir que el notario ha hecho un juicio previo de

equivalencia no puede deducirse que este juicio de equivalencia deba atenerse al mismo régimen legal del juicio de suficiencia.

El sofisma señalado provoca, pues, una confusión entre el juicio de suficiencia y el juicio de equivalencia, y aplica al segundo el régimen jurídico del primero, sin ninguna base legal, máxime cuando, como se ha visto, no existe identidad de razón ni analogía entre ambos juicios.

El tenor literal de la Resolución comentada revela salto lógico indicado. El hecho de que exista juicio de suficiencia no significa, como señala la Resolución, que el poder sea equivalente, sino que se presume que el notario ha entendido que el poder es equivalente, que no es exactamente lo mismo.

Las diferencias entre ambos juicios apuntan justo en la dirección contraria a la sugerida por la DGRN, esto es, sea cual sea el régimen del juicio de suficiencia, el juicio de equivalencia debe ser en todo caso expreso.

6. Como se señaló más arriba, en contraste con el juicio de suficiencia, el juicio de equivalencia requiere en todo caso la aplicación del Derecho extranjero. A diferencia del Derecho español, un principio general de nuestro sistema establece que el Derecho extranjero debe ser probado. La doctrina de la DGRN ha establecido con claridad la extensión del principio establecido en el art. 281 LEC al ámbito extrajudicial, tanto notarial como registral (*vid.* al respecto, entre las más recientes, Resoluciones de la DGRN de 20 enero 2011, 2 de marzo y 26 junio 2012, 31 octubre 2013, 24 de enero, 3 de febrero, 27 de febrero y 14 marzo 2014, 27 de abril, 20 de julio y 23 julio 2015, 3 de mayo y 26 julio 2016). Así, la Resolución de 26 julio 2016 (BOE 20.9.2016), confirma esta doctrina, tras la entrada en vigor de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, señalando que *“sigue siendo aplicable la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la prueba del Derecho extranjero. En este sentido (vid. Resoluciones de 15 julio 2011, 2 de marzo y 14 noviembre 2012 y 20 julio 2015), la calificación sobre la aplicación del Derecho extranjero queda sometida necesariamente a su acreditación ante el registrador ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cf. art. 281.2º LEC), también lo ha de ser en el notarial y registral (vid., entre otras, las Resoluciones de 17 enero 1955, 14 julio 1965, 27 abril 1999, 1 marzo 2005 y 20 enero 2011). Es cierto, no obstante, que este Centro Directivo ya ha señalado en diversas ocasiones que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el art. 281 LEC y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta”*.

Es cierto que la doctrina de la DGRN sobre acreditación del Derecho extranjero establece, como excepción en la práctica extrajudicial, que notarios y registradores puedan hacer valer su conocimiento privado del Derecho extranjero, excepción que se contempla en el art. 168 RN. Pero semejante excepción no puede significar que el notario o el registrador no deban hacer mención a dicha circunstancia, que exime de la prueba del Derecho extranjero, indicando no solo que conocen el Derecho extranjero en cuestión, sino cuál es la base de su aplicación e interpretación. Señala la misma resolución citada que *“el art. 36 del Reglamento Hipotecario posibilita que el Derecho extranjero pueda ser acreditado, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario, habiendo manifestado esta Dirección General (cf. Resolución 20 julio 2015) que si el registrador entendiese, que del informe emitido por el notario no se dedujera la conclusión pretendida en cuanto al sentido, alcance e interpretación de las normas extranjeras, deba el registrador al calificar expresar y motivar las concretas razones de su rechazo, sin que, por tanto, sea suficiente una referencia genérica de falta de prueba del Derecho extranjero”*.

En consecuencia, dado que el juicio de equivalencia se funda siempre, a diferencia del juicio de suficiencia, en la consideración y aplicación del Derecho notarial extranjero, los principios generales sobre esta materia requieren que el notario haga un juicio expreso de conocimiento del Derecho extranjero en particular y, más allá de esta mención genérica, señale en concreto cuáles son los fundamentos de su interpretación del Derecho extranjero. Dado que el poder, como instrumento público, es un elemento indispensable para que exista representación y pueda inscribirse el acto, la función registral no puede desempeñarse en el sentido exigido por la propia DGRN si el juicio de equivalencia, basado en el Derecho extranjero, no resulta expreso por el notario. Así se desprendía de la Resolución de 14 septiembre 2016, que señalaba en su fundamento jurídico 4º: *“Este juicio de equivalencia debe hacerse en función del ordenamiento extranjero aplicable por corresponderle determinar el alcance y eficacia de la actuación del autorizante lo que a su vez impone que dicha circunstancia sea debidamente acreditada, fuera del supuesto en que el registrador no lo considere preciso (art. 36 RH)”*.

Es de señalar que esta conclusión es perfectamente consecuente con una afirmación reiterada por la DGRN, que aparece asimismo en la Resolución de 17 abril 2017, y que insta a notarios y jueces a profundizar en el conocimiento privado del Derecho extranjero: *“Sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección General ha recordado reiterada y muy recientemente (cf., por todas, Resoluciones de 15 febrero 2016 y 5 enero 2017) tanto a registradores como a notarios la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 RH, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de cooperación jurídica internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E–Justicia, colaborando activamente en la resolución de conflictos de Derecho internacional privado. El fácil acceso a las bases de datos jurídicas de otros Estados miembros facilita tanto que los notarios, en ejercicio de las competencias atribuidas en la Ley puedan emitir informes relativos al derecho extranjero, como que los registradores, puedan motivar adecuadamente su decisión facilitando en ambos casos el tráfico jurídico de bienes y servicios en un entorno, como el presente, en el que la existencia de un elemento de extranjería es elemento normal del negocio jurídico, contribuyendo así a afianzar el desarrollo de uno de los pilares esenciales de la construcción europea”*.

Esta pretensión es incongruente con el hecho de permitir que el notario omita toda referencia al juicio de equivalencia, por el mero hecho de haber realizado un juicio de suficiencia.

7. Además de las exigencias propias que imponen los principios que rigen la aplicación extrajudicial del Derecho extranjero, resulta evidente que incluso en la tesis que mantiene la intervención más limitada del control por parte de los registradores, la función registral no puede llevarse a cabo sin un juicio de equivalencia expreso por parte del notario, en contra de lo mantenido en el fundamento 6º de la Resolución comentada. Baste un ejemplo: Ante notario español se presenta documento de representación otorgado en forma privada ante *notary public* inglés. El documento es una mera certificación expedida sobre un documento privado previamente redactado y firmado por el poderdante a varios apoderados, cuyo consentimiento no se presta ante el notario (principio de inmediatividad), ni se realiza control de capacidad ni identidad alguna, limitándose el *notary public* a certificar la firma (nótese que este supuesto puede plantearse perfectamente ante cualquier sistema de Notariado Latino donde los notarios pueden otorgar escrituras públicas, pero también legitimar firmas). El notario español emite juicio de suficiencia y autoriza una compraventa de un inmueble, sin acompañar copia del documento extranjero de apoderamiento y omitiendo cualquier referencia al juicio de equivalencia. Aplicando la doctrina defendida por la Resolución, no se entiende de qué forma el registrador puede corregir el error del notario ni, sobre todo, motivarlo expresa y adecuadamente. El registrador sabe que los *notary public* ingleses pueden emitir documentos en forma privada, sin equivalencia con un documento público español, y también documentos en forma pública, perfectamente equivalentes a los documentos públicos españoles. Dado que no es necesario

para la inscripción aportar el poder como documento complementario, si el notario omite su juicio de equivalencia y se limita al juicio de suficiencia, el registrador se ve obligado a inscribir sin posibilidad alguna de deshacer ni motivar dicho error, pues no puede saber, materialmente, si el poder declarado suficiente consta en forma privada o pública.

8. *De lege lata*, los principios que rigen la aplicación extrajudicial del Derecho extranjero y la función registral, por mínima que sea, en el juicio de equivalencia, requieren que, al margen del juicio de suficiencia, el juicio de equivalencia sea expreso y mínimamente motivado por el notario. Retomando la dicción exacta de la Resolución de 14 septiembre 2016, es preciso que el notario mencione y justifique el juicio de equivalencia: “*En la diligencia emitida por la notaria no se contiene propiamente una declaración de equivalencia del documento notarial inglés respecto del documento público a que se refiere el art. 1280.5º Cc, en los términos que se han expresado en los anteriores fundamentos de Derecho, sino que se limita a expresar que la poderdante tiene aptitud y capacidad legal según su ley personal y que se han cumplido las formalidades del país de origen, pero no se dice ni justifica que la autoridad extranjera haya desarrollado funciones equivalentes a las del notario español en la autorización del documento notarial*”.

La propia Resolución de 17 abril 2017 parece sugerir de forma vacilante la conveniencia de esta motivación, que en realidad es necesidad, y propone incluso una fórmula: “*que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de (...), entendiendo que el mismo es funcionalmente equivalente a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional*”. La fórmula, sin embargo, no parece la óptima, incluso en términos de eficiencia procesal, en especial porque omite la referencia al conocimiento del Derecho extranjero por el notario.

Nótese que la DGRN está persuadida, con razón, de que un notario que formula un juicio de suficiencia positivo sobre un poder otorgado en el extranjero ha tenido, lógicamente, que hacer un juicio de equivalencia basado en el conocimiento del Derecho extranjero. No se acaba de entender muy bien por qué razón no se le debe exigir al notario que exprese sucintamente ese juicio de equivalencia y aplicación del Derecho extranjero en su escritura a través de una fórmula razonable. En el caso planteado, dicha mención podría ser: “*que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura y consta en instrumento público equivalente al documento público español, por cuanto ha sido otorgado ante notary public inglés en forma pública. Del conocimiento del Derecho inglés por parte de este notario queda acreditado que tales documentos están investidos de fe pública, respetan el principio de inmediatividad y conllevan un juicio de identidad y capacidad (Civil Procedure Rules 1998; Chapter 2 Notarial Code of Practice 2016)*”.

En el sistema español resulta admitido que para la inscripción no es necesaria la aportación del poder de representación. *De lege ferenda*, resultaría recomendable que esta regla, pensada para el juicio de suficiencia, se exceptuara por las necesidades expuestas de emisión y control registral del juicio de equivalencia, de forma que hubiera que acompañar el poder de representación, cuando este hubiese sido otorgado en el extranjero, lo que facilitaría y simplificaría el sistema. De hecho, por la falta de analogía entre juicio de suficiencia y juicio de equivalencia podría defenderse perfectamente una interpretación contenida o restrictiva de lo previsto a este respecto en el art. 98 Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y en la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, de forma que fuera interpretado como una norma material autolimitada a supuestos internos, esto es, en que el instrumento público ha sido otorgado ante autoridad española.

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada

MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO

2017/DGRN/4.— Resolución DGRN de 1 julio 2016 (9ª), Bol. Inf. Mº Just., nº 2199, 5 junio 2017, pp. 677–679.

Autorización de matrimonio entre español y extranjera. Verificación de propósito fraudulento.

Normas aplicadas: Arts. 16 DUDH; 12 CEPDHLF; 23 PDCP; arts. 10, 14 y 32 CE; arts. 3, 6, 7, 44, 45, 73 y 74 Cc; 386 LEC; 238, 245, 246, 247 y 358 RRC.

[...]

II.— En el expediente previo para la celebración del matrimonio es un trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el Instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cf. art. 246 RRC).

III.— La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos, especialmente en los matrimonios entre español y extranjero, en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cf. arts. 45 y 73.1º Cc).

IV.— Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cf. art. 386 LEC).

V.— En el caso actual se trata de la solicitud de autorización para contraer matrimonio civil entre un ciudadano español y una ciudadana marroquí y de las audiencias reservadas se desprenden determinados hechos objetivos de los que cabe deducir que el matrimonio que se pretende celebrar no persigue los fines propios de esta institución. Posiblemente no tengan idioma común, ya que la interesada no entendía la mayor parte de las preguntas que se le hicieron, en este sentido uno de los motivos que la resolución arriba citada del Consejo de la Unión Europea señala como factor que permite presumir la existencia de un matrimonio de complacencia es el hecho de que los contrayentes no tengan idioma común y eso es, probablemente, lo que sucede en este caso. La interesada desconoce la edad exacta del hijo del interesado ya que dice que tiene 26 años cuando son 28. Declara que hace dos años que viven juntos, sin embargo él dice que viven juntos hace siete meses. A la pregunta de cuáles son sus medios de vida, no la entiende, luego declara que vive del interesado, sin embargo éste dice que a ella la mantiene su familia; cuando se le pregunta que cenaron ayer dice “una cosa” luego dice que no cenó porque le dolía la cabeza y tenía fiebre, dice que la noche pasada pasó la noche con el interesado en la misma casa, sin embargo el interesado declara que la noche pasada no la pasaron juntos sino que se fue con la familia de ella, declara que no todos los días duermen juntos sino que ella se va con su familia desconociendo con que familiares va a dormir, que cree que se va con una sobrina. El interesado desconoce si ella cobra el paro o no dice que se quiere casar con ella porque la quiere que le cuida muy bien y que lo hace porque ella quiere no recibiendo dinero por ello. La interesada se encuentra en España de manera ilegal, desde 2010 no le han renovado la residencia ya que se la denegaron. No presentan pruebas de su relación.

2017/DGRN/5.— Resolución DGRN de 1 julio 2016 (10ª). *Bol. Inf. Mº Just.*, nº 2199, 5 junio 2017, pp. 705–706.

Autorización de matrimonio. Impedimento de ligamen.

Normas aplicadas: Arts. 16 DUDH; 12 CEPDHLF; 23 PDCP; arts. 10, 14 y 32 CE; arts. 3, 6, 7, 44, 46, 49, 56, 65, 73 y 74 Cc; 15 y 73 LRC; 12, 54, 66, 240, 247, 256, 258 y 354 RRC.

[...]

II.— Los hechos ocurridos fuera de España que afectan a españoles se inscribirán en el Registro Civil español competente (*cf.* arts. 15 LRC y 66 RRC), si se cumplen, claro es, los requisitos en cada caso exigidos.

III.— Conforme a lo dispuesto en el art. 46.2º Cc no pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial, norma imperativa a la que es aplicable el art. 6.3º del mismo cuerpo legal, en virtud del cual “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho,...”. Si no puede celebrarse, tampoco puede inscribirse en el Registro Civil español un matrimonio celebrado en el extranjero que es nulo para el ordenamiento jurídico español.

IV.— El matrimonio celebrado en La República Dominicana el 26 junio 2013, entre un ciudadano español y una ciudadana dominicana, es nulo por impedimento de ligamen porque cuando se celebró el matrimonio la interesada estaba casada con Don A. A. G. de la que se divorció mediante sentencia de fecha 23 septiembre 2013 emitida por el Juez de Primera Instancia nº 10 de Granada. El estado civil de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio es un dato obligado en la inscripción (*cf.* arts. 35 LRC y 12 y 258 RRC) y en el Registro Civil español no puede practicarse una inscripción de matrimonio en la que conste que uno de los contrayentes, en este caso el español, está casado cuando se celebra el acto.

2017/DGRN/6.— Resolución DGRN de 1 julio 2016 (11ª). *Bol. Inf. Mº Just.*, nº 2199, 5 junio 2017, pp. 679–683.

Autorización de matrimonio entre español y extranjera. Verificación de propósito fraudulento.

Normas aplicadas: Arts. 16 DUDH; 12 CEPDHLF; 23 PDCP; arts. 10, 14 y 32 CE; arts. 3, 6, 7, 44, 45, 73 y 74 Cc; 386 LEC; 238, 245, 246, 247 y 358 RRC.

[...]

II.— En el expediente previo al matrimonio es trámite esencial e imprescindible (*cf.* Instrucción de 9 enero 1995, norma 3ª e Instrucción de 31 enero 2006, norma VII), la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el Instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia de impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (*cf.* art. 246 RRC).

III.— La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos ya que, mediante él, puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para que los promotores extranjeros obtengan las ventajas que el matrimonio conlleva. Si, a través de este trámite, o de otros medios objetivos, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (*cf.* arts. 45 y 73.1º Cc). No obstante, son sobradamente conocidas las dificultades prácticas de la prueba de la simulación. No existiendo normalmente pruebas directas, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, que ha de deducirse de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las

reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cf. art. 386 LEC), a cuya finalidad es de gran importancia la cuidadosa práctica de las audiencias reservadas.

IV.— En los supuestos en los que uno de los cónyuges de un matrimonio celebrado en el extranjero por extranjeros adquiere después la nacionalidad española, en los que el Registro Civil español pasa a ser sobrevenidamente competente para la inscripción del matrimonio (cf. art. 15 LRC), la doctrina oficial que este Centro Directivo viene sosteniendo es que resulta improcedente que se intenten aplicar las normas españolas sobre ausencia de consentimiento matrimonial: no hay puntos de conexión que justifiquen tal aplicación porque la capacidad de los contrayentes, a la fecha de la celebración del matrimonio, que es cuando ha de ser valorada, se rige por su anterior ley personal (cf. art. 9 n° 1 Cc) y, por tanto, procede la inscripción de ese matrimonio. Sin embargo, siendo cierto lo anterior, también lo es que dicha doctrina requiere, y así se hace constar reiteradamente en las Resoluciones de esta Dirección General, que no existan dudas de que el enlace ha cumplido los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley extranjera aplicable, requisitos que en principio habrán sido apreciados favorablemente por parte de las órganos registrales competentes extranjeros que primero autorizaron y después inscribieron el matrimonio.

V.— La cuestión que ahora se plantea es si tal doctrina debe aplicarse no sólo en los supuestos de matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros, sino también cuando ciudadanos extranjeros solicitan autorización para contraer matrimonio en España con otros ciudadanos extranjeros. En principio la regla sobre la ley aplicable a la capacidad y al consentimiento matrimoniales, determinada por el estatuto personal de los contrayentes, es la misma en uno y otro caso (cf. art. 9 n° 1 Cc), y así ha de ratificarse ahora ante la evidencia de que, si bien nuestro Derecho positivo carece de una norma de conflicto específica y autónoma respecto del “consentimiento matrimonial”, no debe escapar a la consideración del intérprete que el citado consentimiento matrimonial, como elemento esencial en la celebración del matrimonio (cf. art. 45 Cc, es materia directamente vinculada al “estado civil” y, como tal, sujeta al mismo estatuto personal de los contrayentes.

VI.— Sin embargo lo anterior no debe llevar a la conclusión de que la ley extranjera que integra el citado estatuto personal de los contrayentes se haya de aplicar siempre y en todo caso, sino que en ejecución de la regla de excepción del orden público internacional —que actúa con mayor intensidad cuando se trata de crear o constituir una nueva situación jurídica (en este caso un matrimonio todavía no celebrado) que cuando se pretender atribuir efectos a una relación jurídica ya perfeccionada al amparo de la ley extranjera— deberá dejar de aplicarse la norma foránea cuando deba concluirse que tal aplicación pararía en la vulneración de principios esenciales, básicos e irrenunciables de nuestro ordenamiento jurídico. Y a este propósito no es vano recordar la doctrina de este Centro Directivo en el sentido de que el consentimiento matrimonial real y libre es cuestión que debe ser considerada materia de orden público, por su carácter esencial en nuestro Derecho (cf. art. 45 Cc), en el Derecho Internacional Convencional y, en particular, en el Convenio relativo al consentimiento para el matrimonio, hecho en Nueva York el 10 diciembre 1962 (BOE 29.5.1969), cuyo artículo primero exige para la validez del matrimonio el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes. Dado que no cabe que las autoridades del foro autoricen un matrimonio cuando se pretenda celebrar contra la voluntad o sin el consentimiento real de los contrayentes, ha de denegarse la autorización en los supuestos de simulación, aunque los interesados estén sujetos por su estatuto personal a legislaciones que admitan en sede matrimonial una suerte de consentimiento abstracto, sin causa o desconectado de toda relación con la finalidad institucional del matrimonio (cf. art. 12 n° 3 Cc), facilitando con ello que esta institución sea utilizada como instrumento de un fraude de ley a las normas rectoras de la nacionalidad o la extranjería o a otras de diversa índole. Pero, con ser esto último importante, lo determinante para excepcionar la aplicación de la ley extranjera es el hecho de que un consentimiento simulado supone una voluntad matrimonial inexistente, en la medida en que la voluntad declarada no se corresponde con la interna, produciéndose en tales casos una discordancia consciente cuyo efecto es la nulidad absoluta, *ipso iure* e insubsanable del matrimonio celebrado (cf. art. 74 Cc), y ello cualquiera sea la *causa simulationi*, o propósito práctico pretendido *in casu*, que actúa como agente de una ilicitud civil incompatible con la protección jurídica que del *ius nubendi* se desprende en favor de la verdadera voluntad matrimonial. Por ello no cabe excusar la práctica de la audiencia reservada de los contrayentes (cf. art. 246 RRC), ni obviar la eventual consecuencia de la desestimación de la solicitud de

autorización, con el fin de impedir la celebración de un matrimonio claudicante, que nacería con la tacha de nulidad de pleno derecho si realmente se constata la existencia de una simulación del consentimiento, extremo que en todo caso debe ser contrastado.

VII.— En el caso actual se trata de la solicitud de autorización para contraer matrimonio civil en España entre un ciudadano boliviano, residente en España y una ciudadana nicaragüense, residente en España y de las audiencias reservadas y demás actuaciones llevadas a cabo en el expediente, se desprenden determinados hechos objetivos de los que cabe deducir que el matrimonio proyectado no ha perseguido los fines propios de esta institución. Ninguno de los dos sabe la fecha de nacimiento y los nombres de los padres del otro, el interesado no da el segundo apellido de ella. La interesada desconoce la empresa para la que trabaja él, sus estudios e idiomas hablados aparte del suyo. La interesada no trabaja y no tiene sueldo y declara que no le ayuda a él económicamente, sin embargo él dice que ella trabaja, concretando su horario laboral y que gana 600 euros y le ayuda económicamente, desconociendo el salario que tiene él, dice que las tareas de la casa las hace ella porque él trabaja, sin embargo él dice que se las reparten. Desconocen gustos, aficiones, deportes practicados, comidas favoritas, etc. Las pruebas aportadas no son concluyentes. Esta Dirección General, a propuesta del Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil, ha acordado desestimar el recurso y con—firmar el auto apelado.

2017/DGRN/7.— Resolución DGRN de 1 julio 2016 (14^a). Bol. Inf. M^o Just., n^o 2199, 5 junio 2017, pp. 699–701.

Matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración. Capacidad matrimonial

Normas aplicadas: Arts. 16 DUDH; 12 CEPDHLF; 23 PDCP; arts. 10, 14 y 32 CE; arts. 3, 6, 7, 44, 45, 73 y 74 Cc; art. 386 LEC; arts. 238, 245, 246, 247 y 358 RRC

[...]

II.— Cuando un español desea contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y esta ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial (cf. art. 252 RRC), el expediente previo para la celebración del matrimonio ha de instruirse conforme a las reglas generales (cf. Instrucción de 9 enero 1995, norma 5^a), siendo, pues, trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cf. art. 246 RRC).

III.— La importancia del trámite de audiencia ha aumentado en los últimos tiempos en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar, ni contribuir, como en este caso, a la autorización de un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cf. arts. 45 y 73–1^o Cc).

IV.— Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cf. art. 386 LEC).

V.— En el caso actual se trata de autorizar la expedición de un certificado de capacidad matrimonial para la celebración de un matrimonio en Marruecos, entre una ciudadana española y un ciudadano marroquí, y de las audiencias reservadas se desprenden determinados hechos objetivos de los que cabe deducir que el matrimonio que se pretende celebrar no persigue los fines propios de esta institución. Discrepan en

cuando se conocieron ya que él dice que el 3 septiembre 2013 mientras que ella dice el 2 septiembre 2013. El interesado desconoce la fecha de nacimiento de ella ya que dice que nació en 1978 cuando fue en 1972, desconoce el nivel de estudios de ella, aficiones (ella dice la música y él dice gimnasia), color preferido (él dice que el color piedra y ella dice violeta), enfermedades padecidas (ella dice que no ha padecido ninguna y él dice que ella tiene úlcera de estómago), talla de ropa, manías (ella dice que la limpieza y él dice que el mal olor), nombre del perfume que le regaló, no conoce al hijo de ella con quien convive y bajo cuyo techo vivirán en caso de celebrarse el matrimonio, etc.; por su parte ella desconoce los nombres de los padres de él (dice que no los sabe escribir), estudios del interesado, dirección, si fuma o no (ella que él fuma a escondidas y esporádicamente, mientras que él dice que no fuma), talla de zapato, nombre de su mejor amigo, manías, etc. Discrepan en si ella le presta o no ayuda económica ya que él dice que ella sí le ayuda mientras que ella dice que no. El interesado no trabaja en su país y no tiene ingresos y no parece que tenga intención de hacerlo en España. Por otro lado la interesada es 22 años mayor que el interesado. Las pruebas presentadas no son concluyentes.

VI.— A la vista de lo que antecede, se considera que existe base suficiente para entender que el Ministerio Fiscal y el Juez Encargado del Registro Civil hayan deducido la inexistencia de una voluntad de contraer matrimonio con los fines propios de ésta institución. Su deducción no es ilógica ni arbitraria y siempre ha de tenerse en cuenta que, por razones de inmediación, las personas que han presenciado las manifestaciones de los interesados son las que están en mejores condiciones para apreciar una posible simulación.

2017/DGRN/8.— Resolución DGRN de 15 julio 2016 (33ª). *Bol. Inf. Mº Just.*, nº 2199, 5 junio 2017, pp. 701–704.

Certificado de capacidad. Verificación de propósito fraudulento.

Normas aplicadas: Arts. 22 y 225 LEC; arts. 355 ss RRC.

[...]

II.— No cabe en este caso decaimiento del procedimiento por satisfacción extraprocesal de los intereses sujetos a tutela por cuanto a que el auto ordenando que se estime la pretensión y se proceda a librar la certificación solicitada se dictó con posterioridad a la interposición del recurso, careciendo, por tanto, el Encargado del Registro Civil de Mollet del Valles, de competencia para ello. En efecto, una vez dictado el auto, notificado a los interesados y presentado el recurso, la competencia para conocer y resolver corresponde a esta Dirección General, que debe resolver el recurso y pronunciarse sobre la procedencia de expedir el certificado de capacidad matrimonial.

III.— Pero, vistos los arts. 16 DUDH, 12 CEDH/LF; 23 PIDCP, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 diciembre 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; arts. 10, 14 y 32 CE; 3, 6, 7, 44, 45, 65, 73, 74 Cc; 386 LEC; arts. 23 y 73 LRC; arts. 54, 85, 245, 246, 247, 252, 256, 257 y 354 RRC; la Instrucción del 9 enero 1995; la Instrucción de 31 enero 2006; y las Resoluciones, entre otras, de 31–1ª y 5ª de mayo, 23–2ª de junio, 25–1ª de julio, 5–2ª de septiembre, 30–2ª de octubre, 11 de noviembre y 28–5ª diciembre 2006; 29–3ª y 4ª de enero, 28–1ª y 2ª de febrero, 25–7ª de abril, 31–2ª de mayo, 1–2ª y 3ª de junio 11–2ª, 5ª y 6ª de septiembre, 26–5ª de noviembre, 28–5ª diciembre 2007; 11–1ª y 31–1ª y 4ª enero 2008.

IV.— En el expediente previo para la celebración del matrimonio es un trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el Instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (*cf.* art. 246 RRC).

V.— La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas

que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios objetivos, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cf. arts. 45 y 73.1º Cc). Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cf. art. 386 LEC). En el caso actual nos encontramos con una solicitud de certificado sobre capacidad matrimonial a que se refiere el art. 252 RRC y, podemos entender que los hechos comprobados por medio de las audiencias reservadas no tienen entidad suficiente como para deducir que no concurre un verdadero consentimiento matrimonial. Si se comparan las declaraciones de uno y otro contrayente no se advierten contradicciones de relevancia en las respuestas dadas a las preguntas que se le formularon, lo que no proporciona elementos de juicio necesarios para deducir una utilización fraudulenta del matrimonio. Las partes dan un relato coincidente en cuanto a su relación personal y ambos manifiestan haberse conocido en R., en un viaje que ella realizó con unas amigas y que desde entonces han mantenido un contacto continuado a través del teléfono, *whatsapp*. Ella le ha visitado varias veces, viajes que han quedado acreditados con a fotocopia de su pasaporte que se incorpora al recurso. Los interesados saben quiénes son sus respectivos familiares si bien en el caso de él no los conoce personalmente a los de ella por cuanto a que no ha podido viajar a España, mientras que ella sí con ocasión de los viajes citados. Por último, las partes interesadas también demuestran tener un conocimiento recíproco propio de quienes desean contraer matrimonio relativo a la actividad profesional, gustos y aficiones de cada uno. Existen ciertas discrepancias que ciertamente llevaron al Encargado del Registro Civil Consular a denegar la expedición de la certificación solicitada, si bien el hecho es que tras la interposición del recurso y examen del mismo el Encargado del mismo Registro Civil reconsideró su decisión e informó en este caso favorablemente a la estimación del recurso.

VI.— Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta de obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aún en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-2º octubre 1993, “ante la opción de autorizar (aquí obtener el certificado referido) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha elegido la primera alternativa”. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cf. Art. 74 Cc) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto”. Esta Dirección General, a propuesta del Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil, ha acordado estimar el recurso interpuesto y ordenar que expida certificado sobre capacidad matrimonial de la interesada a fin de que pueda contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la Ley lugar de celebración y que tendrá una validez de seis meses desde su fecha en los términos establecidos en el art. 252 RRC.

2017/DGRN/9.— Resolución DGRN de 22 julio 2016 (20º). Bol. Inf. Mº Just., nº 2199, 5 junio 2017, pp. 673–675.

Inscripción de matrimonio religioso celebrado en el extranjero (Sahara Occidental)

Normas aplicadas: Arts. 9 y 65 Cc; arts. 15, 16, 23, 27, 35, 69 y 73 LRC; arts. 81, 85, 256 y 257 RRC.

[...]

II.— En el presente caso, los interesados de nacionalidad española, con valor de simple pre-sunción desde el año 2006, pretenden inscribir un matrimonio que se celebró en Sáhara Occidental en 1972, sin embargo la inscripción que es denegada por el Juez Encargado por estimar que no está suficientemente

probada la celebración del acto cuya inscripción se solicita ni acreditados determinados datos de los que la inscripción hace fe.

III.— Los hechos que afectan a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la nacionalidad española, son inscribibles en el Registro Civil español competente (*cf.* arts. 15 LRC y 66 RCC), siempre, claro es, que se cumplan los requisitos en cada caso exigidos. Por esta razón ha de examinarse la cuestión sobre si cumple estas exigencias el matrimonio de los promotores celebrado, según se dice, en Sáhara Occidental en 1972.

IV.— La competencia para decidir la inscripción corresponde al Registro Civil Central por estar el promotor domiciliado en España. (*cf.* art. 68,II RRC) y la vía registral para obtener el asiento ha de consistir bien en la certificación del Registro extranjero, expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (*cf.* arts. 23 LRC y 85 y 256–3º RRC), bien en el expediente al que se refiere el art. 257 del Reglamento “en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos”.

V.— En el caso actual, se pretende la inscripción de un matrimonio por transcripción de la certificación de un Registro extranjero. El art. 85 RRC dispone al respecto que “para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española”. La calificación por el Encargado de la certificación extranjera se extiende al examen de la competencia y autoridad que la expide, la cual ha de actuar en el ejercicio de cargo que la habilite para tal expedición con base legal suficiente. En particular se observa que el título aportado no reúne los requisitos que señala el artículo reglamentario transcrito para que pueda practicar la inscripción, concretamente, no consta qué funcionario o autoridad religiosa autorizó el matrimonio, ni los testigos se encuentran suficientemente identificados. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de acudir al expediente del art. 257 RRC “En cualquier otro supuesto el matrimonio sólo puede inscribirse en virtud de expediente, en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos”.

2017/DGRN/10.— Resolución DGRN de 29 julio 2016 (12ª). *Bol. Inf. Mº Just.*, nº 2199, 5 junio 2017, pp. 674–677.

Inscripción de matrimonio religioso celebrado en el extranjero. Matrimonio consuetudinario que celebrado en Ghana.— Matrimonio poligámico.

Normas aplicadas: Arts. 9 y 65 Cc; arts. 15, 16, 23, 27, 35, 69 y 73 LRC; arts. 81, 85, 256 y 257 RRC.

[...]

II.— En el presente caso, el interesado, de nacionalidad española adquirida por residencia en el año 2011, pretende inscribir un matrimonio consuetudinario que se celebró en Ghana el 26 mayo 1999. La inscripción es denegada por el Juez Encargado porque dicho matrimonio choca frontalmente con el sistema jurídico matrimonial instituido en nuestro país, ya que es una forma de matrimonio poligámico que permite la subsistencia de otros vínculos matrimoniales anteriores o posteriores al mismo. Sus efectos se producen con independencia de su inscripción la cual es discrecional y puede efectuarse por medio de una simple declaración.

III.— Los hechos que afectan a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la nacionalidad española, son inscribibles en el Registro Civil español competente (*cf.* arts. 15 LRC y 66 RCC), siempre, claro es, que se cumplan los requisitos en cada caso exigidos. Por esta razón ha de examinarse la cuestión sobre si cumple estas exigencias el matrimonio de los promotores celebrado, según se dice, en Ghana en 1999.

IV.— La competencia para decidir la inscripción corresponde al Registro Civil Central por estar los promotores domiciliados en España. (cf. art. 68,II RRC) y la vía registral para obtener el asiento ha de consistir bien en la certificación del Registro extranjero, expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (cf. arts. 23 LRC y 85 y 256.3º RRC), bien en el expediente al que se refiere el art. 257 del Reglamento “en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos”.

V.— En el caso actual, los interesados presentan un certificado de matrimonio civil consuetudinario, celebrado el 26 mayo 1999, en dicho certificado no se consigna la autoridad ante la que se celebró ni tampoco aparecen testigos, tampoco se trata de un matrimonio celebrado conforme a una determinada confesión religiosa. Por todo ello no es susceptible de inscripción, ni tampoco de la anotación prevista en el art. 271 del Reglamento o, a través de un expediente con valor de presunción (cf. art. 38–2º LRC) de la regulada por los arts. 335, 339 y 340 del propio Reglamento.

VI.— Por otra parte y en relación con los matrimonios consuetudinarios, de conformidad con la información oficial, el denominado matrimonio consuetudinario admite, con plena eficacia civil, varios matrimonios celebrados por la misma persona sin disolución del vínculo previo (poligamia); permite la unión de niñas a partir de los doce años; y acepta la falta de consentimiento de una de las partes (la mujer es entregada por su familia al marido a cambio de una dote). Sin perjuicio del sometimiento de la capacidad matrimonial al estatuto personal determinado por la nacionalidad de la persona, la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación redundaría en vulneración de principios esenciales, básicos e irrenunciables del Derecho español. La cláusula del orden público internacional ha sido aplicada con frecuencia en nuestro Derecho, y en particular en la doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, que ha entrado a examinar la validez de estos matrimonios considerando la Ley española como *lex fori*. Los matrimonios celebrados en cualquiera de los tres supuestos enumerados, todos ellos concurrentes en el consuetudinario, son nulos, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 46 y 73 Cc y, en consecuencia, el aducido por los interesados, no puede tener acceso al Registro Civil español.

2017/DGRN/11.— Resolución DGRN de 3 agosto 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Roses nº 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de compraventa. BOE 23.9.2016.

Régimen económico matrimonial.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º, 9.11º, 1259, 1309, 1311, 1312 y 1459 Cc; art. 3 LH; arts. 36 y 92 RH; art. 58 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; 159 RN; arts. 227 ss Ley de Sociedades de Capital; el Reglamento Europeo 593/2008 de 17 de junio, sobre obligaciones contractuales.

1. La cuestión que se plantea en el presente expediente es la posible existencia de un conflicto de intereses en el supuesto en que el representante de la sociedad vendedora sea el cónyuge de la adquirente, estando ambos casados bajo el régimen de separación de bienes con nivelación de ganancias, del Derecho alemán.

En este expediente se trata de una compraventa de bienes inmuebles situados en España, realizada entre persona física y jurídica de nacionalidad alemana y por tanto sujeta al Reglamento 593/2008 de 17 de junio, de obligaciones contractuales, (Roma I) que, en defecto de ley escogida por las partes a los contratos relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles, aplica la ley del lugar donde estuvieran situados, en consecuencia, la legislación española bajo cuyo prisma debe considerarse el posible conflicto de intereses que pueda concurrir en la prestación del consentimiento en el contrato considerado.

Esto, no obstante, existen ciertos aspectos que quedan excluidos de la esta ley, dos de ellos relevantes en este caso, de un lado la proyección del régimen económico del matrimonio en los efectos del contrato, y de otro las cuestiones de funcionamiento interno de las sociedades, en cuanto a la manera de abordar los supuestos en los que sus representantes defienden en el mismo contrato también intereses contrapuestos al de la sociedad y de formalizar los acuerdos pertinentes. En cada uno de los casos deberá aplicarse lo previsto en los arts. 9.2º y 9.11º Cc respectivamente.

Asimismo, de conformidad con la resolución de este Centro Directivo de 27 abril 2015, la determinación de cual haya de ser la ley material aplicable a un supuesto internacional corresponde a la autoridad del foro. Y a estos efectos, no debe ser objeto de confusión la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con la obligatoriedad de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable, conforme al art. 12.6º Cc, norma que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 20 enero 2011, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto.

En nuestro caso, al aplicar las normas de conflicto la regulación aplicable será Derecho español en lo relativo a la compraventa y Derecho alemán en cuanto al régimen económico–matrimonial y al funcionamiento de la sociedad mercantil.

2. En cuanto a la prueba del Derecho extranjero, sobre la que no existe un instrumento en vigor ni en la Unión Europea ni en la Conferencia de La Haya, ha sido objeto de nueva regulación en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en vigor desde el 20 agosto 2015). Debe tenerse en cuenta que el régimen de la prueba del Derecho extranjero, con carácter general, queda regulado en el art. 33 de dicha Ley, que no modifica ni afecta las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al art. 36 RH.

La publicación de esta ley, (sin embargo), si fundamenta la cooperación de autoridades extrajudiciales conforme al principio general basado en la cooperación y flexibilidad (art. 3), lo que impide rechazar la prueba *ad nutum*.

Señala la resolución de 3 mayo 2016 de este Centro Directivo que los arts. 34 a 36 de dicha Ley, que establecen el régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del Derecho extranjero, son aplicables tanto a la aplicación del Derecho extranjero por autoridades jurisdiccionales, como por notarios y registradores. No obstante, esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial, entre las que se encuentra la legislación hipotecaria (disposición adicional primera, letra f), de la Ley 29/2015, de 30 de julio), en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley, por lo que se deberá acudir preferentemente a los medios de acreditación del Derecho extranjero previstos en el art. 36 RH.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el art. 36 RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 marzo 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son “la aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable”. El precepto señala además que “por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles”. La enumeración expuesta no contiene un «*numerus clausus*» de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse “entre otros medios”, por los enumerados.

Por otro lado, al igual que en sede judicial, se mantiene la exigencia contenida en el art. 281.2º LEC, según la cual no sólo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia (*vid.*, entre otras, SSTs 11 mayo 1989, 7 septiembre 1990 y 25 enero 1999 y la Resolución de 20 enero 2011). Es decir, no basta la cita aislada de textos legales extranjeros, sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país. Asimismo, esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (*cf.* arts. 281 LEC, 168.4º RB y 36.2º RH), pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por

las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (*vid.*, entre otras, las Resoluciones de 14 diciembre 1981 y 5 de febrero y 1 marzo 2005). La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquél no sea invocado por las partes. En consecuencia, como señaló la Resolución de 20 enero 2011, el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción.

En definitiva, el art. 36 RH posibilita que el Derecho extranjero pueda ser acreditado, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario, habiendo manifestado esta Dirección General (*cf.* Resolución 20 julio 2015) que si el registrador entendiese, que del informe emitido por el notario no se dedujera la conclusión pretendida en cuanto al sentido, alcance e interpretación de las normas extranjeras, deba el registrador al calificar expresar y motivar las concretas razones de su rechazo, sin que, por tanto, sea suficiente una referencia genérica de falta de prueba del Derecho extranjero.

Es preciso recordar tanto a notarios como a registradores la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 RH, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, sino a los medios que proporciona, en el ámbito de la Unión Europea, el entorno E-Justicia.

3. El sistema español de seguridad jurídica preventiva tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. De aquí que la determinación de la titularidad deba quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Dice el art. 51 RH, que se expresará en el asiento en caso de que los titulares registrales sean personas casadas, el régimen económico matrimonial y el nombre del otro cónyuge si el acto o contrato que se inscriba afecta a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal.

Tratándose de personas casadas, la titularidad de sus bienes y derechos queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho inscrito. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el Registro debe publicarlo y de ahí que nuestro ordenamiento exija la debida constancia de cuál sea el régimen económico matrimonial aplicable al titular registral. En consonancia, el art. 75 del mismo Reglamento permite la registración de las capitulaciones matrimoniales en actos que se contenta actos inscribibles relativos a bienes inmuebles o derechos inscritos.

Como declaró la Resolución de este Centro Directivo de 15 julio 2011, tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico-matrimonial esté sujeto a una Ley extranjera la regla es la misma pues la finalidad de publicar una situación jurídica cierta, de conformidad con el principio de especialidad, no se ve modificada por dicha circunstancia.

La cuestión empero es más compleja pues la determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero lo que no es obligado para los funcionarios españoles. Esta oposición entre la exigencia legal de publicar en toda su extensión el derecho adquirido y las dificultades para determinar cuál ha de ser el régimen matrimonial legalmente aplicable ha sido cuestión de preocupación ya desde antiguo para nuestra jurisprudencia y para este Centro Directivo. A esta dificultad pretende dar respuesta el art. 92 RH.

Por otro lado, debe tenerse presente que la entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada ni que el notario español pueda adoptar una actitud pasiva.

De un lado, el art. 159 RN no hace distinción alguna, por lo que el autorizante debe indagar la situación de los otorgantes a fin de averiguar si existen capítulos o contrato matrimonial entre ellos para proceder, tal y como exige dicho precepto, testimoniando, en su caso, los aspectos particulares que puedan ser relevantes al efecto (*vid.* Resolución de 15 junio 2009).

De otro, el notario español está obligado a aplicar la norma de conflicto española (art. 12.6° Cc) y a determinar, de acuerdo a dicha norma, la ley material que resulte aplicable al régimen económico de los cónyuges. Así aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Tales extremos deberán constar de manera indubitada en el propio título de inscripción, sin que puedan ser obviados desplazando su acreditación a sede de recurso gubernativo.

La aplicación de la legislación alemana queda sometida necesariamente a su acreditación ante la registradora ya que como hemos visto anteriormente el Derecho extranjero debe probarse por quien pretenda su aplicación.

En relación con la necesidad de probar el derecho matrimonial alemán, es cierto que el art. 92 RH establece que la inscripción se practicará con arreglo a la legislación de su país. Como ya ha indicado este Centro Directivo en diversas Resoluciones (cf. Resoluciones de 3 enero 2003, 26 febrero 2008 y 15 julio 2011) el singular régimen de constancia del régimen económico–matrimonial de los cónyuges extranjeros en la inscripción de los bienes y derechos que adquieren, previsto en el art. 92 RH difiere el problema para el momento de la enajenación posterior, pues en tal momento es preciso el conocimiento del Derecho aplicable al caso concreto, en cuanto a las reglas que disciplinan el régimen de disposición del bien y requisitos que el mismo impone.

4. En lo que se refiere a la segunda de las cuestiones planteadas, mantiene la registradora que existe un conflicto de intereses por el hecho de que el administrador de la sociedad sea el marido de la compradora cuando están casados en el régimen supletorio de participación en ganancias recogido en la legislación alemana.

Para analizar el posible conflicto de intereses entre la compradora y la sociedad vendedora, conviene analizar esta cuestión desde la doble perspectiva de la parte vendedora y de la parte compradora.

En relación con la compradora, su régimen económico viene regulado en el Libro Cuarto, Sección Primera, Título sexto 1, arts. 1363 ss del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, Código Civil alemán) disponiendo el nº 2 de dicho artículo que el patrimonio del marido y de la mujer no será patrimonio común del matrimonio; ello será de aplicación asimismo en cuanto al patrimonio adquirido por uno de ellos tras la celebración del matrimonio; los bienes del marido y los de la mujer no se convertirán en bienes comunes de los esposos ni durante ni a la disolución del matrimonio y como tiene declarado la DGRN en Resolución de 17 diciembre 2004, durante la vigencia de dicho régimen, cada cónyuge no tiene un derecho real en relación con los bienes adquiridos por el otro cónyuge sino un derecho de crédito, el derecho de participación sobre el patrimonio final del otro, que se consolidará al finalizar el mismo. Mientras esté vigente dicho régimen se rige por las normas de separación de bienes por lo que cada uno administra y dispone de su patrimonio libremente, salvo que disponga del ajuar familiar o de todo su patrimonio.

Sin embargo, es posible que la inversión inmobiliaria cuestionada, si bien de manera indirecta y diferida, podría afectar a los derechos propios del representante, y afectar, en consecuencia, en alguna medida a su esfera patrimonial, por sus eventuales consecuencias en el ámbito de la liquidación de los derechos económicos conyugales e incluso en el ámbito sucesorio. Pero concurriendo ambos cónyuges interesados, desde esta perspectiva el conflicto de intereses queda salvado.

Desde el punto de vista de la parte vendedora, se plantea si la situación personal del administrador puede viciar de alguna manera el contrato de venta.

En este sentido, en el ámbito societario, debe diferenciarse la situación de autocontrato de la del conflicto de intereses en la actuación del administrador de una compañía, cuestión esta última que cuenta con una específica regulación en el ámbito de las sociedades mercantiles.

Hay que partir de la base de que en el supuesto planteado no existe auto–contratación, ya que esta se produce cuando una persona interviene en un mismo contrato en su propio nombre y en el de la otra parte contratante o incluso cuando representa a ambas partes en el negocio jurídico. En estos casos es doctrina reiterada de la DGRN (*vid.* Resoluciones de 9 julio 2014 y 20 octubre 2015) que en la valoración de la

suficiencia de las facultades del representante debe el notario hacer mención expresa a la facultad de autocontratar.

Pero al margen de la problemática de la incidencia de la doctrina del autocontrato, debe analizarse también si existe un posible conflicto de intereses.

La legislación de los distintos países europeos regula de manera paralela el régimen de responsabilidad de los administradores y particularmente el denominado deber de lealtad, que obliga al administrador a actuar de buena fe y orientado por aquello que resulte más favorable para la sociedad. Así se establece en el art. 227 Ley de Sociedades de Capital al decir que “los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la Sociedad”.

Entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, se incluye el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 229 Ley de Sociedades de Capital), bajo el régimen de imperatividad y dispensa que establece el art. 230 de la misma Ley.

Respecto a las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad y situación de conflicto de intereses son las previstas en los arts. 227.2 y 232 Ley de Sociedades de Capital, al imponer el primero la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social y devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto; y, el segundo artículo, el 232 al decir “el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los arts. 236 ss no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad”.

Lo anterior pondría de manifiesto que frente a los diversos grados de ineficacia del autocontrato del art. 1459 Cc, el conflicto de intereses en el ámbito societario provoca unos efectos diversos como ha quedado expuesto (arts. 227.2º y 232 Ley de Sociedades de Capital).

Ciertamente, en este régimen especial, no solo se contemplan acciones de responsabilidad frente al administrador que incumple su deber de abstención ante un eventual conflicto de interés, sino también acciones (art. 232 Ley de Sociedades de Capital) que pueden comprometer la eficacia del acto otorgado, como las que se dirigen a la cesación de sus efectos, y su impugnación o anulación.

Ahora bien, este supuesto de ineficacia previsto en el art. 232 Ley de Sociedades de Capital por infracción del deber de lealtad, debe compaginarse, a su vez, con el ámbito de representación del órgano de administración.

El art. 234 Ley de sociedades de capital establece que: “1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”.

Por ello, desde una perspectiva general puede afirmarse que el acto realizado infringiendo el deber de lealtad pudiera tenerse por eficaz, desde el punto de vista representativo, (dejando acaso la salvedad de supuestos en que del documento presentado resulte patente su nulidad) en tanto no se declare judicialmente su ineficacia, para lo cual parece que habría de concurrir también otro elemento, ajeno al juicio de suficiencia de la representación, como es el de la producción de un daño a la compañía, aunque en este punto cabe reconocer que la doctrina científica no se muestra unánime.

El conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del art. 1259 Cc, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado, porque en este caso, la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y como es sabido el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social (véase art. 10 Directiva 2009/101/CE del parlamento y el Consejo de 16 septiembre 2009).

Por ello las consideraciones que preceden son congruentes con lo que sostiene este centro directivo, en lo que se refiere a la actuación del registrador (Resoluciones de 26 de junio y 8 julio 2015), de que no debe perderse de vista que al Registro sólo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución patente susceptible de impugnación (*cf.* art. 18, 33, 34 y 38 LH y 1259 Cc). Sólo así puede garantizarse la seguridad jurídica preventiva que en nuestro sistema jurídico tiene su apoyo fundamental en el instrumento público y en el Registro de la Propiedad. Y es que, como ya expresara el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 octubre 2000, Sala Tercera, “a Notarios y Registradores les incumbe en el desempeño de sus funciones un juicio de legalidad, que, recae, respectivamente, sobre los negocios jurídicos que son objeto del instrumento público, o sobre los títulos inscribibles”. Pero debe también tomarse en consideración que el art. 18 LH delimita el ámbito objetivo de la calificación al establecer que los registradores calificarán “... la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase,... así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas...”. Ciertamente, en el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste.

Por todo ello, los dos ámbitos, autocontrato y conflicto de intereses, deben mantenerse separados. Los supuestos de conflicto de intereses y la relación de personas vinculadas a los administradores, que enumera el art. 231, con carácter general, debe quedar sujeto al régimen de los arts. 227.2º y 232 Ley de Sociedades de Capital y su control ha de ser judicial, en el ámbito procesal en que se pueda ejercer el derecho a la defensa y llevar a cabo una prueba contradictoria, salvo que el conflicto sea notorio y afecte al propio ámbito representativo, conforme a lo dispuesto en el art. 234 Ley de Sociedades de Capital.

En conclusión, y por lo que respecta a la legislación española, en nuestro caso no puede deducirse del solo hecho de que el administrador de la sociedad vendedora sea el marido de la compradora, cuando esta actúa en su propio nombre y derecho, sin adquirir con carácter común, que se haya quebrantando el deber de lealtad y se haya causado un perjuicio a la sociedad, cuestiones estas de carácter sustantivo, que deberán ventilarse en el juicio correspondiente.

Es cierto que esta Dirección General en Resolución de fecha 30 junio 2014 declaró no inscribible una novación de hipoteca por existir conflicto de intereses, pero esta resolución es de fecha anterior a la reforma de la Ley de Sociedades de Capital por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que dio nueva redacción a los arts. 229 y concordantes de la Ley.

Al propio tiempo, hay que señalar que en el ámbito de la Unión Europea la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 septiembre 2009 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el art. 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en su art. 3, siguiendo una concepción claramente germánica, define el ámbito de representación del órgano de administración, por lo que es fácilmente comprensible que el conflicto de intereses debe reconducir, en su caso, a su resolución judicial.

5. A lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho debe añadirse, en el presente expediente, la relevancia del documento de ratificación que se presenta con el título cuyo acceso tabular se deniega. En efecto mediando la ratificación del representado, procede concentrarse en el examen de sus efectos, orillando el debate sobre su necesidad.

Por eso, más allá de los razonamientos que preceden, debe señalarse que cuando la sociedad, a través de su junta válidamente celebrada, ratifica el negocio cuestionado, el acto queda en todo caso purificado o convalidado a todos los efectos (art. 1312 Cc, por analogía), decayendo las acciones impugnatorias por razón del eventual conflicto de intereses, en la medida en que dicha ratificación implica que la sociedad no se considera perjudicada –o al menos, rehúsa exigir responsabilidad por las consecuencias que le pudo suponer la operación– y que, por mera razón de congruencia con los propios actos (*cf.* art. 6 Cc), declina el ejercicio de las acciones impugnatorias (arts. 1309 y 1311 Cc, por analogía).

En el presente supuesto la sociedad ha consentido el acto, mediante su ratificación en junta universal y por unanimidad. Esta circunstancia zanja toda posibilidad de duda sobre la validez y eficacia traslativa del acto concernido.

La certificación del órgano de administración societario, con la firma legitimada notarialmente, que traslada suficientemente, por relación, el contenido del acuerdo ratificatorio (aunque no se transcriba literalmente), acredita suficientemente este extremo, a los efectos de la inscripción inmobiliaria debatida. En este sentido, cabe recordar, que la anterior conclusión no se puede ver empañada por el hecho de que el certificante sea el propio gerente otorgante, pues la doctrina del conflicto de intereses, no se proyecta sobre las declaraciones de ciencia o de verdad, sino solo sobre las declaraciones de voluntad o actos enumerados en el art. 229 Ley de Sociedades de Capital, de trascendencia patrimonial para la compañía. De hecho constituye una práctica habitual en la realidad documental española que las sociedades cuyo órgano de administración es unipersonal complementen su legitimación y competencia representativa (en los supuestos en que es preciso) mediante la acreditación de los oportunos acuerdos de la junta de socios, en virtud de certificaciones libradas por la propia persona que actúa como administradora (incluso la Resolución de 7 abril 2011, permite que el administrador actuante pueda certificar directamente sobre el cuerpo del documento público que otorga).

Desde una perspectiva formal también se constata que el acuerdo que se contiene en la certificación no constituye un supuesto en que para su acceso tabular se exija por las leyes su previa elevación a público; basta, entonces, con se legitime notarialmente la firma, porque dicha legitimación “implica un juicio acerca de la autoría de la certificación que se le presenta al notario” (cf. Resoluciones de 14 de febrero y 17 noviembre 2006 y 6 y 20 febrero 2007). Po-dría resultar en cierto modo incongruente, en nuestro sistema que no se exige la elevación a público del acuerdo de nombramiento de un administrador (salvo su designación como consejero-delegado) para su inscripción, que se demande dicha forma pública respecto de un acuerdo complementario de la junta para la plena acreditación de su legitimación.

Finalmente, a estos efectos, debe tenerse en cuenta que, si bien la legislación alemana reconoce al administrador la función de redacción de las actas, aunque sin atribuir expresamente al órgano de administración la facultad de certificar el contenido de las mismas, el documento presentado parece equivalente al que resultaría exigible de conformidad al Derecho español para complementar la competencia de dicho órgano, por cuanto del título, y de la documentación complementaria, que se presenta a inscripción, se acredita (a diferencia de lo que ocurría en el caso objeto de la Resolución de 20 mayo 2006) el cargo de administrador, inscrito en el Registro Mercantil competente, de la persona que emite la certificación, así como la legitimidad de su firma, extremos estos coincidentes con las exigencias del Derecho español, derivándose de su contenido que todos los socios, constituidos en junta universal, aprueban por unanimidad la operación sobre cuyo acceso registral se debate. De esta forma se complementa la legitimación—que como órgano social—corresponde al gerente actuante en el caso debatido—pues la certificación complementaria es suficientemente ilustrativa de la dispensa concedida por la junta de socios (art. 230.2º Ley de Sociedades de Capital) y ello con independencia de la eventual responsabilidad del administrador, aun mediando tal dispensa, si el acto fuese lesivo para los intereses de la sociedad (art. 236.1º y 2º Ley de Sociedades de Capital), o si el contenido certificado fuese inveraz, cuestiones cuyo enjuiciamiento competen a los tribunales de Justicia.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

NOTA

1. Se pretende inscribir compraventa otorgada ante notario español de un inmueble situado en España. El representante de la sociedad alemana vendedora es el cónyuge de la adquirente. El régimen económico del matrimonio, sujeto al Derecho alemán, es el régimen de separación de bienes con nivelación de ganancias. La suspensión de la inscripción indica la necesidad de subsanar el eventual conflicto de intereses. Dicha calificación se mantiene aun cuando se alega la ratificación

del acto por la Junta General de socios, por no presentarse el documento acreditativo de dicho acuerdo.

2. La DGRN incurre en contradicción por lo que se refiere a la ley aplicable al régimen del conflicto de intereses en cuestión. En su fundamento primero parece separar correctamente el régimen de la ley aplicable a la validez del contrato [la ley española, en aplicación del art. 4.1º c) del Reglamento (UE) nº 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales], de la ley aplicable al régimen económico matrimonial y a la representación orgánica. Ambas cuestiones se excluyen del ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1.2º letras c y f), que excluye asimismo la representación voluntaria (letra g), además de la orgánica. En consecuencia, en virtud de lo dispuesto en los arts. 9.2º y 9.11º Cc, ambas cuestiones quedan regidas por la ley alemana.

En su fundamento segundo, la DGRN se limita a reproducir su doctrina ya asentada sobre la acreditación y prueba del Derecho extranjero, que en este caso procedería tener en consideración en relación con las cuestiones sujetas al Derecho alemán. En su fundamento tercero recuerda asimismo la doctrina general sobre la indicación y acreditación del régimen económico matrimonial sujeto a un Derecho extranjero.

Sobre la incidencia del régimen económico matrimonial en un eventual conflicto de intereses, negada por el recurrente sobre la base de la separación de bienes constante el matrimonio que implica el régimen del matrimonio, la DGRN procede en efecto a un análisis de dicho régimen conforme al Código civil alemán (fundamento jurídico cuarto). Estima la DGRN que dicho régimen descarta un supuesto de autocontratación y a su vez la participación de ambos cónyuges en la operación descarta cualquier conflicto de intereses.

Finalmente, en el mismo fundamento cuarto, procede a analizar la DGRN la cuestión fundamental, consistente en determinar si el vínculo conyugal entre el representante de la sociedad vendedora y la adquirente podría implicar un conflicto de intereses y una afectación de la capacidad jurídica de la parte vendedora. Sobre la presunción de una armonía en las legislaciones europeas, la DGRN asienta sus consideraciones y argumentos al respecto en la ley española de Sociedades de Capital y el propio Código civil. La conclusión, a la luz de la normativa española, es que el control de responsabilidad del representante y la nulidad de un acto afectado por un eventual conflicto de intereses como el planteado excede de la misión del registrador e incumbe exclusivamente a los jueces a instancia de parte: *“En conclusión, y por lo que respecta a la legislación española, en nuestro caso no puede deducirse del solo hecho de que el administrador de la sociedad vendedora sea el marido de la compradora, cuando esta actúa en su propio nombre y derecho, sin adquirir con carácter común, que se haya quebrantando el deber de lealtad y se haya causado un perjuicio a la sociedad, cuestiones estas de carácter sustantivo, que deberán ventilarse en el juicio correspondiente”*. Se trata, según la DGRN, de un modelo de control judicial de la nulidad de actos de la sociedad afectados por un conflicto de intereses que se deduce asimismo de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 septiembre 2009 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el art. 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros.

3. Pero al margen de los argumentos anteriores, señala la DGRN que el conflicto de intereses quedaba resuelto por la ratificación del acto del representante por el representado, cuestión que valora asimismo conforme a la ley española: *“Por eso, más allá de los razonamientos que preceden, debe señalarse que cuando la sociedad, a través de su junta válidamente celebrada, ratifica el negocio cuestionado, el acto queda en todo caso purificado o convalidado a todos los efectos (art. 1.312 Cc, por analogía), decayendo las acciones impugnatorias por razón del eventual conflicto de*

intereses, en la medida en que dicha ratificación implica que la sociedad no se considera perjudicada –o al menos, rehúsa exigir responsabilidad por las consecuencias que le pudo suponer la operación– y que, por mera razón de congruencia con los propios actos (cf. art. 6 Cc), declina el ejercicio de las acciones impugnatorias (arts. 1.309 y 1.311 Cc, por analogía). En el presente supuesto la sociedad ha consentido el acto, mediante su ratificación en junta universal y por unanimidad. Esta circunstancia zanja toda posibilidad de duda sobre la validez y eficacia traslativa del acto concernido”. A tal efecto, estima la DGRN que la certificación de dicho acto por el propio administrador, con la firma legitimada, es suficiente, con independencia del eventual conflicto de intereses, amparando dicha afirmación en las propias disposiciones de la Ley de Sociedades de Capital española. A este respecto, hace ver la DGRN que “... debe tenerse en cuenta que, si bien la legislación alemana reconoce al administrador la función de redacción de las actas, aunque sin atribuir expresamente al órgano de administración la facultad de certificar el contenido de las mismas, el documento presentado parece equivalente al que resultaría exigible de conformidad al derecho español para complementar la competencia de dicho órgano, por cuanto del título, y de la documentación complementaria, que se presenta a inscripción, se acredita (a diferencia de lo que ocurría en el caso objeto de la Resolución de 20 mayo 2006) el cargo de administrador, inscrito en el Registro Mercantil competente, de la persona que emite la certificación, así como la legitimidad de su firma, extremos estos coincidentes con las exigencias del derecho español, derivándose de su contenido que todos los socios, constituidos en junta universal, aprueban por unanimidad la operación sobre cuyo acceso registral se debate. De esta forma se complementa la legitimación –que como órgano social– corresponde al gerente actuante en el caso debatido– pues la certificación complementaria es suficientemente ilustrativa de la dispensa concedida por la junta de socios (art. 230.2º Ley de Sociedades de Capital) y ello con independencia de la eventual responsabilidad del administrador, aun mediando tal dispensa, si el acto fuese lesivo para los intereses de la sociedad (art. 236.1º y 2º Ley de Sociedades de Capital), o si el contenido certificado fuese inveraz, cuestiones cuyo enjuiciamiento competen a los tribunales de Justicia”.

Debe señalarse que la doctrina sentada en esta Resolución está viciada por un error en el planteamiento de las cuestiones de ley aplicable. La representación de la sociedad alemana, incluyendo las competencias del representante o administrador de la sociedad, el tratamiento de los conflictos de intereses sobre la capacidad jurídica del representante, los medios y efectos de la ratificación de los actos del representante no se rigen por el derecho español, incluso si la compraventa se rige por el Derecho español. Debe tenerse presente que la solución sería distinta si se tratara de una representación voluntaria, donde la ley española, como ley del lugar de ejercicio de las facultades conferidas, sería de aplicación (art. 10.11º Cc). En el presente caso, dado que se trata de una representación orgánica, el art. 9.11º Cc, en relación con el art. 1.2º f) del Reglamento “Roma I”, establece la aplicación a estas cuestiones de la ley alemana. La DGRN, a diferencia de lo que hace con el régimen económico matrimonial, procede en cambio a aplicar la ley española, sin consideración alguna del Derecho alemán, tal vez sobre la base de la presunta uniformidad que podría proporcionar la existencia de una Directiva como la Directiva 2009/101/CE.

Este argumento de presunta identidad no resulta en modo alguno convincente, dada la propia naturaleza de las directivas europeas como mecanismos indirectos (e incompletos) de armonización jurídica. El art. 9.11º Cc exige que se aplique el Derecho alemán, incluyendo su particular transposición de las directivas europeas, para establecer la capacidad jurídica de la sociedad, las facultades del representante, los supuestos de conflictos de intereses y sus efectos, así como la forma y efectos de la ratificación por el representado. Ninguno de estos aspectos ha sido considerado ni acreditado conforme al Derecho alemán ni por el solicitante ni por la propia DGRN, en contradicción con los propios fundamentos primero y segundo de la Resolución.

4. La aplicación errónea del Derecho español repercute asimismo en la valoración de la equivalencia del documento por el que el representante declara o confirma la ratificación por el representado. Se considera este documento equivalente en virtud de lo que requiere al respecto el Derecho español, “*si bien la legislación alemana reconoce al administrador la función de redacción de las actas, aunque sin atribuir expresamente al órgano de administración la facultad de certificar el contenido de las mismas*”. Reconocer a dicho documento de confirmación de la ratificación del acto del representante una equivalencia con lo que sería exigible en el Derecho español a tales efectos constituye una vulneración de los principios relativos a la “equivalencia” de documentos y actos. En efecto, se trata no solo de atribuir a un documento efectos probatorios de los que carece o no resultan acreditados en el país de origen (art. 60 Ley de Cooperación Jurídica en Materia Civil), sino también de someter la validez formal de los actos de ratificación de un acto de representación a una ley distinta (española) a la que rige su validez, que es la alemana (art. 11 Cc en relación con el art. 9.11º Cc). En consecuencia, dado que la ley alemana es la que rige la ratificación del acto de representación y las capacidades del representante social es imprescindible tener en cuenta lo previsto en la ley alemana (como *lex causae* y *lex societatis*), y no en la española, respecto de los requisitos de la ratificación y la posibilidad de que una declaración del administrador sea suficiente para dar fe del acto de la Junta de accionistas.

Ninguno de estos extremos queda, en realidad, acreditado conforme al Derecho alemán, por lo que la calificación de los registradores resultaba correcta y procedía subsanar la acreditación del Derecho alemán acerca de la inexistencia de conflicto de intereses, la forma y efectos de la ratificación y la capacidad del administrador para dar fe de dicho acto de ratificación.

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA*

2017/DGRN/12.— Resolución DGRN de 10 mayo 2017 en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Valencia nº 3, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero. BOE 29.5.2017.

Régimen económico matrimonial. obligatoriedad del notario autorizante de conocer y aplicar la norma de conflicto.

Normas aplicadas: Arts. 1, párrafo séptimo, 9 en sus párrafos primero, segundo y tercero, 10, párrafo primero, 12, en sus párrafos primero y cuarto, y 1324 Cc; art. 57 y 61 Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; art. 159 RN; arts. 36, 92 y 95 RH.

1. Para la resolución del presente expediente han de tomarse en consideración dos cuestiones: la primera, la obligatoriedad del notario autorizante de conocer y aplicar la norma de conflicto; la segunda, la prueba del Derecho material resultante.

2. En este caso, los comparecientes son un matrimonio formado por ruso y ucraniana que acreditan haberse casado en Ucrania y manifiestan sin que se realice prueba alguna, estar sujetos al régimen económico-matrimonial ucraniano. Sobre esta base el esposo manifiesta, con el consentimiento de la esposa, que el bien adquirido es privativo por haberse adquirido con dinero de tal carácter.

3. Como ha tenido ocasión reiterada de establecer este Centro Directivo, a las relaciones patrimoniales entre cónyuges les es de aplicación la norma de conflicto establecida en la ley estatal. Esta norma hoy en

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada

día está constituida por los párrafos segundo y tercero del art. 9 Cc, como especialidad del párrafo primero del mismo artículo.

Sin embargo, ha de tenerse presente la entrada en vigor del Reglamento (UE) n° 2016/1103, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos–matrimoniales en el que España participa entre diecisiete Estados miembros y que será aplicable a partir del día 29 enero 2019, conforme a la tradicional diferencia entre entrada en vigor y aplicación, momentos a los que se refiere el art. 70 de la norma europea.

4. Este Reglamento establece con carácter universal, es decir aunque la norma de conflicto conduzca a la aplicación del Derecho de un tercer estado (sin posibilidad de reenvío, por el contrario al reglamento (UE) n° 650/2012) distintas reglas de conflicto para los matrimonios que se contraigan con posterioridad al 19 enero 2019, sin perjuicio de las disposiciones transitorias, establecidas en el art. 69 las cuales como recordó la Resolución de 13 agosto de 2014 de esta Dirección General, podrán ser consideradas tras la entrada en aplicación del Reglamento, pero no antes.

5. Por lo tanto, hasta que dicho día llegue, habrá de estarse a la normativa nacional integrada por el art. 9, párrafos segundo y tercero Cc y en todo caso, por los arts. 159 RN y 36 RH.

Según el art. 9.2° Cc: “2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.

Tanto la Ley 20/2011, del Registro Civil (cuando esté en vigor) como el art. 53 LN (en la redacción que le ha dado la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio) –en los casos en que resulte aplicable–, tienen como objetivo facilitar la certeza de la ley aplicable a los aspectos patrimoniales de la relación conyugal, mediante la aplicación de la norma de conflicto que corresponda.

6. En el presente supuesto la escritura calificada no se cuestiona qué ley es la aplicable, ni establece juicio alguno al respecto.

Parte sin más de la declaración de los esposos respecto de la aplicación de la ley ucraniana y presenta un auténtico salto normativo, que el recurrente justifica en la aplicación del párrafo primero del art. 10 Cc, hacia las normas de la sociedad de gananciales, y concretamente del art. 1324.

7. Esta interpretación obviamente no puede prosperar. La calificación de elemento internacional del supuesto de hecho, conduce conforme al art. 12, párrafo primero, Cc, a la norma de conflicto que haya de ser aplicable al régimen económico que preside la economía matrimonial del adquirente y por tanto ha de determinar el carácter privativo o común de la adquisición del inmueble.

8. En consecuencia deberá probarse, con el alcance que esta Dirección General ha interpretado el art. 36 RH (cf. Resoluciones citadas en el apartado “Vistos” de la presente Resolución): En primer lugar la aplicación del Derecho ucraniano a la economía conyugal; seguidamente, la existencia en dicho ordenamiento de la atribución de privatividad del bien adquirido, sin que la traducción de parte de los artículos Cc ucraniano, descontextualizada y sin conocer su alcance e interpretación, sean bastantes, conforme a la citada doctrina de este Centro Directivo para su admisión como prueba del Derecho vigente.

Dado que el título calificado no establece ninguno de estos elementos, debe ser confirmada la calificación de la registradora.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

2017/DGRN/13.— Resolución DGRN de 10 mayo 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Álor, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa. BOE 29.5.2017.

Normas aplicadas: Arts. 149.1.8ª CE; art. 9.1º.2º.3º.5º.8º y 11º, 12.1º y 1320 Cc; art. 3 y 18 LH; art. 159 RN; arts. 36, 51.9.a) y 98 a 100 RH; arts. 13 y 22 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

1. Es objeto de recurso la calificación conforme a la cual constituye defecto subsanable la falta de manifestación, en la escritura pública, por la vendedora, soltera y británica, de que no se integra en alguna *civil partnership*, de las contempladas en su Derecho.

Considera el registrador que en el caso de que así se manifestara debería acreditarse además y dependiendo de la adscripción del transmitente a uno u otro de los Derechos británicos internos en conflicto (a través del criterio conflictual del *domicile*) la concurrencia de los elementos que permitan, en el ordenamiento finalmente aplicable, atribuir validez al acto de disposición realizado sin el consentimiento del miembro de la unión civil que no resulte titular de la vivienda.

El notario autorizante y recurrente, considera, por el contrario, que esta exigencia no se deduce de precepto alguno en el Derecho común, (la finca transmitida se sitúa en Málaga y en dicha provincia fue otorgada la escritura de compraventa); que tal exigencia complicaría extraordinariamente el tráfico jurídico y que en todo caso sería de aplicación del art. 10.8º Cc.

Ha de añadirse, como hecho relevante, que en la escritura calificada, se manifiesta en el exponen I que la vendedora “(...) es dueña del pleno dominio de la siguiente finca que es su vivienda familiar”.

2. Para resolver el supuesto planteado debe, en primer lugar, decidirse si es preciso que una persona soltera que transmite una vivienda deba o no manifestar su posible pertenencia a una pareja no casada. Así lo consideró la sentencia, que devino firme, del Juzgado nº 35 de Barcelona, de fecha 19 abril 2006, que anuló la Resolución de 18 junio 2004 de este Centro Directivo. El supuesto contemplado se refería a una vivienda sita en la Comunidad Autónoma de Cataluña y en relación con la Ley de parejas de hecho de dicha Comunidad Autónoma que exige para la disposición de la vivienda familiar de la pareja, el consentimiento de ambos, cualquiera que fuere su titularidad.

Por su parte, la Resolución de 28 de octubre 2015, citada en la nota de calificación se refiere a un supuesto diferente en cuanto, el disponente extranjero manifestaba estar casado, no integrar una pareja (como la Resolución de 13 enero 1999).

3. Centrada así la cuestión debe resolverse, para este concreto supuesto, si es necesario, que una persona extranjera que se dice soltera, sin manifestar que tiene pareja de hecho, transmite una vivienda, sita en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que dice ser su residencia familiar, debe manifestar asimismo cuál es el régimen aplicable a la misma, a fin de verificar que no es inválido el acto de transmisión por faltar los consentimientos que pudieran ser requeridos.

4. España presenta como es sabido, carencias notables en la regulación de las parejas no casadas. No es excepción el ámbito del Derecho internacional privado.

Nuestro país ha suscrito el Convenio (CIEC) hecho en Múnich el 5 septiembre 2007 sobre reconocimiento de parejas de hecho registradas y es uno de los diecisiete Estados miembros que, en cooperación reforzada, aplicará el Reglamento 2016/1104, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Sin embargo, ninguno de estos instrumentos es aplicable. El primero –que además no está aún en vigor– no ofrece solución al caso planteado y el segundo porque no será aplicable hasta el 29 enero 2019.

Ambos instrumentos se refieren a parejas registradas, elemento que, en las normativas de las Comunidades Autónomas con capacidad normativa civil, no presenta un carácter determinante, no existiendo en Derecho común regulación civil al respecto.

5. Por lo tanto, no siendo posible acudir a una norma europea o convencional en búsqueda de una norma conflictual, debe acudir al Derecho nacional, que conforme al art. 149.1.8ª CE, deberá ser el estatal.

Examinado éste, nuevamente debe concluirse que no existe en el ordenamiento español una norma de conflicto, ni referida a una situación internacional, ni interregional, en relación a los diversos supuestos que pueden afectar a una pareja no casada, por lo que es necesario, en lo posible, acudir a otras reglas con las que pueda presentar la calificación del supuesto, mayor proximidad a fin de lograr un resultado equitativo.

6. Entre las posibles soluciones que la doctrina ha aceptado, dependiendo del concreto supuesto, se encuentra la norma general de conflicto del párrafo primero del art. 9 Cc por ser calificada la relación, de familia. También se ha acudido en el plano patrimonial, al Reglamento (CE) n° 593/2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Debe recordarse que este instrumento en el ámbito internacional, al ser de aplicación universal, traslada al art. 10.5° Cc, que limita ahora su vigencia exclusivamente al ámbito interregional.

7. Sin embargo, si conforme a la ley del foro la relación surgida de la pareja ha de considerarse familiar –de lo que no cabe duda pese a la insuficiente regulación del Derecho común–, resulta inaplicable la normativa europea.

Es así, en cuanto el art. 1.2°, b) del Reglamento (UE) n° 593/2008 excluye de su ámbito de aplicación “las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos”.

8. La inaplicación del Reglamento (CE) n° 593/2008 a la resolución del supuesto tiene dos consecuencias:

La primera que no será relevante su art. 22, relativo a los Estados con más de un sistema jurídico, que establece un criterio de designación directa de la unidad territorial: “Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento”, por lo que no se tendrá en cuenta la aplicación del Derecho común contractual en el lugar de situación del inmueble;

Y, la segunda, asimismo relevante, que no será aplicable el art. 13 del Reglamento, que tiene por rubrica incapacidad, que desplaza, en su ámbito, al art. 10.8° Cc y recoge la denominada teoría del interés nacional: “En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte”. Y ello sin entrar en que ha de entenderse por incapacidad a los efectos del precepto, por irrelevante en este supuesto.

9. Teniendo en cuenta lo anterior la única norma aplicable sería –a día de hoy– el art. 9.1° Cc, que remite a la ley de la nacionalidad de la otorgante.

Sin embargo, debe hacerse notar que la aplicación de esta norma de conflicto, en relación a las relaciones patrimoniales de la pareja de hecho (si bien registradas) será sustituida, como se ha indicado, desde el 19 enero 2019, por el Reglamento (UE) 2016/1104, al participar España en la decisión de cooperación reforzada y ser, como todos los europeos sobre la ley aplicable, un Reglamento de aplicación universal.

Conforme al art. 30 y considerando 52 del mismo, la vivienda habitual constituye una excepción a las reglas genera–les sobre la ley aplicable determinada por el Reglamento, como excepción basada en lo que denomina el instrumento, en la traducción española, “leyes de policía” –normas imperativas–.

Art. 30. “1. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro. 2. Las leyes de policía son disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salva–guardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada en virtud del presente Reglamento”.

Considerando 52. “Consideraciones de interés público, como la protección de la organización política, social o económica de un Estado miembro, deben justificar que se confiera a los órganos jurisdiccionales

y otras autoridades competentes de los Estados miembros la posibilidad, en casos excepcionales, de hacer excepciones basadas en leyes de policía. Por consiguiente, el concepto de “leyes de policía” debe abarcar las normas de carácter imperativo, como las normas para la protección del hogar familiar. No obstante, esta excepción a la aplicación de la ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas habrá de interpretarse en sentido estricto, para que pueda seguir siendo compatible con el objetivo general del presente Reglamento”.

10. Siendo indudable el carácter familiar de la unión de hecho, como calificación jurídica de la relación internacional, al amparo del art. 12.1º Cc, que tiene por objeto la escritura calificada –una vendedora británica soltera vende ante notario español a un matrimonio británico una vivienda en España– y manifestando la vendedora en dicho documento que es su vivienda familiar, en el ámbito de las relaciones personales que eventualmente pudieran existir, es indudable la responsabilidad del transmitente por la enajenación realizada. Sin embargo, la trascendencia que ese hecho presenta conforme a su ley nacional –en el caso británico su *domicile*–, y concretamente su pertenencia o no a una *civil partnership*, podría conducir a un resultado excesivo pues debería en caso afirmativo probar el cumplimiento de los requisitos que conforme a su ley personal debe cumplir la transmisión, teniendo en cuenta que en la escritura no se manifiesta tener una *civil partnership*.

La dificultad de esta prueba y su excesiva onerosidad es evidente. Téngase presente, que se trata de una vivienda situada en una Comunidad Autónoma regida por el Derecho común y a la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, que no exige el consentimiento del no titular, por lo que establecer requisitos no exigidos para españoles supondría una multiplicidad de regímenes que dificultaría no solo la transmisión sino el acceso al crédito para la financiación de bienes inmuebles a un no nacional. Todo ello implicaría una cara discriminación –aun no siendo aún aplicable el Reglamento (UE) 2016/1103–. El desplazamiento normativo del art. 10.8º Cc, por el art. 13 Reglamento (CE) nº 593/2008, que es inaplicable por razón de su materia al presente caso, sin que corresponda hacer un análisis del mismo más allá de la resolución del presente supuesto, debe permitir la aplicación del Derecho nacional en otros contratos como el presente, excluidos del Reglamento Roma I y por lo tanto regidos por el Derecho nacional, en el cual por razón de la materia debe entenderse aplicable, en aras a la seguridad jurídica, el art. 10.8º Cc y con ello inexigible la prueba exigida por el registrador.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar de la nota de calificación del registrador.

2017/DGRN/14.— Resolución DGRN de 11 mayo 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Alcalá de Guadaira nº 2, por la que se suspende la inscripción de un convenio regulador de los efectos del divorcio. BOE 29.5.2017.

Liquidación del régimen económico matrimonial.

Normas aplicadas: Arts. 2, 3, 9 y 18 LH; art. 90 Cc; arts. 1, 2, 15 y 16 Ley de 8 junio 1957 sobre el Registro Civil; disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; art. 222 LEC; arts. 33, 34, 51 y 100 RH; arts. 220 ss Decreto de 14 noviembre 1958 por el que se aprueba el Reglamento LRC.

1. Es objeto de este recurso resolver sobre la posibilidad de inscribir determinadas estipulaciones contenidas en un convenio regulador de los efectos de un divorcio, bajo las siguientes circunstancias de hecho:

– Se solicita la inscripción de las cláusulas acordadas en atención a la liquidación del régimen económico matrimonial de los cónyuges, en relación a un bien adquirido durante el matrimonio y que constituye la vivienda habitual de la familia.

– Los cónyuges ostentaban ambos nacionalidad extranjera al tiempo de contraer matrimonio, si bien el marido adquirió la nacionalidad española con posterioridad.

Considera la registradora en una primera nota de calificación que el título presentado adolecía de falta de acreditación de firmeza de la resolución judicial aprobatoria del convenio regulador, ante lo cual el organismo judicial competente emitió diligencia de ordenación de fecha 21 noviembre 2016, la cual con cierta imprecisión expresó lo siguiente: “Dada cuenta del tiempo transcurrido desde la última notificación de sentencia de divorcio dictada en los presentes autos, se declara la firmeza de la misma. Requierase a las partes a fin de presentar certificación de la anotación del matrimonio en el Registro civil correspondiente en el plazo de veinte días, toda vez que el matrimonio de las partes consta en ningún Registro Civil de la localidad de la Concordia, provincia de Entre Ríos, Argentina, bajo apercibimiento de no tener validez el divorcio decretado”. Tras aportar este nuevo documento, se emite una nueva calificación, en la que se exige la acreditación de la inscripción del matrimonio y de la sentencia de divorcio en el Registro Civil Central.

2. En atención a la cierta disparidad existente entre las dos notas de calificación emitidas por la registradora debe recordarse, tal y como se establece en el art. 18 LH, y así ha sido contemplado en numerosos pronunciamientos de este Centro Directivo, que la operación jurídica verificada por el registrador debe ser única, unitaria y completa en relación al título presentado como objeto de dicha calificación, y que la emisión de un nuevo pronunciamiento fundado que impida de modo sucesivo la inscripción solicitada sólo puede basarse en una presentación nueva e independiente del título a calificar o bien de una documentación complementaria que pudiera revelar los nuevos defectos alegados en calificaciones posteriores. En un caso como el ahora planteado, la primera de las calificaciones adolece de cierta imprecisión o de falta de profundidad, puesto que la mera referencia a la firmeza de la resolución, con exclusión a la preceptiva inscripción en el registro civil –que es objeto de incorporación *a posteriori*– no puede desprenderse de una manera clara e indubitada, aunque sí deducirse, debido a la indisoluble relación que como después se verá existe entre ambas apreciaciones constitutivas de un defecto que pudieran impedir la inscripción. Por ello hubiera sido aconsejable una mayor diligencia en la registradora a la hora de redactar y emitir su calificación, de tal manera que hubiese expresado de forma más clara y directa, y de modo unitario todas las objeciones encontradas a la hora de impedir el despacho del documento.

3. Los hechos que afectan a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la condición de tales, son inscribibles en el Registro Civil español (*cf.* arts. 15 LRC y 66 RRC) siempre, claro es, que se cumplan los requisitos en cada caso exigidos.

Al estar la interesada domiciliada en España, la competencia para decidir la inscripción corresponde al Registro Civil Central (*cf.* arts. 68.2º RRC) y el asiento ha de practicarse, bien a partir de una certificación del Registro extranjero expedida por autoridad o funcionario competente del lugar de celebración (*cf.* arts. 23 LRC y 85 y 256.3º RRC), bien mediante expediente al que se refiere el art. 257 del Reglamento “en el que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos”.

Por tal motivo, y teniendo en cuenta de que se trata de la aprobación de un convenio regulador dentro de un procedimiento de divorcio, no deja de causar extrañeza que el mismo se hubiera tramitado sin que previamente se hubiera acreditado la existencia del vínculo matrimonial como se deduce de la diligencia de ordenación del letrado de Administración de Justicia de fecha 21 noviembre 2016 que ante la falta de constancia del matrimonio, se requiere a las partes a fin de presentar certificación de la anotación del matrimonio en el Registro Civil correspondiente en el plazo de veinte días, bajo apercibimiento de no tener validez el divorcio decretado.

En definitiva, y como no puede ser de otra manera, la firmeza de la sentencia de divorcio y aprobación del convenio regulador está sometida a lo que es presupuesto esencial para que pueda tener efecto, que no es otro que la existencia del vínculo matrimonial.

Y lo que también es evidente es que, a quien corresponde determinar la validez del matrimonio (como presupuesto para su inscripción) en aquellos supuestos de los celebrados en el extranjero por dos ciudadanos extranjeros y en los que subsistiendo el matrimonio, uno al menos de los cónyuges adquiere la nacionalidad española pasando el Registro Civil español al ser sobrevenidamente competente para la inscripción, es al encargado del Registro Civil, en este caso el Registro Civil Central. Y esto es así, porque si bien la doctrina oficial de este Centro Directivo viene sosteniendo que no procede aplicar las normas

españolas sobre consentimiento matrimonial, también requiere que no existan dudas de que el enlace ha cumplido los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley extranjera aplicable, requisitos que en principio habrán sido apreciados favorablemente por parte de los órganos registrales competentes extranjeros, que autorizaron la formalización del matrimonio, lo cual no debe de llevar a la conclusión de que la ley extranjera que integra el estatuto personal de los contrayentes se haya de aplicar siempre y en todo caso sino que, en ejecución de la regla de excepción del orden público internacional español, deberá dejar de aplicarse cuando llegue a concluirse que tal aplicación implicaría una vulneración de principios esenciales, básicos e irrenunciables de nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, no se cuestiona por la registradora la decisión judicial tal y como alega la recurrente, sino el presupuesto básico de la misma, que no es otro que la existencia del matrimonio y su validez conforme al ordenamiento jurídico español, y cuya competencia esta atribuida a otro órgano de la administración del Estado, como es el encargado del Registro Civil Central, y conforme al procedimiento establecido (cf. arts. 12 LRC y 255 a 259 RRC).

Asimismo, una vez acreditada la existencia y validez del matrimonio y practicada la inscripción correspondiente se procederá a la inscripción de la sentencia judicial de divorcio en los términos con las consecuencias que se establecen el art. 263 RRC.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

2017/DGRN/15.— Resolución DGRN de 17 mayo 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Valencia nº 6, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de compraventa. BOE 9.6.2017

Matrimonio celebrado en el extranjero. Régimen económico matrimonial.

Normas aplicadas: Arts. 1.º, 9.1º.2º.3º, 10.1º, 12.1º y 4º y 1324 Cc; arts. 57 y 61 Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; art. 159 RN; arts. 36, 92 y 95 RH.

1. Para la resolución del presente expediente han de tomarse en consideración dos cuestiones: la primera, la obligatoriedad del notario autorizante de conocer y aplicar la norma de conflicto; la segunda, la prueba del Derecho material resultante.

2. En este caso, los comparecientes son un matrimonio formado por ruso y ucraniana que acreditan haberse casado en Ucrania y manifiestan sin que se realice prueba alguna, estar sujetos al régimen económico–matrimonial ucraniano. Sobre esta base el esposo manifiesta, con el consentimiento de la esposa, que el bien adquirido es privativo por haberse adquirido con dinero de tal carácter.

3. Como ha tenido ocasión reiterada de establecer este Centro Directivo, a las relaciones patrimoniales entre cónyuges les es de aplicación la norma de conflicto establecida en la ley estatal. Esta norma hoy en día está constituida por los párrafos segundo y tercero del art. 9 Cc, como especialidad del párrafo primero del mismo artículo.

Sin embargo, ha de tenerse presente la entrada en vigor del Reglamento (UE) nº 2016/1103, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos–matrimoniales en el que España participa entre diecisiete Estados miembros y que será aplicable a partir del día 29 enero 2019, conforme a la tradicional diferencia entre entrada en vigor y aplicación, momentos a los que se refiere el art. 70 de la norma europea.

4. Este Reglamento establece con carácter universal, es decir aunque la norma de conflicto conduzca a la aplicación del Derecho de un tercer estado (sin posibilidad de reenvío, por el contrario al reglamento (UE) nº 650/2012) distintas reglas de conflicto para los matrimonios que se contraigan con posterioridad al 19 enero 2019, sin perjuicio de las disposiciones transitorias, establecidas en el art. 69 las cuales como

recordó la Resolución de 13 agosto de 2014 de esta Dirección General, podrán ser consideradas tras la entrada en aplicación del Reglamento, pero no antes.

5. Por lo tanto, hasta que dicho día llegue, habrá de estarse a la normativa nacional integrada por el art. 9, párrafos segundo y tercero Cc y en todo caso, por los arts. 159 RN y 36 RH.

Según el art. 9.2º Cc: “2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.

Tanto la Ley 20/2011, del Registro Civil (cuando esté en vigor) como el art. 53 LN (en la redacción que le ha dado la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio) –en los casos en que resulte aplicable–, tienen como objetivo facilitar la certeza de la ley aplicable a los aspectos patrimoniales de la relación conyugal, mediante la aplicación de la norma de conflicto que corresponda.

6. En el presente supuesto la escritura calificada no se cuestiona qué ley es la aplicable, ni establece juicio alguno al respecto.

Parte sin más de la declaración de los esposos respecto de la aplicación de la ley ucraniana y presenta un auténtico salto normativo, que el recurrente justifica en la aplicación del párrafo primero del art. 10 Cc, hacia las normas de la sociedad de gananciales, y concretamente del art. 1324.

7. Esta interpretación obviamente no puede prosperar. La calificación de elemento internacional del supuesto de hecho, conduce conforme al art. 12.1º Cc, a la norma de conflicto que haya de ser aplicable al régimen económico que preside la economía matrimonial del adquirente y por tanto ha de determinar el carácter privativo o común de la adquisición del inmueble.

8. En consecuencia deberá probarse, con el alcance que esta Dirección General ha interpretado el art. 36 RH (*cf.* Resoluciones citadas en el apartado “Vistos” de la presente Resolución): En primer lugar la aplicación del Derecho ucraniano a la economía conyugal; seguidamente, la existencia en dicho ordenamiento de la atribución de privatividad del bien adquirido, sin que la traducción de parte de los artículos Cc ucraniano, descontextualizada y sin conocer su alcance e interpretación, sean bastantes, conforme a la citada doctrina de este Centro Directivo para su admisión como prueba del Derecho vigente.

Dado que el título calificado no establece ninguno de estos elementos, debe ser confirmada la calificación de la registradora.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

NOTA

1. Comparece un matrimonio formado por ruso y ucraniana que acreditan haberse casado en Ucrania y manifiestan, sin que se realice prueba alguna, estar sujetos al régimen económico–matrimonial ucraniano. Sobre esta base el esposo manifiesta, con el consentimiento de la esposa, que el bien adquirido es privativo por haberse adquirido con dinero de tal carácter.

2. La DGRN constata, en primer lugar, la necesidad de establecer la ley aplicable de conformidad con lo previsto en el art. 9.2º y 3º Cc, dado que las reglas del Reglamento (UE) nº 2016/1103, de 24 junio 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos–matrimoniales, en el que participa España, solo se aplicará a partir del 29 enero 2019.

La DGRN descarta con buen criterio la calificación real de la cuestión intentada por la parte recurrente, que pretendía la aplicación de la ley española sobre la base del art. 10.1º Cc. En consecuencia, la DGRN confirma la calificación de la registradora y, de conformidad con lo previsto en el art. 36 RH, requiere que se acredite: “*En primer lugar la aplicación del Derecho ucraniano a la*

economía conyugal; seguidamente, la existencia en dicho ordenamiento de la atribución de privatividad del bien adquirido, sin que la traducción de parte de los artículos Cc ucraniano, descontextualizada y sin conocer su alcance e interpretación, sean bastantes, conforme a la citada doctrina de este Centro Directivo para su admisión como prueba del Derecho vigente”.

3. Sobre el contenido del Derecho ucraniano y, en particular, sobre la aplicación de lo dispuesto en el art. 95.4º RH cuando el carácter privativo del bien viene determinado por el Derecho extranjero aplicable al régimen de bienes del matrimonio, cabe indicar que el Derecho civil ucraniano establece un único régimen legal del matrimonio de gananciales o comunidades de bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso (art. 368.3 Cc y capítulo 8, especialmente art. 60, del Código de Derecho de Familia). No obstante, el art. 57.3º del Código de Familia establece el carácter privativo de los bienes adquiridos durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges, mediante activos o dinero que sean su vez privativos de dicho cónyuge. Los cónyuges pueden, asimismo, celebrar acuerdos matrimoniales sobre su régimen de bienes, que deben ser otorgados ante notario (art. 64 del Código de Derecho de Familia). Una vez establecida la regla sustantiva contenida en el Derecho ucraniano, aplicable al régimen económico matrimonial, procede la inscripción conforme a lo dispuesto en el art. 95.1º RH, en la medida en que los bienes tienen carácter privativo a tenor de la ley extranjera aplicable. En efecto, a menos que el Derecho extranjero establezca determinadas condiciones formales como requisito esencial para la determinación del carácter de los bienes (como sería el caso si exigiera que dicho carácter privativo fuera aseverado por el otro cónyuge en documento público), los medios de prueba de las condiciones previstas en el Derecho aplicable para determinar el carácter de los bienes, así como los efectos relativos a dicha prueba en relación con la inscripción, a los que hace referencia el art. 95.4º del RH, pueden considerarse como reglas del procedimiento registral en el sentido del art. 58 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, que establece que “[e]l procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español”. Dado que la confesión por un cónyuge del origen privativo de los fondos con que se adquiere un bien por el otro cónyuge constituye un medio de prueba de los hechos que, conforme a la ley aplicable, caracterizan el carácter privativo del bien adquirido (art. 95.1º RH), el registrador puede valorar dicha prueba y proceder a la inscripción con las limitaciones y efectos previstos en la ley española, en concreto conforme a lo dispuesto y a las cautelas contempladas en el art. 95.4º del RH.

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

NACIONALIDAD

2017/DGRN/16.– Resolución DGRN de 11 diciembre 2016 (8ª). JUR 2016/215685.

Opción a la nacionalidad española. Acreditación de ser hijos de padre o madre que hubiere sido originariamente español.

Normas aplicadas: Disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre; Disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre; el artículo único Ley 15/1993, de 23 de diciembre; Disposición transitoria primera de la Ley 29/1995 de 2 de noviembre; arts. 20 Cc, arts. 15, 16, 23 y 67 LRC, arts. 66, 68, 85 y 232 RRC.

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada

[...]

II. Se ha pretendido por estas actuaciones inscribir en el Registro Civil Consular como español de origen al nacido en Cuba en 1954, en virtud del ejercicio de la opción prevista por el apartado 1 de la Disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, conforme a la cual “1. Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen si formalizan su declaración en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente disposición adicional”.

La solicitud de opción cuya inscripción ahora se pretende fue formalizada el 25 noviembre 2009 en el modelo normalizado del Anexo I de la Instrucción de 4 noviembre 2008 al amparo de lo previsto en su directriz segunda. Por el Encargado del Registro Civil se dictó auto el 03 abril 2013 denegando lo solicitado.

II.— El Auto apelado basa su denegación en que el solicitante no puede ejercer la opción del apartado primero de la Disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, dado que no ha acreditado que su padre fuese español de origen, posición que el órgano en funciones de Ministerio Fiscal comparte en su informe.

IV.— El ap. 1 de la Disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, concede un derecho de opción a la nacionalidad española a aquellas personas “cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español”, derecho que habrá de formalizarse en el plazo perentorio señalado en la propia Disposición. Se exige, pues, que el progenitor del optante no sólo tenga la nacionalidad española, sino que ostente dicha nacionalidad en su modalidad de originaria.

A fin de facilitar la acreditación de este extremo — y aun cuando no constituya medio de prueba exclusivo para ello— el n° 2.2° del apartado V de la Instrucción DGRN 4 noviembre 2008, que fija las reglas de procedimiento para el ejercicio de este derecho, establece entre la documentación a aportar por el interesado acompañando a su solicitud la “certificación literal de nacimiento del padre o madre originariamente español del solicitante” debiendo “proceder la misma de un Registro Civil español, ya sea Consular o Municipal”. Exigencia que se conecta con la consideración del Registro Civil español como prueba de los hechos y actos inscribibles, entre los que se encuentra la nacionalidad, que afecten a los españoles —*cf.* Arts. 1 n°s 7, 2 y 15 LRC—.

En este caso, dicha certificación no ha sido aportada, y aun cuando no haya sido ni deba ser obstáculo para la presentación y tramitación de la solicitud por el Registro Civil competente para ello, que la certificación del progenitor presentada proceda del Registro Civil extranjero correspondiente al lugar de nacimiento, Cuba, es lo cierto que la nacionalidad originaria del padre no puede entenderse acreditada por la aportación de dicha certificación, pues de la misma no resulta dicha nacionalidad, ni tampoco de ningún otro documento obrante en el expediente (y ello sin prejuzgar que pudiera llegar a ser probada dicha nacionalidad por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho).

V.— En el presente expediente, y a la vista de los documentos presentados y en los que necesaria y exclusivamente habrá de fundarse la resolución de este recurso — *cf.* arts. 27, 29 LRC y 358 de su Reglamento— no se ha acreditado que el progenitor del optante ostente la nacionalidad española de forma originaria por lo que no se cumple uno de los requisitos esenciales del apartado primero de la Disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, habida cuenta las irregularidades observadas por el Encargado del Registro Civil Consular en relación con las notas marginales obrantes en el certificado de nacimiento local del padre del solicitante, donde se autorizan las subsanaciones de los nombres de los abuelos del inscrito en virtud de resoluciones del Registro Civil local donde se encuentra inscrito el hecho y no siendo dicho Registro Civil competente para resolver las mismas, de acuerdo con lo establecido en la Ley del Registro del Estado Civil de Cuba, al tratarse de errores sustanciales que afectan a la filiación del inscrito y, por tanto, deben ser resueltos a través de la vía judicial.

Esta Dirección General, a propuesta del Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil, ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la resolución apelada.

SOCIEDADES

2017/DGRN/17.— Resolución DGRN de 22 marzo 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles II de Madrid, por la que no procede al despacho de una solicitud de toma de razón de demanda judicial. BOE, 6.4.2017.

Anotación preventiva de demanda de disolución y liquidación de una sociedad extranjera.

Normas aplicadas: Arts. 3, 42, 43 y 257 LH; arts. 165 y 166 RH; arts. 149, 167, 629 y 725 a 738 LEC; arts. 366 y 390 Ley de Sociedades de Capital; arts. 5, 9, 155, 156, 241, 297, 299, 300 y 302 RRM.

1. La única cuestión que se debate en este expediente consiste en determinar si puede tomarse anotación preventiva de demanda de disolución y liquidación de una sociedad de nacionalidad venezolana en el folio abierto a una sucursal en España, en base a una solicitud dirigida al Registro Mercantil acompañada de copia de la demanda presentada en el extranjero.

El registrador Mercantil rechaza la toma de razón porque, a su juicio, los documentos de demanda no pueden producir asiento alguno en el Registro Mercantil. El recurrente entiende que dados los efectos importantes que la demanda puede tener sobre la sucursal en España procede la anotación como medio de publicidad de la situación existente.

2. Es evidente que el recurso no puede prosperar. Es doctrina reiterada de esta Dirección General en sede de recursos contra la calificación de los registradores de la Propiedad (*vid.* “Vistos”), que la mera solicitud de un particular carece de virtualidad alguna para practicar una anotación preventiva de demanda, de prohibición de disponer u otras similares. El art. 42 LH así lo determina al establecer en su número 4, lo siguiente: “El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles”. Por su parte el art. 43, en su primer párrafo, añade: “En el caso del número primero del artículo anterior no podrá hacerse la anotación preventiva sino cuando se ordene por providencia judicial, dictada a instancia de parte legítima y en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del juzgador”.

Y como norma de cierre dispone el art. 257 del mismo cuerpo legal en su primer párrafo: “Para que en virtud de resolución judicial pueda hacerse cualquier asiento en el Registro, expedirá el juez, Tribunal o secretario judicial, por duplicado, el mandamiento correspondiente, excepto cuando se trate de ejecutorias”.

De esta regulación y de la que contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil en sede de medidas cautelares (*vid.* arts. 727 a 735 de la ley ritual), resulta indubitadamente que su toma de razón en el Registro sólo es posible si las acuerda el órgano judicial competente (título material) y se documentan en la forma legalmente establecida (título formal, *vid.* art. 738 en relación con los arts. 149.5ª LEC y 257 LH).

3. Estas consideraciones, con las debidas adaptaciones, son de plena aplicación a la regulación correspondiente al Registro Mercantil en cuya sede puede tomarse razón de aquellas resoluciones judiciales previstas en las leyes (art. 94.1.10º RRM). Como afirma la Resolución de 28 febrero 2013: “En efecto, la anotación de la demanda, como asiento de eficacia temporal limitada a la duración del procedimiento judicial, presenta, entre otras, la finalidad de dar a conocer la existencia de una demanda cuya estimación podría alterar el contenido registral, con la finalidad de enervar la presunción de buena fe de terceros que confían en lo que publican los asientos del Registro. Por ello, semejante presunción sólo será necesaria que sea destruida, cuando el acto impugnado sea susceptible de inscripción. Si no existe la posibilidad de obtener un acto inscribible en que pueda fundarse la buena fe del tercero carece de objeto la anotación”.

Para que la anotación pueda practicarse en el Registro Mercantil será preciso que así lo acuerde el órgano judicial competente (*vid.* art. 155 RRM), y que se presente el oportuno mandamiento en los términos vistos anteriormente para el Registro de la Propiedad. Así lo contempla el art. 241 RRM cuando el objeto de la demanda sea la declaración judicial de disolución de la sociedad, precepto que es aplicable a

los folios de las sucursales aperturadas sin perjuicio de que en este caso el título será, para las sucursales de sociedades españolas, la certificación contemplada en el art. 299 del propio Reglamento, y la documentación a que se refiere el art. 300 para las sucursales de sociedades extranjeras.

Las mismas consideraciones son predicables cuando la medida cautelar provenga de un órgano jurisdiccional extranjero habida cuenta de que: “El procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español” –art. 58 de la Ley 29/2015, de 30 julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil–, sin perjuicio de las especiales obligaciones que para el registrador puedan derivar, en su caso, de la aplicación de los arts. 59 y 61 de la misma Ley.

4. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente se acompaña, junto a la instancia de solicitud de anotación preventiva, entre otros que no son de interés para la presente, copias legalizadas del documento que contiene la demanda de disolución y liquidación de la entidad matriz ante la autoridad judicial venezolana y del documento judicial por el que se admite la demanda en el que expresamente se afirma que: “En cuanto a las medidas cautelares solicitadas, se hace de su conocimiento que la misma se proveerá por auto separado...”. Consecuentemente, de la misma documentación presentada resulta que la autoridad competente para conocer del procedimiento no ha resuelto si procede o no, de conformidad con la ley aplicable, la adopción de medidas cautelares por lo que la mera presentación de la demanda no puede, como afirma el registrador en su nota, provocar la práctica de asiento alguno.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

SUCESIONES

2017/DGRN/18.– Resolución DGRN de 15 junio 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Orihuela nº 4, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia de un ciudadano británico (BOE 21.7.2016).

Aplicación del Reglamento (UE) nº 659/2012 a ciudadanos británicos.

Normas aplicadas: Arts. 81 TFUE; arts. 20, 21, 22.2º, 23, 24, 26, 27, 34.2º y 83, y considerandos 1, 7, 39, 40, 77, 80, 81 y 82 Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; art. 9.8º Cc.

1. El presente recurso aborda una cuestión de gran interés en la aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012, cual es la problemática de determinar la ley aplicable a las sucesiones de ciudadanos británicos en los Estados miembros participantes.

La importancia de esta norma europea y su incidencia en la actuación de los notarios y registradores españoles hace preciso que este Centro Directivo aborde la rica casuística que el mismo plantea estableciendo una interpretación para el caso planteado.

Con carácter previo debe considerarse suficiente el poder notarial en base al cual es representada la recurrente en base a su consideración accesorio a los fines perseguidos por la representación, de carácter dispositivo, sobre el patrimonio de la recurrente en España.

2. En el presente recurso un causante británico fallece tras la entrada en aplicación del Reglamento (17 agosto 2015), teniendo su última residencia habitual en España, y con patrimonio en España y al parecer en otros Estados.

Alega el recurrente que siendo el causante de nacionalidad británica y no participando Reino Unido en el Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y Consejo, de 4 julio 2012, la norma no le vincula, siendo aplicable a la sucesión la ley del Reino Unido que consagra la libertad de testar.

El registrador, por el contrario, mantiene la aplicación de la ley española a la universalidad de la herencia por ser la de la residencia del causante al tiempo de su fallecimiento y, en consecuencia, debe aplicarse el sistema de legítimas del Código Civil resultando imprescindible el consentimiento de los hijos, como herederos forzosos.

3. Entre los diversos supuestos y matices que estas sucesiones pueden presentar, en el caso concreto que ahora se analiza se da la circunstancia de que el causante fallece bajo testamento otorgado en 2003, por lo tanto, antes de la entrada en vigor del Reglamento (16 agosto 2012, *vid.* considerando 77 y Reglamento [C.E.E., Euratom] n° 1182/71 del Consejo, de 3 junio 1971).

En dicho testamento, autorizado por notario español conforme a los requisitos de la *lex auctor*, que en la fecha de su otorgamiento impedía la elección de la ley sucesoria, la *professio iuris* –al igual que la *lex del domicile* del testador–, éste ordenaba lo siguiente: por la primera cláusula, “instituye heredera en todos sus bienes situados en España a su esposa, M. E. O”; por la segunda cláusula, “ nombra sustitutos en caso de premoriencia, conmoriencia o renuncia de la citada heredera, a partes iguales, a sus tres hijos (...). Con derecho de representación a favor de sus respectivos descendientes”. Además deja a salvo los “posibles derechos que la ley de la nacionalidad que ostente a su fallecimiento conceda a legitimarios o herederos forzosos”. Expresión esta última que pese a la difícil coordinación de las leyes inglesa y española puede conducir a *familiar provisions* que, de existir, no han sido planteadas, con el alcance de la ley aplicable, en ningún momento. No se designa *executor*.

En la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, también otorgada en España, comparece un representante de su esposa que en tal concepto, apoderado voluntario de la heredera, adjudica a ésta la totalidad de la herencia.

En la redacción de la escritura notarial calificada, se omite toda explicación sobre la ley aplicable y demás circunstancias concurrentes. No consta, además, informe de la notaria autorizante.

4. Pero, pese a ello, es indudable la aplicación del Reglamento al caso planteado bajo los siguientes parámetros:

En primer lugar, debido a la universalidad de la ley aplicable que en él mismo se prevé como característica común de los Reglamentos europeos que regulan la ley aplicable desde el Reglamento (UE) n° 598/2008 (Roma I).

En este sentido el art. 20 del Reglamento establece la aplicación universal de la ley aplicable: “la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro”, por lo que aunque Reino Unido, como Irlanda, se encuentren actualmente en posición técnica de Estados miembros en situación provisional de *opt out*, conforme a los protocolos 21 y 22 anejos al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y no sean Estado miembro participantes, lo cierto es que la herencia establecida en España ante notaria española, debe tener en cuenta las normas sobre la ley aplicable del Reglamento, lo que conduce al Capítulo III del Reglamento.

En segundo término, determinada la aplicación de la norma europea frente al art. 9.8° Cc –cuyo ámbito se circunscribe a la sucesión mortis causa sin elemento internacional, especialmente en relación a la determinación de una unidad territorial nacional con legislación propia– debe analizarse si las cláusulas testamentarias suponen la realización efectiva de *professio iuris* conforme al art. 83 del Reglamento, o si carecen de entidad para ello.

5. Ciertamente el art. 21.1° Reglamento (UE) n° 650/2012 dispone una norma de conflicto principal que determina que será ley aplicable la norma del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, ley que será aplicable a la universalidad de la herencia, bienes muebles e inmuebles, incluso cuando no resulte ser aplicable la ley de un Estado miembro, dada la aplicación universal del Reglamento (arts. 20 y 23.1°, ex 34). La consideración de que debe entenderse residencia habitual en el contexto de esta norma, exige una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento, en los términos de los considerandos 23 y 24.

No obstante, la regla de la residencia no es absoluta por cuanto, además de otros supuestos tales como: la aplicación de la ley de los vínculos más estrechos, arts. 21.2º; la norma especial en caso de conmorien- cia, art. 32, o sucesión vacante, art. 33; la aplicación obligatoria del art. 30; o las normas del art. 29 para determinados supuestos de administración *locus sitae*, el art. 22.1º permite que el causante pueda elegir, en disposición *mortis causa*, como ley aplicable a su sucesión la de la nacionalidad, o alguna de las nacio- nalidades que ostente al tiempo de la elección o de su fallecimiento.

6. La *professio iuris*, como se ha indicado, era desconocida en España antes de la entrada en vigor del Reglamento al igual que se desconoce hoy en día en la legislación británica, pero este hecho que pudiera ser relevante para su ejecución según la ley local en Reino Unido, no afecta la aplicación de la norma europea en España, en cuanto Estado miembro participante en el mismo.

Conforme al art. 22 del Reglamento, la elección de la ley de una de las nacionalidades que posea el disponente al tiempo de la realización de la disposición de última voluntad o del fallecimiento del cau- sante, ha de reunir ciertos requisitos formales: debe hacerse expresamente y en forma de disposición *mor- tis causa* o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo.

Los considerandos 39 y 40 inciden esta cuestión: el considerando 39 del Reglamento (UE) nº 650/2012, señala que la elección de la ley sucesora debe realizarse explícitamente en una declaración de forma de disposición testamentaria o resultar de los términos de una disposición *mortis causa* en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley. Abunda en ello, el considerando siguiente –40– al precisar que cabe la elección de una ley aun cuando la ley elegida no prevea la elección de ley en materia sucesoria, como sucede en el Derecho británico, y sucedía en el momento del otorgamiento de la disposición *mortis causa* en el Derecho español, siempre que pueda in- ferirse del acto que la persona comprendió lo que está haciendo y consistió en ello.

Y si es así constante la aplicación del Reglamento con más razón debe predicarse una interpretación flexible de su disposición transitoria –art. 83– redactada con la finalidad de que los ciudadanos europeos, pese a los tres años dados para la aplicación de la norma, no se sorprendan con las modificaciones que la misma introduce en sus tradiciones jurídicas cuando hubieran dispuesto con anterioridad a su aplicación, la forma en que debía llevarse a cabo su sucesión (*vid.* considerando 80).

Por ello, si una disposición «*mortis causa*» se realizara antes del 17 agosto 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión (art. 83.4º). Y así puede entenderse de la disposición a favor sólo de su esposa realizada por el disponente, conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos.

7. Complementariamente, ha de tenerse presente que el Reglamento, con inspiración en el Convenio de La Haya de 1 agosto 1989, introduce en su Capítulo III para la regulación de la validez formal y material de las disposiciones *mortis causa*, con el alcance autónomo que allí se establece, la *putative law* –ley presuntiva– que produce una retroacción positiva para los efectos singulares regulados en los artículos 26 y 27 a la ley que de haber fallecido el testador en la fecha en que realizó la disposición «*mortis causa*» le sería de aplicación –incluido el supuesto del art. 22, *professio iuris*–, y sin perjuicio de lo establecido en el art. 75.1º en relación al Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 del que España, como la mayor parte de los Estados miembros, es parte y que queda supeditado en el futuro, entre los participantes –y muy probablemente, por lealtad institucional, entre los Estados miembros– a lo previsto en el Reglamento.

8. Por las razones apuntadas, en base a las circunstancias transitorias concurrentes y a la necesaria seguridad jurídica que está en la lógica de la norma, junto a la eliminación de trabas jurídicas (consideran- dos 1, 7 y 80) ha de entenderse que el título testamentario del causante británico antes de la aplicación del reglamento, en este caso concreto, fue vehículo para el establecimiento de la *professio iuris* y que por lo tanto el testador eligió su ley nacional, por lo que la sucesión se ha de regir por la ley británica, y dado su domicilio determinado en este caso por su lugar de nacimiento, a las leyes de Reino Unido.

Esta solución está reforzada además por el hecho de que en el momento en que se realizó el testamento era aplicable a la sucesión la ley nacional del causante, que conduce al mismo resultado.

9. Otra cuestión, que no ha sido establecida en la nota de calificación es si es posible la división de títulos testamentarios, para el patrimonio en España y otros Estados.

Conforme al Reglamento la sucesión es única y comprende la totalidad de los bienes muebles e inmuebles del causante (con claridad, inciso primero del art. 23) por lo que estas disposiciones *testamentarias simpliciter*, que tanto facilitaron las sucesiones de los causantes británico en España en su día deben ser erradicadas de la práctica testamentaria notarial posterior al 17 de agosto 2015, pero es un tema que, al no ser planteado, no afecta, aunque si contextualiza la presente Resolución.

Por tanto, debe considerarse que, aunque no forme parte Reino Unido del Reglamento (UE) n° 650/2012, las autoridades judiciales y extrajudiciales españolas deben tener presente la aplicación universal del mismo, incluso para Estados miembros no participantes. Y que, en el presente caso concreto, en base a los argumentos expresados, ha de considerarse suficiente la disposición de voluntad del año 2003 con fundamento en el art. 83, para entender realizada una *professio iuris* a favor de la ley de la nacionalidad del causante por la cual habrá de regirse sin aplicación del sistema legitimario español.

10. Finalmente, conviene poner de relieve que la compleja regulación de las sucesiones, la necesidad, en muchos casos, de precisar cuestiones como la residencia habitual del causante, las eventuales excepciones a la misma, la determinación de la ley aplicable y su aceptación fuera de España, exige que los notarios autorizantes realicen los correspondientes juicios instrumentales acerca de tales extremos y aconseja un razonable reflejo en el documento público de los extremos relevantes a la sucesión.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en los términos expresados en los anteriores fundamentos de Derecho con revocación de la nota de calificación.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los arts. 325 y 328 LH.

NOTA

1. El supuesto (similar al abordado en la Resolución de 4 julio 2016 (BOE 12.8.2016) se refiere a la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia de ciudadano británico con residencia en España y bienes en varios países, fallecido tras la entrada en vigor del Reglamento (UE) 650/2012. Mientras el solicitante pretendía la aplicación de la ley inglesa al testamento otorgado en 2003, al entender que no resultaba aplicable a los ciudadanos británicos el citado Reglamento, la calificación del Registrador con buen criterio establece la necesidad de aplicar el citado Reglamento, pero extrae, como consecuencia, la aplicación de la ley española como ley de la residencia habitual del causante.

Como no podía ser de otra forma, la DGRN confirma la aplicación universal de las normas de conflicto del Reglamento (UE) 650/2012 (art. 20), pero estima el recurso precisamente en aplicación de dicho Reglamento. El Reglamento se aplica a la sucesión de personas fallecidas tras su entrada en aplicación (17 agosto 2015), pero por esta razón puede afectar a testamentos otorgados, como es el caso, en fechas anteriores al Reglamento. En tal caso, debe tenerse en cuenta que la aplicación de la ley de la residencia habitual del causante prevista en el art. 21 se exceptúa en caso de *professio iuris* expresada por el causante a favor de la ley de su nacionalidad (art. 22). Dicha elección no tiene por qué ser expresa, sino que basta con que resulte de la disposición *mortis causa*. Este es, precisamente, el caso de aquellos testamentos que, otorgados antes de la aplicación del Reglamento, se ajustaban a la libertad de testar establecida en la ley nacional del causante, como es el caso. En efecto, el art. 83 contempla expresamente una disposición transitoria favorable en este caso a admitir la ley elegida conforme a lo dispuesto en el propio Reglamento o en las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento de la elección, tanto en el Estado de la nacionalidad como de la residencia del causante (apartado 2), así como una disposición interpretativa en virtud de la

cual si una disposición *mortis causa* se realiza antes del 17 agosto 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión (apartado 4).

2. La Resolución de la DGRN es correcta por lo que se refiere a la cuestión de calificación planteada. Conviene resaltar, al margen de esta cuestión, la advertencia realizada en el fundamento jurídico décimo en relación con la función de los notarios en la determinación de la ley aplicable a las sucesiones conforme al Reglamento (UE) 650/2012: *“Finalmente, conviene poner de relieve que la compleja regulación de las sucesiones, la necesidad, en muchos casos, de precisar cuestiones como la residencia habitual del causante, las eventuales excepciones a la misma, la determinación de la ley aplicable y su aceptación fuera de España, exige que los notarios autorizantes realicen los correspondientes juicios instrumentales acerca de tales extremos y aconseja un razonable reflejo en el documento público de los extremos relevantes a la sucesión”*.

Otra afirmación realizada por la DGRN al margen del caso en cuestión, mucho más oscura, se refiere a la fragmentación de la ley aplicable a la sucesión, particularmente relevante en caso de ciudadanos británicos. La DGRN, en su fundamento jurídico 9º señala: *“Otra cuestión, que no ha sido establecida en la nota de calificación es si es posible la división de títulos testamentarios, para el patrimonio en España y otros Estados. Conforme al Reglamento la sucesión es única y comprende la totalidad de los bienes muebles e inmuebles del causante (con claridad, inciso primero del art. 23) por lo que estas disposiciones testamentarias simpliciter, que tanto facilitaron las sucesiones de los causantes británico en España en su día deben ser erradicadas de la práctica testamentaria notarial posterior al 17 agosto 2015, pero es un tema que, al no ser planteado, no afecta, aunque si contextualiza la presente Resolución”*. En el caso planteado, es indudable que, si la ley aplicable a la sucesión deriva de la *professio iuris* establecida en el art. 22, no cabe ninguna posibilidad de reenvío ni de aplicación de ninguna otra ley a la “totalidad de la sucesión”, como se desprende del art. 23 en relación con el art. 34.2º del Reglamento. Pero en otros casos, particularmente cuando se trata de aplicar la ley de la residencia habitual del causante, no cabe descartar la posibilidad de un reenvío parcial a la ley española, cuando se trate de un testamento referido exclusivamente a los bienes situados en España.

3. En efecto, el art. 23 del Reglamento es explícito a la hora de establecer que la ley aplicable determinada conforme al art. 22 regirá “la totalidad de la sucesión”, y el considerando 37 revela la necesidad de evitar la fragmentación de la sucesión sobre la base de un principio de seguridad jurídica. Aspectos esenciales del contenido de la ley sucesoria, como se deduce del propio apartado 2 del art. 23, son tanto la validez sustancial del testamento como la forma de transmisión de la posesión o propiedad a los herederos y la partición de la herencia, así como las facultades en su caso de los ejecutores o administradores sucesorios. Todas estas cuestiones, quedan, pues, regidas por el Derecho inglés en su caso.

El Derecho sucesorio inglés no concibe el testamento como un título de transmisión directa del caudal hereditario. Admitida la libertad amplia de testar, en el caso de la sucesión testada la posesión fiduciaria de los bienes debe pasar al ejecutor testamentario nombrado mediante el *Grant of Probate*, teniendo en cuenta la designación testamentaria, en su caso; en defecto de indicación en el testamento, el ejecutor es nombrado igualmente conforme a unas reglas objetivas previstas legalmente. La transmisión de los bienes debe ser, pues, realizada a través de los ejecutores testamentarios, o por los administradores en caso de sucesión abintestato. Pero, conforme al Derecho inglés, la sucesión de bienes inmuebles situados en el extranjero no se rige por el Derecho inglés, sino por la ley del lugar de situación de los inmuebles. En consecuencia, desde la perspectiva del Derecho inglés, el testamento otorgado en España y la atribución directa del bien en virtud del testamento, sin necesidad de intervención de un ejecutor testamentario, sería perfectamente válida, dado que los bienes

inmuebles se encuentran en España. Dicho de otra forma, la atribución de dicha propiedad no requeriría el nombramiento de un *executor* a través de un *Grant of Probate*.

No obstante, la aplicación del Derecho español por reenvío solo se justificaría si la remisión al Derecho inglés, como ley aplicable a la sucesión, incluyera sus disposiciones de Derecho internacional privado. Dado que el Reino Unido es un tercer Estado a los efectos de la aplicación del Reglamento (UE) n° 650/2012, el art. 34.1° a) del Reglamento parece habilitar dicho reenvío, en la medida en que la remisión se hace a la ley de un Estado miembro, que es España. Si el registrador admite este reenvío, podría dar aplicación a la voluntad del causante, en la medida en que, como parece ser este caso, sea compatible con el Derecho sucesorio español aplicable. La dificultad de esta interpretación radica precisamente en que un reenvío meramente parcial podría conculcar un principio básico del sistema basado en la unidad y universalidad de la ley aplicable a la sucesión, por cuanto llevaría a aplicar la ley de la residencia habitual del causante a una parte de la sucesión, y no a su totalidad.

A falta de una interpretación auténtica por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no puede afirmarse con rotundidad que un reenvío parcial sea inviable. Es más, buena parte de la doctrina española y europea (P. Lagarde, A. Bonomi, S. Álvarez González, J. Carrascosa González...), invocando la restricción del principio de unidad de la sucesión al ámbito de las reglas generales y las excepciones al principio de unidad de la sucesión que se desprenden asimismo de las normas de competencia judicial internacional (arts. 10.2° y 12), se ha mostrado favorable a admitir un reenvío parcial provocado, precisamente, por parte de aquellos terceros Estados que siguen, como el Derecho inglés, un sistema dualista (muebles/inmuebles), incluso si conduce a la fragmentación de la sucesión.

4. En la práctica, respecto de la sucesión testamentaria sometida al Derecho inglés, pueden darse tres situaciones que aconsejan soluciones diversas:

a) La más frecuente se refiere a un testamento otorgado conforme al Derecho inglés, en que el causante disponga respecto de todos sus bienes, incluso de los situados en territorio extranjero. En tal caso, parece claro que el testamento no es un título de transmisión sucesoria, pues es necesario que el ejecutor testamentario provisto de un *Grant of Probate* adjudique los bienes. En este supuesto, la posibilidad de un reenvío parcial a la ley española para la sucesión testamentaria de los bienes inmuebles situados en España no parece una solución razonable y la solución consistirá en la adjudicación de los bienes por parte del *executor* designado.

b) Una segunda situación consistiría en un testamento referido exclusivamente a bienes inmuebles en España pero redactado o adaptado a las exigencias del Derecho inglés, con designación de *executor*. Al igual que en el caso anterior, en este caso parece adecuado admitir o requerir el *Grant of Probate* y la adjudicación de los bienes por el *executor* (siempre que los tribunales británicos admitan su competencia para conceder el *Grant of Probate*), sin tener en cuenta un reenvío parcial, máxime cuando dicho reenvío podría implicar la anulación cuando menos parcial del testamento, al aplicarse el Derecho español a las legítimas.

c) Una tercera situación, se refiere a un testamento circunscrito a bienes inmuebles en España, otorgado conforme las exigencias del Derecho español y no del Derecho inglés. En virtud de las normas británicas, podría defenderse con mayor facilidad que sus disposiciones (incluyendo las relativas a la designación de *executors*), no se aplican o excluyen este supuesto, por lo que, conforme al Derecho inglés, en este caso la atribución directa de la propiedad sería válida.

Esta interpretación entraña en realidad la aplicación de las normas de Derecho internacional privado inglesas y, en consecuencia, habilitar un reenvío parcial conforme al art. 34 del Reglamento. Esta excepción al principio de unidad de la sucesión podría tener una justificación material para mitigar el rigor de la exigencia en este caso del *Grant of Probate*. En la práctica, la designación del ejecutor está vinculada a un testamento en concreto. Dicho de otro modo, el *Grant of Probate* con-

ferido para la sucesión del causante en la sucesión testada referida al caudal relicto situado en Inglaterra no contempla en realidad una habilitación más allá de los bienes contemplados en el testamento en cuestión. Es posible, entonces, que la solicitud de un *Grant of Probate* específico para un testamento circunscrito a bienes inmuebles situados en España pueda plantear problemas, especialmente si el *executor* no ha sido designado en el testamento, por cuanto la aplicación de las normas del Derecho inglés, incluidas las relativas a la competencia para la concesión del *probate*, no se extiende en principio a la sucesión testamentaria exclusivamente referida a inmuebles situados en el extranjero. Así, en el asunto *In the Goods of Coode* (1867 LR 1 P. & D. 449), los tribunales rechazaron su competencia para otorgar el *probate* respecto de un testamento referido a los bienes del causante en Chile, mientras que la admitieron para un segundo testamento del causante referido a los bienes situados en Inglaterra. La Sección 2 (1) de la *Administration of Justice Act* de 1932 amplió la competencia de los tribunales británicos para otorgar un *Grant of Probate*, hasta entonces limitada a sucesiones que afectaran a bienes en Inglaterra o Gales, permitiendo una cierta discrecionalidad de los tribunales en otro caso. No obstante, esta discrecionalidad es relativa, y por ejemplo no conduce a la competencia de los tribunales ingleses cuando el causante no se encuentra domiciliado ni tiene bienes en Inglaterra [*Aldrich v. Att.-Gen* (1968, P. 281, 295)], supuesto en que, conforme al Reglamento europeo, podría ser aplicable el Derecho inglés en virtud de la nacionalidad del causante y el ejercicio de la *professio iuris*, llevando a un problema aún más difícil de resolver por la exclusión del reenvío en este caso.

El reenvío parcial podría servir, precisamente, para resolver los callejones sin salida a que puede conducir la eventual falta de competencia de los tribunales ingleses para otorgar el *probate* en el caso planteado, en que la aplicación de la ley inglesa como ley de la residencia abre la posibilidad del reenvío, por lo que tendría sentido la doctrina que se inclina a favor de reconocer una excepción al principio de unidad de la sucesión a través del reenvío parcial previsto en el art. 34 del Reglamento.

En consecuencia, la posibilidad en estos casos de aplicar al testamento la ley española estaría habilitada hipotéticamente por un eventual reenvío parcial conforme al art. 34 del Reglamento, siendo una cuestión debatida en la doctrina y seguramente sujeta en el futuro a una interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En todo caso, este reenvío implicaría no solo la aplicación de la ley española para la atribución directa de la propiedad a los legatarios, sino también a la validez del testamento y a la sucesión en su conjunto, incluyendo en su caso las legítimas.

Una solución alternativa, más restrictiva y gravosa, consistiría en reconocer únicamente el reenvío parcial si se acredita que los tribunales británicos no admiten su competencia para otorgar el *Grant of Probate*. En tal caso, el registrador debería exigir al solicitante que procediera a obtener dicho *Grant*, tal y como propone el registrador en su consulta, pero en caso de acreditarse el rechazo a dicha solicitud por los tribunales británicos, el reenvío parcial a la ley española se antoja la única solución razonable para conjugar la armonía internacional de soluciones y la propia voluntad del causante.

Incluso en caso de elección de la ley nacional, como es el caso presente, pueden darse supuestos en que resulte prácticamente imposible dar aplicación a dicha ley nacional. Así, en el caso presente, de aplicarse la ley inglesa no solo se habilita la validez de las disposiciones testamentarias a favor de herederos que son legitimarios según la ley española, sino que el testamento no sería título de transmisión hereditaria y sería preciso obtener un *Grant of Probate* por parte de un executor testamentario, en aplicación de la propia ley inglesa. Cuando se trata de testamentos otorgados exclusivamente para bienes situados en España por causantes residentes en España, empero, los tribunales británicos podrían no reconocer su competencia para otorgar el *probate*.

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

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

2017/DGRN/19.— Resolución DGRN de 20 julio 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Cullera, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de la herencia causada por un nacional iraní. BOE 19.9.2016.

Normas aplicadas: Arts. 21 CDFUE; art. 2 DUDH; art. 14 CE; arts. 9.º y 12.3º Cc; arts. 56 y 60 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; arts. 35 y 83 y el considerando 58 Reglamento (UE) nº 650/2012 de 4 de julio.

1. El recurso se limita exclusivamente al primer defecto señalado en la nota de calificación, al no haber sido recurrido el segundo. Aborda, por tanto, la aplicación por autoridades extrajudiciales del orden público en una sucesión *mortis causa* internacional.

El supuesto de hecho conduce a una sucesión regida por el Derecho nacional del causante, iraní, quien siendo residente en España, falleció el día 24 mayo 2015. Divorciado, le suceden dos hijos, mujer y varón, la primera española, ambos recurrentes, aplicándose a su sucesión la ley iraní, actualmente integrada por el Código Civil de 1928, conforme al cual, según el art. 907, la división de la herencia, —en el caso *abintestata*— “es como sigue cuando el causante no deja padre pero si uno o más hijos: (...) si hay varios hijos, hijos e hijas, cada hijo tomará el doble de la porción de cada hija”. Conforme a esta norma fue adjudicada en España la herencia del causante.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Cullera copia autorizada de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia —en la que se aplica, sin más, la ley extranjera— el registrador califica negativamente el título al considerar que la normativa nacional del causante vulnera el orden público internacional español y no puede ser aplicada en España, por lo que falta causa en el exceso de adjudicación a favor del heredero varón.

Las consideraciones expresadas en el recurso por ambos hijos se centran en que aceptan esa ley, en que se trata de su tradición jurídica y que también en España existen diferencias según las regiones en el pago de las cuotas hereditarias legitimarias. Asimismo, alegan los recurrentes que en el pasado ha sido aceptada esta diferencia en diversas Resoluciones de esta Dirección General.

2. Ciertamente en la regulación material de los Derechos de familia y de sucesiones *mortis causa*, existen tradiciones jurídicas muy alejadas entre sí, nacidas de consideraciones históricas, culturales e incluso religiosas. Concretamente en el campo del derecho de sucesiones pueden identificarse varios sistemas jurídicos que se organizan sobre diferentes principios y fundamentos, sistemas en que se insertan la mayoría de los ordenamientos nacionales de derecho sucesorio: el continental, con sus variantes de unidad o escisión, el islámico y el hindú.

Según los casos la puesta en conexión de los diferentes sistemas puede crear importantes asimetrías que dificultan o impiden, en ocasiones, tanto la aplicación de la ley determinada por la norma de conflicto, como el reconocimiento y ejecución de la resolución judicial o la eficacia extraterritorial del documento público con proyección en la sucesión con elemento internacional.

Cuando el causante presenta vínculos o posee bienes en otro Estado, cuyos principios culturales, y por ende su axiología, se diferencian de aquellos que informan el ordenamiento de la ley aplicable al supuesto puede ocurrir que principios esenciales del ordenamiento de la Autoridad que aplica la norma determinen la inaplicabilidad de las soluciones normativas a las que conduce la ley aplicable. Se trata de la aplicación de la excepción de orden público internacional que tiene una especial significación en los derechos de familia y sucesiones, de manera que la doctrina y la jurisprudencia de los países de nuestro entorno han profundizado en su aplicación y atemperación mediante figuras como los efectos atenuados del orden público, que tiende a reconocer efectos de situaciones jurídicas creadas fuera del propio ordenamiento o la doctrina de la proximidad, en que se fortalece la proyección del orden público internacional en situaciones próximas.

En el presente caso, la aplicación de la ley nacional del causante, con fundamento en la ley islámica, lleva al resultado de adjudicar a la hija por ser mujer, la mitad de la cuota de su hermano varón en concurrencia con el mismo.

La aplicación en España de la norma extranjera seleccionada por la norma de conflicto en los términos expuestos es incompatible con principios fundamentales o ideas eje que fundamentan el ordenamiento jurídico español como el principio de no discriminación recogido tanto en el art. 14 CE como en los relevantes convenios internacionales (arts. 2 DUDH; 21 CDFUE, y 14 CEPDHLF –además principio general del derecho de la Unión Europea conforme al art. 6 TFUE–) normas que no sólo informan con carácter de principio orientador el ordenamiento jurídico, sino que son de aplicación directa en España, estando obligadas las autoridades españolas a garantizar el respeto a los principios indicados al valorar los resultados de la aplicación a que llama la norma de conflicto, por lo que no es posible atribuir efecto jurídico en España a una norma discriminatoria ni en la esfera judicial ni en la extrajudicial.

Aunque se ha pretendido justificar la indicada discriminación en el hecho de que son los varones quienes deben atender al mantenimiento de la familia del causante, ello no elimina el carácter discriminatorio de los efectos de la norma que se considera.

Constituye, por tanto, manifestación del orden público internacional del foro la interdicción de una situación discriminatoria como la planteada teniendo en cuenta además la especial vinculación del supuesto con el ordenamiento jurídico español.

3. Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, la modernización del Derecho de sucesiones internacional llevado a cabo por el Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio, ahonda en esta argumentación, al contemplar la apreciación por autoridades no judiciales del orden público.

Con ello refuerza la solución de este recurso, aunque en el caso planteado la sucesión se causa con anterioridad a la fecha de aplicación (sin perjuicio del alcance del art. 83 del Reglamento).

En términos generales, el orden público, que es de valoración restrictiva, se introduce en el Reglamento en un múltiple contexto.

Primero, en su formulación general en el art. 35, en el que se establece su relación con la ley aplicable: “Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro”.

Segundo, en cuanto límite del principio de confianza mutua, que tiene su concreta manifestación en la excepción al reconocimiento y ejecución de resoluciones, como resulta del art. 40 del Reglamento (UE) nº 650/2012, suprimido el procedimiento de exequátur: “Las resoluciones no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido” y tal como es entendido en abundante jurisprudencia (STJUE 28 abril 2009, *M. A. contra D. C. O. y L. E. O.*, Asunto C-420/07).

Por último, en una expresión de los principios comunes del ordenamiento europeo tal como son entendidos por el TJUE y recuerda el considerando 58 del Reglamento, que destaca su relación de los principios de la CDFUE. Así: “En circunstancias excepcionales, los tribunales y otras autoridades competentes que sustancien sucesiones en los Estados miembros deben, por consideraciones de interés público, tener la posibilidad de descartar determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la CDFUE, en particular a su art. 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación”.

Finalmente, la aplicación del orden público del foro actúa como un límite a la aceptación de documentos públicos, conforme al art. 59: “Los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen o el efecto más parecido posible, siempre que ello no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro

requerido” (en igual sentido, arts. 56 y 60 de la Ley 29/2015), así como a la ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales –arts. 60 y 61 del Reglamento–.

4. La aplicación estricta del orden público en el ámbito de la ley aplicable fue reformulado desde la redacción de la propuesta del Reglamento hasta su redacción final en que liga el orden público a los derechos fundamentales, en un sentido relevante a los efectos del presente recurso.

La redacción final recogida en el art. 35 del Reglamento no incluye entre sus elementos una interpretación del régimen escisionista, entre bienes muebles e inmuebles, ni la vulneración de la aplicación de partes reservadas o legítimas que razonablemente correspondiera aplicar a la sucesión.

Estos temas se zanjaron a favor de la aplicación directa de las reglas del foro que deberían aportar sus propias soluciones de Derecho internacional privado en relación no ya al orden público sino al fraude de ley (Considerando 26: “Ningún elemento del presente Reglamento debe ser óbice para que un tribunal aplique mecanismos concebidos para luchar contra la elusión de la ley, tales como el fraude de ley en el contexto del Derecho internacional privado”).

En la misma línea, que excluye el debate de la inclusión de las legítimas del concepto de orden público, aun recibidas por vía de abintestato, se sitúa el ordenamiento español constitucional que en el que el art. 33.1º CE reconoce tras el derecho a la propiedad privada, el derecho a la herencia.

Decae, por tanto, el argumento del recurrente, pues en España los aspectos cuantitativos y cualitativos de la legítima, podrán tener un encaje principal en el art. 33 de la Constitución, pero no en el 14 del mismo texto, que recoge el principio fundamental de la interdicción de discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza o religión.

Así fue entendido, fuera de nuestras fronteras, por el *Bundesverfassungsgericht* alemán, en Sentencia de 19 abril 2005, respecto de la reforma del Derecho de sucesiones y prescripciones de Alemania, en vigor desde el 1 enero 2010 que consideró que la libertad de testar es un reflejo del derecho a la propiedad privada y del principio de la autonomía privada en la libre autodeterminación del individuo y que no hay mandato constitucional por el que el causante deba conceder un trato igualitario a sus descendientes si no es discriminatorio.

En cualquier caso, la jurisprudencia en España ha sentado el principio de que la regulación de las legítimas en nuestro ordenamiento no integra el concepto de orden público internacional desde la STS 27 abril 1978, salvo que afectaran al principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza o religión.

5. La apreciación extrajudicial de la posible vulneración del orden público internacional español por los operadores jurídicos y en el caso que corresponda la búsqueda y habilitación de alternativas al respecto se extiende tanto a la aplicación de la ley extranjera, como ocurre en el presente supuesto, como al reconocimiento incidental o ejecución de resoluciones o a la aceptación de documentos públicos extranjeros teniendo en cuenta el momento temporal en que la incompatibilidad con los principios fundamentales del ordenamiento del foro deba ser valorado.

En todo caso la apreciación por la Autoridad de supuestos proscritos por afectar a los derechos fundamentales deberá ser garantizada en el Estado receptor.

6. Por lo tanto, conforme a la aplicación del orden público internacional del foro, carece de causa la adjudicación a un heredero en España de una cuota distinta a la que resultaría de la aplicación directa del principio de no discriminación.

El hecho de que la recurrente sea la afectada no excluye la aplicación del principio de orden público, sin perjuicio de la posibilidad que tiene de ceder, donar o renunciar a favor del coheredero sus derechos.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

2017/DGRN/20.– Resolución DGRN de 26 julio 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de El Puerto de la Cruz, por la que

acuerda no practicar la inscripción de una instancia para la inscripción de aceptación de herencia de causante eslovaco (BOE 20.9. 2016).

Sucesión conforme al Derecho eslovaco: prueba suficiente del Derecho extranjero de la condición de heredero único.

Normas aplicadas: Art. 9.8º Cc; art. 14 LH; arts. 36 y 79 RH; arts. 10 y 460 y concordantes del Código Civil eslovaco de 26 febrero 1964.

1. Se aborda en el recurso la suficiencia o no de la documentación presentada en relación a una sucesión internacional así como la prueba del derecho material aplicable.

El causante, de nacionalidad eslovaca, fallece antes de la aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012, por lo que es de aplicación el art. 9.8º Cc, que conduce a la ley de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento, en este caso la eslovaca.

Se aporta una certificación de herencia por don Ondrej Duriac, notario, en el que se manifiesta que el causante falleció en estado civil de casado, habiendo otorgado testamento el 23 noviembre 2001, se señala como heredera forzosa a doña D. T., y como heredero testamentario don D. L. hijo de su esposa a quien en el testamento se dejan cierta edificación en Bratislava expresándose que «este mi testamento se refiere únicamente al inmueble anteriormente descrito y no se refiere al resto de mi patrimonio». En la indicada certificación de herencia únicamente se inventaría y adjudica la finca radicante en Bratislava, sin hacerse mención alguna a la finca radicante en España.

Se aporta igualmente una certificación del Derecho eslovaco. En dicho certificado se establece que “(...) si por disposición testamentaria se sucede solo una parte de la herencia, el resto de la herencia se sucede por los herederos designados por disposición de la ley”.

Conforme a aquel Derecho, los notarios liquidan la sucesión, como comisionados del Juzgado territorial competente y expiden un certificado sucesorio o de herencia, que tiene la consideración de resolución judicial.

Por ello, para las herencias sometidas al Reglamento (UE) nº 650/2012, sus certificados se consideran emitidos por Tribunal en base a su art. 3.2º y circulan entre los Estados miembros participantes en el Reglamento, como resoluciones judiciales (formulario I anexo al Reglamento [UE] nº 1329/2014, 9 de diciembre). Así ha sido comunicado por Eslovaquia a la Comisión en base al art. 79 de la norma europea. Todo ello sin precisar apostilla o legalización (art. 74 del Reglamento [UE] nº 650/2012).

En el presente caso, el certificado de herencia se expide en 2011, año del fallecimiento del causante, previo como se ha indicado a la aplicación del Reglamento, el día 17 agosto 2015. Se acompaña de una certificación apostillada, como documento notarial, y traducida de la legislación sucesoria vigente al tiempo del fallecimiento del causante.

Son, por tanto, dos las cuestiones a decidir.

En primer término, si resulta suficientemente probado el Derecho extranjero alegado.

En segundo lugar, si de acuerdo con la legislación eslovaca, a doña D. T. se le atribuye la condición de heredera única respecto de los bienes no incluidos en el testamento, de manera que sería posible prescindir de cualquier otra consideración y practicar la inscripción solicitada en base a la instancia que acompaña a la resolución; o, si, por el contrario, la designación de don D. L. hijo de su esposa a quien en el testamento se dejan cierta edificación en Bratislava, hace imprescindible la formalización de escritura de partición.

2. La prueba del Derecho extranjero, ha sido objeto de nueva regulación en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en vigor desde el 20 agosto 2015).

Debe tenerse en cuenta que el régimen de la prueba del Derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda regulado en el art. 33 de dicha ley, que no modifica ni afecta las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al art. 36 del Reglamento Hipotecario.

La publicación de esta ley, sin embargo, si fundamenta la cooperación de autoridades extrajudiciales conforme al principio general basado en la cooperación y flexibilidad (art. 3), lo que impide rechazar la prueba *ad nutum*.

Conviene destacar, que los arts. 34 a 36 de dicha Ley, que establecen el régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del derecho extranjero, son aplicables tanto a la aplicación del Derecho extranjero por autoridades jurisdiccionales, como por notarios y registradores. No obstante, esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial, entre las que se encuentra la legislación hipotecaria (disposición adicional primera, letra f), de la Ley 29/2015, de 30 de julio), en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley, por lo que se deberá acudir preferentemente a los medios de acreditación del derecho extranjero previstos en el art. 36 RH.

En base a este planteamiento sigue siendo aplicable la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la prueba del Derecho extranjero. En este sentido (*vid.* Las Resoluciones de 15 julio 2011, 2 de marzo y 14 noviembre 2012 y 20 julio 2015), la calificación sobre la aplicación del Derecho extranjero queda sometida necesariamente a su acreditación ante el registrador ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (*cf.* art. 281.2º LEC), también lo ha de ser en el notarial y registral (*vid.*, entre otras, las Resoluciones de 17 enero 1955, 14 julio 1965, 27 abril 1999, 1 marzo 2005 y 20 enero 2011). Es cierto, no obstante, que este Centro Directivo ya ha señalado en diversas ocasiones que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el art. 281 LEC y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial.

En consecuencia, los preceptos mencionados son subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el art. 36 RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 marzo 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son “la aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable”. El precepto señala además que “por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles”. La enumeración expuesta no contiene un *numerus clausus* de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse “entre otros medios”, por los enumerados.

Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el art. 281.2º LEC, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia (*vid.*, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 mayo 1989, 7 septiembre 1990 y 25 enero 1999, y la Resolución de 20 enero 2011). Es decir, no basta la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país. Asimismo, esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (*cf.* arts. 281 LEC, 168.4º RN y 36.2º RH), pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (*vid.*, entre otras, las Resoluciones de 14 de diciembre de 1981 y 5 de febrero y 1 marzo 2005). La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquel no sea invocado por las partes. En consecuencia, como señaló la Resolución de 20 enero 2011, el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdo a los imperativos expuestos, podrá

aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción.

En definitiva, el art. 36 RH posibilita que el Derecho extranjero pueda ser acreditado, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario, habiendo manifestado esta Dirección General (cfr. Resolución 20 julio 2015) que si el registrador entendiese, que del informe emitido por el notario no se dedujera la conclusión pretendida en cuanto al sentido, alcance e interpretación de las normas extranjeras, deba el registrador al calificar expresar y motivar las concretas razones de su rechazo, sin que, por tanto, sea suficiente una referencia genérica de falta de prueba del Derecho extranjero.

Es preciso recordar tanto a notarios como a registradores la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 RH, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, sino a los medios que proporciona, en el ámbito de la Unión Europea, el entorno E-Justicia.

Esta Dirección General se ve en la necesidad de recordar la especial importancia que tienen las inversiones extranjeras en la economía nacional, por lo que, sin perjuicio de la necesaria seguridad jurídica que debe siempre prevalecer, resulta especialmente importante la labor que han de desempeñar notarios y registradores, en criterios de razonabilidad, en el conocimiento necesario para que tanto la inversión como la realización de la inversión extranjera resulte lo menos compleja posible. En este sentido, los informes notariales sobre vigencia y aplicación de la ley extranjera adquieren una especial relevancia, de modo que el registrador, al calificar, deba expresar y motivar concretas razones de su rechazo, sin referencias genéricas.

3. Respecto del primer defecto de la nota, es claro que los requisitos y practica de los asientos, como el conjunto de la actividad registral, es competencia exclusiva del Estado en el que radique el Registro.

Por ello, con independencia de lo que establezca la ley material eslovaca, corresponde a la legislación española aceptar la instancia si es en efecto única interesada en la sucesión, y a la legislación eslovaca, debidamente probada, establecer si en efecto es heredera única sin limitación.

El art. 14 LH determina que “cuando se tratare de heredero único, y no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco Comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, el título de la sucesión, acompañado de los documentos a que se refiere el artículo dieciséis de esta Ley, bastará para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante”. Este precepto contempla el supuesto de heredero único, sin que exista persona con derecho a legítima, y en este supuesto la sucesión y la inscripción registral se produce en virtud del título sucesorio que enumera el apartado primero del mismo artículo.

Pero requisito esencial es que estemos en presencia de heredero único sin que exista persona con derecho a legítima.

En el supuesto que motiva el presente recurso, tanto del testamento, como de la certificación de herencia presentada resulta que no es así, en cuanto el testador deja la totalidad de los derechos sobre determinada finca al hijo de su esposa, que sucede en virtud de testamento, reconociendo el certificado la posición de heredera forzosa de su esposa.

De la documentación facilitada por la recurrente, no resulta claramente probado el alcance del certificado de herencia; la imposibilidad de que incluya bienes no situados en el territorio de Eslovaquia; el título sucesorio abintestato preciso para la heredera forzosa –o si es suficiente la certificación– así como el documento en base al cual, una vez establecido su título abstracto, se adjudica los bienes no incluidos en el testamento, que se limita a individualizar lo que ha de recibir el beneficiario testamentario.

Por lo tanto, en cuanto existen otros interesados en la sucesión no es posible prescindir de la titulación pública.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los arts. 325 y 328 LH.

NOTA

1. Se refiere el recurso a la inscripción de una aceptación de herencia en virtud de declaración de herederos expedida por un notario eslovaco en favor del cónyuge del finado respecto del inmueble situado en España, en la que se aporta un testamento en favor de descendiente del causante, referido exclusivamente a un inmueble situado en Eslovaquia, y un certificado del Derecho eslovaco sobre el particular. La registradora estima insuficiente la prueba del Derecho eslovaco que demuestre que no es necesaria la presentación de la partición del conjunto de la herencia con intervención del heredero testamentario y la exclusión de otros posibles herederos legales distintos al cónyuge.

2. La DGRN aclara en primer término la inaplicación temporal del Reglamento (UE) núm. 650/2012. Sobre esta base, analiza como primera cuestión la suficiencia de la prueba del Derecho eslovaco aportada por la solicitante. Sobre este punto, la DGRN confirma su doctrina anterior acerca de la pervivencia de lo dispuesto en el art. 36 del Reglamento Hipotecario, tras la entrada en vigor de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y, en particular, de su art. 33, por lo que se refiere a la doctrina ya bien asentada sobre la prueba del Derecho extranjero, que procede a reproducir.

No obstante, esta Resolución introduce un punto de inflexión sobre la motivación que debe hacer constar el Registrador en su calificación procediendo a la suspensión de la inscripción por falta de prueba del Derecho extranjero, pues debe, en todo caso, motivar y argumentar de forma concreta, sin referencias genéricas, las razones de su rechazo de la prueba del Derecho extranjero. Recuerda la DGRN, que la Ley de Cooperación Jurídica en Materia Civil, de aplicación subsidiaria, "*fundamenta la cooperación de autoridades extrajudiciales conforme al principio general basado en la cooperación y flexibilidad (art. 3), lo que impide rechazar la prueba ad nutum*". De forma muy parecida a las exigencias planteadas por el Tribunal Constitucional a los jueces en relación con su participación activa en la indagación y aplicación del Derecho extranjero (*Sentencia 10/2000, de 17 de enero*), la DGRN llama la atención sobre la necesidad de una actitud activa por parte del registrador y de una cooperación con notarios y autoridades extranjeras en la prueba del Derecho extranjero, reproduciendo la advertencia ya vertida en una Resolución de 15 de febrero de 2016.

3. En segundo lugar, aborda la DGRN la cuestión sustantiva, relativa a si, conforme al Derecho eslovaco, la solicitante es la única heredera legal. Distingue correctamente la DGRN la cuestión de procedimiento registral, regida por el Derecho español (art. 14 LH), relativa a los títulos que justifiquen la inscripción en caso de herederos únicos, de la cuestión sustantiva, sometida al Derecho extranjero, acerca de si el solicitante es o no un heredero único. Y en este punto confirma las dudas de la registradora sobre el contenido del Derecho extranjero y la consideración de la solicitante como heredera única, y en consecuencia confirma la calificación y desestima el recurso.

S.S.L.

2017/DGRN/21.— Resolución DGRN de 28 julio 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Sant Mateu, por la que se suspende la inscripción de una escritura de herencia. BOE 21.9.2017.

Protocolización de testamento otorgado en el extranjero. Caudal relecto. Inmueble situado en España.

Normas aplicadas: arts. 14 LH; arts. 36, 76 y 80 RH; arts. 9.8º, 11, 12.2º y 6, 811 y 968 Cc; arts. 1, 3, 4, 20 a 22, 24 a 27, 29, 83 y 84 Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; art. 6.2º Convenio relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, hecho en Basilea el 16 mayo 1972; arts. 1 y 5 Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, relativo a la ley aplicable a las formas testamentarias; art. 281.2º LEC; art. 33 y la disposición adicional primera Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; art. 3.d) del anexo II RN.

1. En escritura de herencia autorizada por el notario recurrente el día 11 noviembre 2015 bajo el número de protocolo 1035, se protocolizan las operaciones particionales llevadas a cabo como consecuencia del fallecimiento de doña V. J. de nacionalidad británica, y residente en Londres, quien había otorgado testamento autorizado el 14 julio 1997, por el notario en el que constan dos cláusulas del siguiente tenor: “10. Primero. Nombra herederos de sus bienes en España a sus dos hijos. 11. Segundo. En el resto de sus bienes, situados fuera de España, se remite a las disposiciones de última voluntad otorgadas por ella en su país de origen, que declara plenamente subsistentes a estos efectos”. Se insertan certificados de defunción y del Registro de Últimas Voluntades español.

El patrimonio relecto en España consiste en un inmueble que pertenecía en su totalidad a la causante con carácter privativo.

En la escritura de partición se señala expresamente que la ley aplicable a su sucesión es la Ley del Reino Unido.

El registrador exige la aportación del certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o acreditarse que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado, señalando como fundamento la doctrina de esta dirección contenida en la Resolución de la DGRN de 1 julio 2015, cuyos fundamentos recoge íntegramente la Resolución de 13 octubre 2015.

El notario recurrente interpreta que en el presente supuesto estamos hablando de una sucesión testamentaria en la que hay una clara voluntad de separar la sucesión de bienes españoles de la del resto, por lo que la eventual voluntad de nombrar un heredero general, no puede prevalecer sobre la voluntad específica de acogerse al sistema español de formalizar aquí la herencia por los cauces de nuestra legislación. Señala que acompañar el Certificado de Últimas Voluntades del país extranjero de origen del causante tiene sentido en las declaraciones de herederos o en los testamentos de nombramiento de heredero universal, pero no en los casos que en los que hay un fraccionamiento de la herencia en el que se separa la relativa a los bienes españoles de la del resto.

2. Como cuestión procedimental previa alude el recurrente a la supuesta confusión entre dos calificaciones recaídas sobre la misma escritura, que fue presentada en dos ocasiones y por distintos presentantes. La calificación relativa a la segunda presentación recibida por el recurrente por fax, en el apartado “Hechos” introduce a su juicio una enorme confusión pues no tiene en cuenta las variaciones existentes como si el asiento sólo hubiera caducado a medias y sólo se hubiera producido una cancelación parcial o una especie de prórroga del mismo. La calificación notificada al presentante y a los interesados es distinta según el recurrente a lo recibido por el notario, ya que la documentación unida a la escritura que se devuelve contiene la calificación abril 2016, a la que se añade la diciembre 2015. Pero tal supuesta confusión no se aprecia de la lectura de la nota de calificación ni puede inducir al notario como conocedor del procedimiento registral. El hecho de incluir en la documentación las distintas calificaciones recaídas no hace sino dar a conocer a los interesados el resultado de las distintas presentaciones de que ha sido objeto el documento y por otra parte si bien la Ley Hipotecaria, art. 322, señala como obligados receptores de la

notificación de la calificación negativa al notario autorizante y al presentante, nada impide que tal notificación se efectúe así mismo a los interesados, si bien esta notificación no tendrá efectos respecto al cómputo de los plazos para interponer en su caso el recurso.

3. La existencia, cada vez más numerosa, de extranjeros propietarios de inmuebles en España, en los que establecen, además, su segunda residencia, determina la frecuencia de sucesiones internacionales en los que se involucra la legislación española, por lo que es necesario dar respuesta a este fenómeno.

La Unión Europea, consciente de esta realidad y deseosa de dotar seguridad a los movimientos de personas en los distintos países miembros, aprobó el Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado suceso-rio europeo, instrumento que regula ciertos aspectos de la determinación de ley aplicable a las sucesiones internacionales comunitarias, con la posible creación de un título sucesorio europeo que facilite dicha determinación en supuestos como el presente, si bien sus disposiciones (salvo ciertas excepciones que no son del caso), se aplicarán sólo a la sucesión de las personas que fallezcan a partir del 17 agosto 2015, según aclaran los arts. 83.1° y 84 del Reglamento, que contiene sus disposiciones transitorias.

La aplicación del Reglamento (UE) n° 650/2012 plantea además diversas cuestiones interpretativas, entre ellas, no son menores las relativas a las herencias de ciudadanos británicos con bienes en un Estado miembro participante. La razón es que Reino Unido al igual que Irlanda, dada su especial posición en los Tratados (*vid.* arts. 1 y 2 de los Protocolos 21 y 22 anejos al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), presentan una calificación técnica de Estados miembros en situación de *opting out* provisional, con la consecuencia de ser considerados –en general– terceros países en cuanto Estados miembros no participantes.

4. En el supuesto de este expediente el fallecimiento se produce el 6 enero 2010 por lo tanto no le son aplicables tales disposiciones.

Para la resolución del recurso hay que estar, por tanto, a la ley de la nacionalidad del causante, aplicable de conformidad con la norma de conflicto española, art. 9.8° Cc, que conduce en este caso a la aplicación de la ley británica.

El citado artículo recoge el principio de universalidad de la sucesión, como regla general, de modo que el fenómeno sucesorio se sujeta en primer término a la ley de la nacionalidad del causante, salvo que las normas de conflicto de ésta remitan a la ley española, único caso de reenvío admitido por nuestras normas de Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, ese reenvío de primer grado, como ya afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 24 octubre 2007, no debe aceptarse en materia de sucesión por causa de muerte si ello provoca un “fraccionamiento legal de la sucesión”, que de esa forma se vería regulada por varias leyes, ya que el art. 9.8° Cc está presidido por los principios de unidad y universalidad de aquélla.

En este sentido las SSTs 15 noviembre 1996, 21 mayo 1999 y 23 septiembre 2002 respaldaron esta limitación del reenvío señalando que según el art. 9.8° Cc, es relevante sólo la ley personal, entendiendo por tal la nacional del causante en el momento de su fallecimiento.

En el caso que ahora se examina es la derivada de su nacionalidad británica, cuyo Derecho sucesorio además de estar fundado en el principio de libertad de testar, es uno de los sistemas que establece una dualidad de régimen según se integre la sucesión de bienes muebles o inmuebles, de suerte que estos últimos, si estuvieran situados en país extranjero, se regirán por la *lex rei sitae*, lo cual supone en este caso la remisión al Derecho español.

Como recogió la Resolución de este centro directivo de 13 agosto 2014, se ha defendido no obstante por algún autor que este criterio restrictivo vino a ser alterado por la posterior STS 23 septiembre 2002 que acepta el reenvío que la ley inglesa hace a la ley española de situación del inmueble, al estar la herencia integrada en exclusiva por dicho inmueble. No obstante, en rigor no hay contradicción entre esta última

Sentencia y las antes citadas, pues en la del año 2002 la solución de la admisión del reenvío no es incompatible con el principio de unidad de la sucesión dado que al no existir bienes muebles en el caudal relicto la ley aplicable no entraba en colisión con la del domicilio del causante.

En el sistema anglosajón es un administrador o ejecutor quien tiene la misión de liquidar el patrimonio relicto y distribuir el saldo activo entre los beneficiarios. Si el ejecutor es nombrado por el testador, el juez advierte el testamento, en muchos casos los testamentos son privados, y confirma su nombramiento y de faltar la designación testamentaria, el órgano judicial procede a nombrarlo.

Ahora bien, como se ha dicho, la sucesión británica en general (pues es distinto el régimen en las legislaciones inglesa y escocesa) gira en torno a los bienes antes a que en torno a las personas a diferencia de lo que sucede en los sistemas latinos, ello deriva en que en dicho sistema conforme se ha dicho la situación del inmueble sea determinante de forma que resulta inevitable fragmentación de la sucesión frente al criterio de universalidad operante en la legislación española.

5. No discutido el contenido material sucesorio, el registrador exige, que se aporte información del Registro de Últimas Voluntades, de su inexistencia o de la imposibilidad de acompañarlo.

La situación actual en Europa de los Registros de disposiciones mortis causa (testamentarios) demuestra su gran heterogeneidad que se observa en la información ofrecida en la web E-justice de la Unión europea. Así en dicha web informativa, herramienta esencial en la aplicación del Reglamento se establece las normas nacionales sobre Registro de testamentos varían considerablemente. En algunos Estados miembros, quien redacta un testamento (el testador) tiene la obligación de registrarlo. En otros, el Registro se recomienda o afecta solo a determinadas formas de testamento. En algunos Estados miembros no existe en absoluto el Registro de testamentos.

La Resolución de 18 enero 2005 señaló que la acreditación del fallecimiento y última voluntad aparece enormemente facilitada en Derecho español mediante la prueba documental pública que suministran dos instituciones registrales: El Registro de Actos de Última Voluntad y el Registro Civil. La apertura de la sucesión intestada se justifica mediante el certificado de fallecimiento y el de últimas voluntades. Si este último no fuese negativo, habrá de acompañarse además el documento auténtico, o la sentencia firme, de los que quepa deducir indubitadamente la invalidez del llamamiento ordenado por el finado, su ineficacia o su inefectividad.

Tratándose de causantes extranjeros, obviamente (por su vinculación patrimonial o residencial española) ha de presentarse igualmente el correspondiente certificado del Registro español de Actos de Última Voluntad.

Más cabría plantear sí, además, complementariamente, habría o no de exigirse el certificado de algún registro equivalente al país de donde el causante es nacional.

Ciertamente no todos los países tienen instaurado un Registro de Actos de Última Voluntad similar al nuestro, en cuanto a sus efectos, y en cuanto a su organización (a pesar del impulso, que sobre este tema, supone el Convenio de Basilea).

Nuestro sistema, donde la práctica totalidad de los testamentos son notariales, basado en la obligatoriedad de la comunicación que se impone al notario autorizante (o que protocoliza un testamento ológrafo o que autoriza un acta donde se da noticia de su existencia), procura las más altas cotas de seguridad en la apertura de la sucesión intestada.

Sin embargo, dada la prevalencia de la nacionalidad del causante a la hora de regir la sucesión, parece una medida oportuna y prudente, y casi obligada si lo exigiese la *lex causae*, que el notario español también solicite (en tanto no se establezca la deseada conexión de Registros, como la prevista para una fase final en el citado Convenio de Basilea de 16 mayo 1972), como prueba complementaria, la certificación, en su caso, del Registro semejante correspondiente al país de donde el causante es nacional (a veces, su propio Registro Civil, si fuere en esta institución donde la ley personal del finado establece que se tome nota de los testamentos otorgados), siempre que estuviese prevista alguna forma de publicidad de los títulos sucesorios en ese país extranjero. Esta actuación, al dotar de un mayor rigor al expediente, sólo puede redundar en una mayor seguridad de la declaración notarial.

Más recientemente esta tesis está amparada así mismo en la Resolución del Sistema Notarial de 18 enero 2005 (hoy confirmada su doctrina por la SAP Las Palmas 30 junio 2015) que llegó a la conclusión de que al tramitar aquí una declaración de herederos “parece una medida oportuna, prudente y casi obligada” el solicitar además de las Últimas Voluntades españolas las del país de la nacionalidad del causante extranjero. Consecuentemente, también deberá aportarse, si existiere, por las consecuencias legitimadoras que atribuye la inscripción registral, al Registro de la Propiedad, con ocasión de la inscripción sucesoria. Y, si este Registro de Actos de Última Voluntad no existiere deberá acreditarse esta circunstancia en la forma determinada en el art. 36 RH. Deberá aportarse certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o acreditarse que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado. Así se ha recogido en las recientes Resoluciones de 1 de julio y 13 octubre 2015.

Es cierto que conforme lo expuesto la *lex causae* en este caso no exige el certificado de Últimas Voluntades o similar, es más en Inglaterra, la necesidad de probar los testamentos implica la intervención de la Autoridad Pública en la ejecución de la herencia designando al ejecutor o administrador tratándose de un auténtico proceso sucesorio lo que hace en cierta medida innecesaria la existencia de un registro de testamentos que como se ha dicho participan en buena medida del carácter de documento privado.

Pero la acreditación de tal inexistencia, que debió constar en la escritura de partición, no figura en este caso. Por lo que el defecto debe confirmarse. No obstante, el defecto es fácilmente subsanable mediante la manifestación hecha por el notario en la escritura o por conocimiento del registrador, lo cual en este caso no resulta complejo.

6. Por último señalar que conforme al Reglamento (UE) n° 650/2012, la sucesión es única y comprende la totalidad de los bienes muebles e inmuebles del causante (con claridad, inciso primero del art. 23) por lo que estas disposiciones testamentarias *simpliciter*, que tanto han facilitado las sucesiones de los causantes británico en España deberán ser erradicadas de la práctica testamentaria notarial posterior al 17 agosto 2015.

Por tanto, debe considerarse que, aunque no forme parte Reino Unido del Reglamento (UE) n° 650/2012, las autoridades judiciales y extrajudiciales españolas deben tener presente el carácter universal de la ley aplicable prevista en el mismo, incluso para Estados miembros no participantes.

Conviene poner de relieve que la compleja regulación de las sucesiones, la necesidad, en muchos casos, de precisar cuestiones como la residencia habitual del causante, las eventuales excepciones a la misma, la determinación de la ley aplicable y su aceptación fuera de España, exige que los notarios autorizados realicen los correspondientes juicios instrumentales acerca de tales extremos y aconseja un razonable reflejo en el documento público de los extremos relevantes a la sucesión.

Por último, esta Dirección General vuelve a recordar (*cf.* Resolución 15 febrero 2016) tanto a notarios como a registradores la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 RH, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia, colaborando activamente en la resolución de conflictos de Derecho Internacional Privado.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

2017/DGRN/22.— Resolución DGRN 28 julio 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Sant Mateu, por la que se suspende la inscripción de una escritura de herencia. BOE 21.9.2017

Protocolización de testamento otorgado en el extranjero. Inmueble situado en España.

Normas aplicadas: arts. 14 LH; arts. 36, 76 y 80 RH; arts. 9.8º, 11, 12.2º y 6, 811 y 968 Cc; 1, 3, 4, 20 a 22, 24 a 27, 29, 83 y 84 Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; art. 6.2º Convenio relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, hecho en Basilea el 16 mayo 1972; arts. 1 y 5 Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, relativo a la ley aplicable a las formas testamentarias; art. 281.2º LEC; art. 33 y disposición adicional primera de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; art. 3.d) del anexo II RN.

1. En escritura de herencia autorizada por el recurrente el día 2 diciembre 2015 bajo el número de protocolo 1.104, se protocolizan las operaciones particionales llevadas a cabo como consecuencia del fallecimiento de doña J. G. H. de nacionalidad británica y residente en Essex, testamento autorizado por el notario de Peñíscola, don Manuel Sierra Murcia, el día 11 mayo 2006 (acompañado de certificados de defunción y del Registro de Últimas Voluntades español), del que se transcriben dos cláusulas pertinentes al objeto del presente recurso: “Tercera. Instituye heredero a su citado esposo (...) Cuarta. (Ámbito del testamento) El presente testamento será aplicable a los bienes del causante radicados en territorio español al momento de su fallecimiento”. En la escritura de partición se señala expresamente que la ley aplicable a su sucesión es la ley británica.

El registrador exige la aportación del certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o acreditarse que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado, señalando como fundamento la doctrina de esta dirección contenida en la Resolución de la DGRN de 1 julio 2015, cuyos fundamentos recoge íntegramente la Resolución de 13 octubre 2015.

El notario recurrente interpreta que en el presente supuesto estamos hablando de una sucesión testamentaria en la que hay una clara voluntad de separar la sucesión de bienes españoles de la del resto, por lo que la eventual voluntad de nombrar un heredero general, no puede prevalecer sobre la voluntad específica de acogerse al sistema español de formalizar aquí la herencia por los cauces de nuestra legislación. Señala que acompañar el Certificado de Últimas Voluntades del país extranjero de origen del causante tiene sentido en las declaraciones de herederos o en los testamentos de nombramiento de heredero universal, pero no en los casos que en los que hay un fraccionamiento de la herencia en el que se separa la relativa a los bienes españoles de la del resto.

2. Como cuestión procedimental previa alude el recurrente a la supuesta confusión entre dos calificaciones recaídas sobre la misma escritura, que fue presentada en dos ocasiones. La calificación relativa a la segunda presentación recibida por el recurrente por fax, en el apartado “Hechos” introduce a su juicio una enorme confusión pues no tiene en cuenta las variaciones existentes como si el asiento sólo hubiera caducado a medias y sólo se hubiera producido una cancelación parcial o una especie de prórroga del mismo. La calificación notificada al presentante y a los interesados es distinta según el recurrente a lo recibido por el notario, ya que la documentación unida a la escritura que se devuelve contiene la calificación mayo 2016, a la que se añade la enero 2016. Pero tal supuesta confusión no se aprecia de la lectura de la nota de calificación ni puede inducir al notario como conocedor del procedimiento registral, a error sobre la interposición del recurso. El hecho de incluir en la documentación las distintas calificaciones recaídas no hace sino dar a conocer a los interesados el resultado de las distintas presentaciones de que ha sido objeto el documento y por otra parte si bien la LH, art. 322, señala como obligados receptores de la notificación de la calificación negativa al funcionario autorizante y al presentante, nada impide que tal notificación se efectúe así mismo a los interesados, si bien esta notificación no tendrá efectos respecto al cómputo de los plazos para interponer en su caso el recurso.

3. La existencia, cada vez más numerosa, de extranjeros propietarios de inmuebles en España, en los que establecen, además, su segunda residencia, determina la frecuencia de sucesiones internacionales en los que se involucra la legislación española, por lo que es necesario dar respuesta a este fenómeno.

La Unión Europea, consciente de esta realidad y deseosa de dotar seguridad a los movimientos de personas en los distintos países miembros, aprobó el Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado suceso-rio europeo, instrumento que regula ciertos aspectos de la determinación de ley aplicable a las sucesiones internacionales comunitarias, con la posible creación de un título sucesorio europeo que facilite dicha determinación en supuestos como el presente, si bien sus disposiciones (salvo ciertas excepciones que no son del caso), se aplicarán sólo a la sucesión de las personas que fallezcan a partir del 17 agosto 2015, según aclaran los arts. 83.1 y 84 del Reglamento, que contiene sus disposiciones transitorias.

La aplicación del Reglamento (UE) n° 650/2012 plantea además diversas cuestiones interpretativas, entre ellas, no son menores las relativas a las herencias de ciudadanos británicos con bienes en un Estado miembro participante. La razón es que Reino Unido al igual que Irlanda, dada su especial posición en los Tratados (*vid.* arts. 1 y 2 de los Protocolos 21 y 22 anejos al TFUE), presentan una calificación técnica de Estados miembros en situación de *opting out* provisional, con la consecuencia de ser considerados –en general– terceros países en cuanto Estados miembros no participantes.

4. En el supuesto de este expediente el fallecimiento se produce el 10 junio 2015 por lo tanto no le son aplicables tales disposiciones.

Para la resolución del recurso hay que estar, por tanto, a la ley de la nacionalidad del causante, aplicable de conformidad con la norma de conflicto española, art. 9.8° Cc, que conduce en este caso a la aplicación de la ley británica.

El citado artículo recoge el principio de universalidad de la sucesión, como regla general, de modo que el fenómeno sucesorio se sujeta en primer término a la ley de la nacionalidad del causante, salvo que las normas de conflicto de ésta remitan a la ley española, único caso de reenvío admitido por nuestras normas de Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, ese reenvío de primer grado, como ya afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 24 octubre 2007, no debe aceptarse en materia de sucesión por causa de muerte si ello provoca un “fraccionamiento legal de la sucesión”, que de esa forma se vería regulada por varias leyes, ya que el art. 9.8 Cc está presidido por los principios de unidad y universalidad de aquélla.

En este sentido las SSTs 15 noviembre 1996, 21 mayo 1999 y 23 septiembre 2002 respaldaron esta limitación del reenvío señalando que según el art. 9.8° Cc, es relevante sólo la ley personal, entendiendo por tal la nacional del causante en el momento de su fallecimiento.

En el caso que ahora se examina es la derivada de su nacionalidad británica, cuyo Derecho sucesorio además de estar fundado en el principio de libertad de testar, es uno de los sistemas que establece una dualidad de régimen según se integre la sucesión de bienes muebles o inmuebles, de suerte que estos últimos, si estuvieran situados en país extranjero, se regirán por la *lex rei sitae*, lo cual supone en este caso la remisión al Derecho español.

Como recogió la Resolución de este Centro Directivo de 13 agosto 2014, se ha defendido no obstante por algún autor que este criterio restrictivo vino a ser alterado por la posterior STS 23 septiembre 2002 que acepta el reenvío que la ley inglesa hace a la ley española de situación del inmueble, al estar la herencia integrada en exclusiva por dicho inmueble. No obstante, en rigor no hay contradicción entre esta última Sentencia y las antes citadas, pues en la del año 2002 la solución de la admisión del reenvío no es incompatible con el principio de unidad de la sucesión dado que al no existir bienes muebles en el caudal relicto la ley aplicable no entraba en colisión con la del domicilio del causante.

En el sistema anglosajón es un administrador o ejecutor quien tiene la misión de liquidar el patrimonio relicto y distribuir el saldo activo entre los beneficiarios. Si el ejecutor es nombrado por el testador, el juez advierte el testamento, en muchos casos los testamentos son privados, y confirma su nombramiento y de faltar la designación testamentaria, el órgano judicial procede a nombrarlo.

Ahora bien, como se ha dicho, la sucesión británica en general (pues es distinto el régimen en las legislaciones inglesa y escocesa) gira en torno a los bienes antes a que en torno a las personas a diferencia

de lo que sucede en los sistemas latinos, ello deriva en que en dicho sistema conforme se ha dicho la situación del inmueble sea determinante de forma que resulta inevitable fragmentación de la sucesión frente al criterio de universalidad operante en la legislación española.

5. No discutido el contenido material sucesorio, el registrador exige, que se aporte información del Registro de Últimas Voluntades, de su inexistencia o de la imposibilidad de acompañarlo.

La situación actual en Europa de los Registros de disposiciones mortis causa (testamentarios) demuestra su gran heterogeneidad que se observa en la información ofrecida en la web E-justice de la Unión europea. Así en dicha web informativa, herramienta esencial en la aplicación del Reglamento se establece las normas nacionales sobre Registro de testamentos varían considerablemente. En algunos Estados miembros, quien redacta un testamento (el testador) tiene la obligación de registrarlo. En otros, el Registro se recomienda o afecta solo a determinadas formas de testamento. En algunos Estados miembros no existe en absoluto el Registro de testamentos.

La Resolución de 18 enero 2005 señaló que la acreditación del fallecimiento y última voluntad aparece enormemente facilitada en Derecho español mediante la prueba documental pública que suministran dos instituciones registrales: El Registro de Actos de Última Voluntad y el Registro Civil. La apertura de la sucesión intestada se justifica mediante el certificado de fallecimiento y el de últimas voluntades. Si este último no fuese negativo, habrá de acompañarse además el documento auténtico, o la sentencia firme, de los que quepa deducir indubitadamente la invalidez del llamamiento ordenado por el finado, su ineficacia o su ineffectividad.

Tratándose de causantes extranjeros, obviamente (por su vinculación patrimonial o residencial española) ha de presentarse igualmente el correspondiente certificado del Registro español de Actos de Última Voluntad.

Mas cabría plantear sí, además, complementariamente, habría o no de exigirse el certificado de algún registro equivalente al país de donde el causante es nacional.

Ciertamente no todos los países tienen instaurado un Registro de Actos de Última Voluntad similar al nuestro, en cuanto a sus efectos, y en cuanto a su organización (a pesar del impulso, que sobre este tema, supone el Convenio de Basilea).

Nuestro sistema, donde la práctica totalidad de los testamentos son notariales, basado en la obligatoriedad de la comunicación que se impone al notario autorizante (o que protocoliza un testamento ológrafo o que autoriza un acta donde se da noticia de su existencia), procura las más altas cotas de seguridad en la apertura de la sucesión intestada.

Sin embargo, dada la prevalencia de la nacionalidad del causante a la hora de regir la sucesión, parece una medida oportuna y prudente, y casi obligada si lo exigiese la *lex causae*, que el notario español también solicite (en tanto no se establezca la deseada conexión de Registros, como la prevista para una fase final en el citado Convenio de Basilea de 16 mayo 1972), como prueba complementaria, la certificación, en su caso, del Registro semejante correspondiente al país de donde el causante es nacional (a veces, su propio Registro Civil, si fuere en esta institución donde la ley personal del finado establece que se tome nota de los testamentos otorgados), siempre que estuviese prevista alguna forma de publicidad de los títulos sucesorios en ese país extranjero. Esta actuación, al dotar de un mayor rigor al expediente, sólo puede redundar en una mayor seguridad de la declaración notarial.

Más recientemente esta tesis está amparada así mismo en la Resolución del Sistema Notarial de 18 enero 2005 (hoy confirmada su doctrina por la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 30 junio 2015) que llegó a la conclusión de que al tramitar aquí una declaración de herederos “parece una medida oportuna, prudente y casi obligada” el solicitar además de las Últimas Voluntades españolas las del país de la nacionalidad del causante extranjero. Consecuentemente, también deberá aportarse, si existe, por las consecuencias legitimadoras que atribuye la inscripción registral, al Registro de la Propiedad, con ocasión de la inscripción sucesoria. Y, si este Registro de Actos de Última Voluntad no existiere deberá acreditarse esta circunstancia en la forma determinada en el art. 36 RH. Deberá aportarse certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o acreditarse que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o que por las circunstancias

concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado. Así se ha recogido en las recientes Resoluciones de 1 de julio y 13 octubre 2015.

Es cierto que conforme lo expuesto la *lex causae* en este caso no exige el certificado de Últimas Voluntades o similar, es más en Inglaterra, la necesidad de probar los testamentos implica la intervención de la Autoridad Pública en la ejecución de la herencia designando al ejecutor o administrador tratándose de un auténtico proceso sucesorio lo que hace en cierta medida innecesaria la existencia de un registro de testamentos que como se ha dicho participan en buena medida del carácter de documento privado.

Pero la acreditación de tal inexistencia, que debió constar en la escritura de partición, no figura en este caso. Por lo que el defecto debe confirmarse. No obstante, el defecto es fácilmente subsanable mediante la manifestación hecha por el notario en la escritura o por conocimiento del registrador, lo cual en este caso no resulta complejo.

6. Por último señalar que conforme al Reglamento (UE) nº 650/2012, la sucesión es única y comprende la totalidad de los bienes muebles e inmuebles del causante (con claridad, inciso primero del art. 23) por lo que estas disposiciones testamentarias *simpliciter*, que tanto han facilitado las sucesiones de los causantes británico en España deberán ser erradicadas de la práctica testamentaria notarial posterior al 17 agosto 2015.

Por tanto, debe considerarse que, aunque no forme parte Reino Unido del Reglamento (UE) nº 650/2012, las autoridades judiciales y extrajudiciales españolas deben tener presente el carácter universal de la ley aplicable prevista en el mismo, incluso para Estados miembros no participantes.

Conviene poner de relieve que la compleja regulación de las sucesiones, la necesidad, en muchos casos, de precisar cuestiones como la residencia habitual del causante, las eventuales excepciones a la misma, la determinación de la ley aplicable y su aceptación fuera de España, exige que los notarios autorizados realicen los correspondientes juicios instrumentales acerca de tales extremos y aconseja un razonable reflejo en el documento público de los extremos relevantes a la sucesión.

Esta Dirección General vuelve a recordar (*cf.* Resolución 15 febrero 2016) tanto a notarios como a registradores la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el art. 36 RH, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia, colaborando activamente en la resolución de conflictos de Derecho Internacional Privado, dada la especial importancia que tiene la inversión extranjera en la economía nacional.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

NOTA

1. Los recursos que resuelven las dos Resoluciones anteriores, idénticas y de misma fecha, fueron, planteados por el mismo notario ante el mismo Registro, y se refieren al sempiterno supuesto de la sucesión de un nacional británico que otorga dos testamentos para distribuir sus bienes, respectivamente, en el Reino Unido y en España. El testamento que afecta al bien español se presenta como título de inscripción y el registrador requiere, amparándose en la doctrina registral, que se aporte no solo el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad español, sino también el británico o que se acredite, en su defecto, la ausencia de registro de testamentos en el país de la nacionalidad del causante. El solicitándose recurre estimando que, dada la fragmentación de la sucesión testamentaria, se trata de un requisito innecesario.

2. La DGRN, tras constatar la inaplicación *ratione temporis* del Reglamento (UE) nº 650/2012, realiza un excurso sobre la inadmisibilidad del reenvío parcial conforme al régimen derivado del art. 9.8º y 12.2º Cc, y los problemas que plantea el principio de unidad y universalidad de la sucesión

del sistema español frente a la tendencia fragmentaria del sistema inglés. Reproduce asimismo, por el mecanismo de “copia y pega”, algunos fundamentos contenidos en resoluciones anteriores sobre el impacto del Reglamento (UE) nº 650/2012 sobre el principio de unidad y universalidad de la sucesión, y reitera su advertencia sobre la necesidad de que notarios y registradores adopten una actitud activa en el conocimiento del Derecho extranjero.

Sobre el objeto concreto del recurso, se ampara la DGRN en el papel que juega la ley nacional como *lex causae* para confirmar su doctrina, avalada por decisiones como la SAP Las Palmas 30 junio 2015, consistente en requerir en todo caso el certificado del registro de testamentos del país de la nacionalidad del causante o, en su defecto, la acreditación de la ausencia de dicho registro o de la imposibilidad de su obtención, procediendo a desestimar el recurso, sin olvidarse de señalar que el defecto es fácilmente subsanable por la mera comprobación e indicación en la escritura de la inexistencia en el Reino Unido de un registro de testamentos.

2. El problema planteado es recurrente, pero el planteamiento de la DGRN no parece, en todo caso, debidamente fundado. La exigencia del certificado del registro de testamentos del país de la nacionalidad del causante no es puramente formal, ni se debe al papel que juega la ley nacional como ley aplicable a la sucesión. Conforme al Reglamento (UE) nº 650/2012 es muy posible que ese papel quede reducido y que en muchos casos la ley aplicable a la sucesión sea la ley de la residencia del causante. Sin embargo, aun cuando no determine la ley aplicable, la nacionalidad expresa un vínculo jurídico importante entre un individuo y un determinado Estado. Dicho vínculo, más allá de la ley aplicable, es el que aconseja, por razones de seguridad jurídica, que se aporte un certificado del registro testamentario de dicho Estado, incluso si la ley nacional no es la ley aplicable a la sucesión. Por la misma razón, no debe descartarse que, por esas mismas razones de seguridad jurídica, el registrador requiera la certificación de un registro de testamentos extranjero distinto al de la nacionalidad del causante, particularmente el correspondiente a su residencia habitual en el momento de fallecer, si dicha residencia fue estable y prolongada durante los años anteriores al fallecimiento; y ello, asimismo, con independencia de que la ley aplicable sea dicha ley u otra distinta, como por ejemplo, la ley nacional.

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

2017/DGRN/23.— Resolución DGRN de 11 enero 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Sant Mateu, por la que se suspende la inscripción de una escritura de herencia. BOE 31.1.2017.

Traducción parcial del título sucesorio a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad

Normas aplicadas: Arts. 3 y 14 LH; arts. 33, 36, 37, 76 y 80 RH; arts. 1, 65.3, 68 y 69 Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; arts. 144 y 281.2º LEC; arts. 33, 58, 60 y 61 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

1. Del supuesto de hecho resultan de interés para la presente las siguientes circunstancias:

a) Ante notario público español se llevan a cabo las operaciones particionales derivadas del fallecimiento de una ciudadana de nacionalidad belga. El notario autorizante incorpora a su escritura documento

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

notarial belga debidamente apostillado. El notario autorizante lleva a cabo una traducción parcial de dicho documento. También se incorpora certificado de defunción apostillado y traducido.

b) El documento del notario belga se denomina, conforme a la traducción que del mismo lleva a cabo el notario español, “acta de declaración de herederos”, y del mismo resultan los particulares que se han hecho constar en los hechos.

Se plantean ante este Centro Directivo distintas cuestiones relacionadas con la inscripción de transmisión de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad a consecuencia del fallecimiento de un causante de nacionalidad extranjera. Las materias que se suscitan han sido objeto de tratamiento por esta Dirección General en la amplia doctrina que tiene establecida al respecto, que debe ser traída de nuevo a colación a fin de darles oportuna respuesta.

Con carácter previo es preciso afirmar, una vez más, que el contenido de la presente se ceñirá a los documentos presentados para su inscripción y a la calificación que de los mismos ha realizado el registrador, de conformidad con el art. 326 LH, sin tener en cuenta otras cuestiones que se plantean en el escrito de recurso que resultan del todo improcedentes (por todas, Resoluciones de 7 septiembre 2015 y 14 diciembre 2016, entre las más recientes).

2. La primera cuestión que se plantea hace referencia a si resulta suficiente una traducción parcial del título sucesorio a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad. La respuesta no puede ser otra que la negativa de acuerdo a la doctrina que respecto de la integridad del título sucesorio tiene establecida esta Dirección General. De acuerdo con la misma (*vid.* Resolución de 4 junio 2012): “hay que partir de lo preceptuado en el párrafo primero del art. 14 LH cuando establece, con carácter imperativo, que “el título de la sucesión, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad a que se refiere el art. 979 LEC” [redacción anterior a la Ley 29/2015, de 30 de julio]. En consecuencia, siendo como es uno de los títulos de la sucesión, a efectos del Registro, el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, la copia de ésta, como las del testamento, el contrato sucesorio, o la declaración judicial de herederos, han de presentarse en el Registro íntegras ya que, aparte de no resultar excepción en ningún sitio, la valoración de los documentos y su contenido, una vez autorizados, cuando se presentan ante otro órgano, corresponde no a quien los expide, sino al funcionario ante quien se pretenden hacer valer, que ha de poder conocerlos en su integridad antes de conceder o no la solicitud que, fundada en ellos, fue cursada por la parte. La prueba documental, en efecto, es indivisible y, como resulta Cc (arts. 1228 y 1229), no puede utilizarse parcialmente sin pasar por lo que resulta del entero documento: principio por lo demás sancionado expresamente por el art. 321 LEC cuando priva al “testimonio o certificación fehaciente de solo una parte de un documento” de su carácter de “prueba plena”. Una idea que resulta también del art. 33 RH cuando dice que será título a efectos de inscripción el documento en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse, “en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción” y que “haga fe, por sí solo o con otros complementarios o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite”. Un contenido que el registrador, antes de inscribir, habrá de seleccionar del documento, bajo su responsabilidad, previa valoración de su legalidad; cosa que mal podría hacer si se le sustrajese, en todo o en parte, el contenido del documento y por tanto del acto o negocio que se le pide que inscriba; contenido que, ni siquiera el mismo puede amputar parcialmente sino con las garantías pre-venidas en el art. 19 bis LH. (...) La eficacia del asiento se extiende a personas que no han sido parte material ni formal en el documento y que es misión del registrador cuidar que les perjudique sólo en la medida que según ley proceda; cosa, de nuevo, que mal podría hacer si se le hurta en todo o en parte el contenido del documento, y por tanto del acto o negocio que fundamenta el derecho cuya inscripción solicita la parte interesada (precisamente con el propósito de que pueda perjudicar a esos terceros que es misión del registrador proteger). Por último, mal podría exigirse responsabilidad al registrador por un asiento si se le priva de parte de la prueba que ha de valorar y debe fundamentar la atribución del derecho que la inscripción produce”.

De conformidad con la anterior doctrina, es evidente que, tratándose de un documento extranjero redactado en lengua extranjera, su traducción, a efectos de acreditar su contenido y procurar su inscripción, ha de ser completa sin que sea suficiente la que se ha llevado a cabo de forma parcial. Este es el sistema que resulta del art. 37 RH y el que, para las actuaciones procesales, prevé el art. 144 LEC.

No se trata de cuestionar la validez en nuestro sistema jurídico de un testimonio notarial en relación o de contenido parcial, cuestión que no se plantea, sino de determinar su aptitud para servir de base a una inscripción en el Registro de la Propiedad que exige, como ha sido argumentado, la presentación del íntegro documento y de su traducción completa.

3. El primer defecto de la nota del registrador, que propiamente es el segundo atendida la previa exigencia de traducción íntegra del documento sucesorio, hace referencia a la necesidad de aportar certificado de Últimas Voluntades del Estado de nacionalidad del causante o bien, justificación de inexistencia de dicho Registro. Este defecto debe ser igualmente confirmado de acuerdo a la reiterada doctrina establecida por este Centro Directivo. Las recientes Resoluciones de 28 julio 2016 (con base en las anteriores de 1 de julio y 13 octubre 2015), han entendido la necesidad de aportar el justificante o certificado del registro extranjero que recoja los títulos sucesorios otorgados por el causante o bien la acreditación de que, conforme al Derecho material aplicable a la sucesión, no existe tal sistema de registro.

Las Resoluciones citadas realizan esta distinción poniendo de manifiesto que no todos los países tienen instaurado un Registro de Actos de Última Voluntad similar al nuestro, en cuanto a sus efectos, y en cuanto a su organización.

Continúan afirmando que nuestro sistema, donde la práctica totalidad de los testamentos son notariales, basado en la obligatoriedad de la comunicación que se impone al notario autorizante (o que protocoliza un testamento ológrafo o que autoriza un acta donde se da noticia de su existencia), procura las más altas cotas de seguridad en la apertura de la sucesión intestada.

Sin embargo, dada la prevalencia de la nacionalidad del causante a la hora de regir la sucesión (hasta la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Sucesiones), parece una medida oportuna y prudente, y casi obligada si lo exigiese la *lex causae*, que el notario español también solicite (en tanto no se establezca la deseada conexión de Registros, como la prevista para una fase final en el Convenio de Basilea de 16 mayo 1972), como prueba complementaria, la certificación, en su caso, del Registro semejante correspondiente al país de donde el causante es nacional (a veces, su propio Registro Civil, si fuere en esta institución donde la ley personal del finado establece que se tome nota de los testamentos otorgados), siempre que estuviese prevista alguna forma de publicidad de los títulos sucesorios en ese país extranjero. Esta actuación, al dotar de un mayor rigor al expediente, sólo puede redundar en una mayor seguridad de la declaración notarial.

Así lo entendió la Resolución del Sistema Notarial de 18 enero 2005 (hoy confirmada su doctrina por la SAP Las Palmas 30 junio 2015) que llegó a la conclusión de que al tramitar en aquél supuesto una declaración de herederos “parece una medida oportuna, prudente y casi obligada” el solicitar además de las Últimas Voluntades españolas las del país de la nacionalidad del causante extranjero. Consecuentemente, también deberá aportarse, si existiere, por las consecuencias legitimadoras que atribuye la inscripción registral, al Registro de la Propiedad, con ocasión de la inscripción sucesoria. Y, si este Registro de Actos de Última Voluntad no existiere deberá acreditarse esta circunstancia en la forma determinada en el art. 36 RH. Deberá aportarse certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o acreditarse que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado.

Es cierto que la Resolución de 21 marzo 2016 entendió innecesario acreditar el contenido del Registro de Actos de Última Voluntad, pero en aquél caso, el notario autorizante del certificado sucesorio llevado a cabo con arreglo a la ley material holandesa certificaba expresamente de dicho contenido, circunstancia que no se produce en el supuesto de hecho que da lugar a la presente.

4. El siguiente motivo de recurso hace referencia a la necesidad de aportar el testamento ológrafo llevado a cabo por la causante y que sirve de base a la expedición del certificado notarial belga de declaración de derechos. Ciertamente la nota de defectos no resulta lo suficientemente clara en cuanto a la valoración que hace el registrador de la documentación aportada, pues si por un lado considera que el documento belga es suficiente para acreditar el derecho aplicable a la sucesión, por otro exige la presentación del

testamento ológrafo en cuanto título sucesorio. Tampoco la documentación presentada por el notario español ayuda a clarificar la cuestión pues en ningún momento se refiere al documento del notario belga de otro modo que como declaración notarial de herederos. Lo cierto sin embargo es que resulta con la suficiente claridad que el documento autorizado por el notario belga es un auténtico certificado sucesorio en los términos a que se refiere el actual art. 14 LH. No obsta a lo anterior el hecho de que la fecha del fallecimiento de la causante sea anterior a la entrada en vigor del Reglamento (UE) n° 650/2012, dado que la fecha de fallecimiento del causante es anterior al 17 agosto 2015, ni a la entrada en vigor de la actual redacción del citado art. 14 (llevada a cabo por la disposición final primera de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional), pues lo trascendente es determinar si con arreglo a la ley material aplicable a la sucesión el certificado emitido por notario extranjero es título sucesorio, materia que el registrador no cuestiona en su calificación. El documento notarial belga se incorpora a la escritura pública española al efecto de justificar los derechos sucesorios que justifican las atribuciones que en la misma se llevan a cabo, por lo que si el registrador considera que dicho documento no es apto para dicha justificación debe expresar los argumentos en que se sustenta su apreciación.

De aquí la falta de claridad de la nota de defectos: o el documento notarial de determinación de derechos es título sucesorio en cuyo caso debe calificarse su aptitud para provocar una alteración del Registro de la Propiedad español o no lo es, en cuyo caso el registrador debe calificar dicha circunstancia expresando los motivos que, a su juicio soportan su calificación. Lo que no es admisible es aceptar el documento notarial belga por el que se certifican los distintos derechos sucesorios (del que sólo se tacha su falta de traducción total), y al mismo tiempo exigir la aportación del testamento ológrafo en el que aquél basa la atribución de derechos. Aportado el certificado de defunción de la causante y aceptada la necesidad de aportar certificado de Registro de Últimas Voluntades o equivalente o certificación de su inexistencia conforme al derecho material, el documento notarial de determinación de herederos no aportaría nada si careciese de la condición de título sucesorio conforme a la ley material aplicable.

En consecuencia, procede estimar el recurso en este punto por cuanto no siendo cuestionado el carácter de título sucesorio del documento notarial belga por el que se determinan y fijan los derechos sucesorios derivados del fallecimiento de la causante, resulta innecesario exigir la aportación del testamento ológrafo en que aquél basa su declaración (teniendo en cuenta, además, que como resulta del propio certificado del notario belga, los derechos sucesorios derivan no sólo de dicho testamento sino también del contrato matrimonial firmado en su día entre la causante y el cónyuge superviviente). Sólo en el supuesto de que el documento notarial belga de declaración de derechos sucesorios careciese de aquella virtualidad conforme al derecho material aplicable cabría exigir la aportación del título sucesorio extranjero susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad español (*vid.* Resolución de 24 octubre 2007). Dado que la nota de defectos sólo exige la completa traducción del documento notarial belga incorporado, pero sin cuestionar su carácter de título sucesorio corresponde, como queda dicho, la estimación de este motivo de recurso.

5. El mismo destino revocatorio le corresponde al defecto señalado con el número tercero. Aceptado que el documento notarial belga incorporado es título sucesorio en cuanto que certificado sucesorio conforme a su norma material (cuestión no planteada en la nota de defectos), y de conformidad con la doctrina de este Centro Directivo resultante de la Resolución de 21 marzo 2016, la aseveración que lleva a cabo el notario belga de que emite su certificado en base a la documentación necesaria, resulta suficiente a los efectos de justificar el hecho del previo fallecimiento del hijo de la causante y el reconocimiento de derechos a favor de los llamados y determinados nominativamente.

Esta es además la misma técnica aceptada por el Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio, de sucesiones, de cuyos arts. 65.3, 68 y 69 resulta con toda claridad que, acreditados ante la autoridad expedidora del certificado los hechos que fundamenten los derechos certificados, no precisan ser reiterados a los efectos de la inscripción de la adquisición hereditaria. Ciertamente en el supuesto de hecho no nos encontramos antes un certificado sucesorio europeo si no ante un certificado sucesorio realizado conforme a la ley material belga pero resulta claro que la identidad legitimadora que ambos documentos persiguen justifica que a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad español se apliquen criterios uniformes tal y como aceptó la citada Resolución de 21 marzo 2016 (en relación a un certificado sucesorio emitido conforme a la Ley holandesa).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador salvo en lo relativo a los defectos señalados con los números dos y tres de la nota del registrador que son objeto de revocación.

NOTA

1. Se presenta escritura de adjudicación de herencia basada en acta de declaración de herederos autorizada por notario belga, parcialmente traducida, a la que se acompaña certificado de defunción. Se suspende la inscripción sobre la base de: a) la falta de traducción completa del certificado sucesorio; b) la falta de aportación del certificado negativo del registro de testamentos del país de la nacionalidad del causante o de la ausencia de dicho registro; c) la falta de aportación junto al certificado sucesorio del testamento ológrafo; d) falta de justificación suficiente de determinados hechos afirmados en el certificado.

2. Acerca de la insuficiencia de la traducción parcial del título sucesorio, la DGRN confirma la calificación del registrador señalando que *“siendo como es uno de los títulos de la sucesión, a efectos del Registro, el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, la copia de ésta, como las del testamento, el contrato sucesorio, o la declaración judicial de herederos, han de presentarse en el Registro íntegras”*. La DGRN confirma el segundo defecto, relativo a la exigencia de aportar certificado del registro testamentario del país de la nacionalidad del causante (o del Estado cuya ley sea aplicable) o, alternativamente, la acreditación de la inexistencia de dicho registro o del propio testamento, que puede inferirse del propio certificado sucesorio. c) En contraste, no estima la DGRN que concurra el último defecto reseñado en la calificación registral, es decir, la falta de aportación del testamento ológrafo que sirve de base al certificado sucesorio expedido por el notario belga. Finalmente, la aseveración que lleva a cabo el notario belga de que emite su certificado en base a la documentación necesaria, resulta suficiente a los efectos de justificar el hecho del previo fallecimiento del hijo de la causante y el reconocimiento de derechos a favor de los llamados y determinados nominativamente.

2. La doctrina de la DGRN merece alguna reflexión al menos sobre dos de los aspectos de su doctrina. En primer término, la doctrina que vincula la exigencia de la certificación negativa del registro testamentario extranjero exclusivamente al país cuya ley resulta aplicable o *lex causae* se muestra restrictiva, en particular una vez entre en vigor el Reglamento nº 650/2012. En aplicación de tal doctrina no procedería exigir dicho certificado del país de la nacionalidad del causante, sino de la de su residencia habitual al momento de fallecer. Las razones de seguridad jurídica que subyacen a esta cautela aconsejan que se requiera dicha certificación no solo del país correspondiente a la *lex causae*, sino de cualquiera con que el causante haya tenido una estrecha relación, tal como la nacionalidad o una residencia duradera anterior al fallecimiento. Así lo señala la propia SAP Las Palmas 4ª nº 236/2015, que se cita en la propia Resolución: *“No existe limitación alguna a los medios que puede exigir el notario para acreditar tanto el Derecho extranjero como la inexistencia de testamento otorgado (no sólo en España sino también ante autoridades del país del que el causante fuera nacional –autoridades que, aunque no fuere más que por razones idiomáticas, de conexión cultural y de derecho material aplicable, serían las destinatarias naturales de un testamento otorgado por el fallecido–; es más, si al notario le constase que el fallecido ha residido gran parte de su vida en algún país distinto a España y al de que fuera nacional, lo razonable para emitir el acta de declaración de herederos ab intestato es que pida justificación documental –si existiera sistema de publicidad de testamentos otorgados en aquel Estado– incluso de que no otorgó testamento en ese otro país)”*.

3. Sobre la suficiencia del certificado sucesorio presentado y la falta de necesidad de aportar el testamento ológrafo, la DGRN es consciente de que no se trata de un certificado sucesorio europeo.

Sin embargo, hace una lectura *ex lege causae* del art. 14 LH, que debe ser matizada. El razonamiento de la DGRN parece simple: si el certificado sucesorio belga es título sucesorio en Bélgica (*ex lege causae*) no cabe requerir el testamento. Sin embargo, *stricto sensu*, el certificado sucesorio belga no es, como afirma la DGRN, un “auténtico certificado sucesorio en los términos a que se refiere el actual art. 14 LH”. Tratándose de una sucesión testamentaria, los únicos títulos que contempla dicho precepto son el propio testamento, el contrato sucesorio y el certificado sucesorio “europeo”, como lo es la declaración notarial de herederos abintestato en caso de sucesión intestada.

Dicho esto, la DGRN debía haber reparado en el alcance de lo dispuesto en el art. 58 Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil. Los títulos para la inscripción en el Registro de la Propiedad español no se rigen por la *lex causae*. Según el art. 58 Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, el procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español. Esta regla se encuentra asimismo expresa en el propio Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que excluye de su ámbito de aplicación y, por tanto, del ámbito de aplicación de sus normas de conflicto y de la ley extranjera eventualmente aplicable, “cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles e inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo”.

Sobre esta premisa, es cierto que el art. 14 LH debe aplicarse teniendo en consideración las peculiaridades de los supuestos transfronterizos. Así, un testamento sometido a una ley extranjera no debe servir de título para la inscripción cuando conforme a la ley que rige la sucesión no tiene efectos traslativos, pues ello iría en contra del principio de equivalencia de efectos previsto en el art. 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil. Esta misma ponderación aconseja que, en ciertos casos, un documento público extranjero que contenga un certificado sucesorio testamentario, aun no siendo el título pueda servir de título para la inscripción conforme al art. 14 LH, pueda servir como tal si, en virtud del principio de equivalencia, acredita de forma fehaciente, completa y suficiente el contenido del testamento, pero no en otro caso, pues no sería “equivalente” al título testamentario que corresponde determinar a la ley española como título de inscripción, y que es el testamento, el contrato sucesorio o el certificado sucesorio “europeo”. De hecho, la propia Resolución comentada pone énfasis en su fundamento segundo, a la hora de abordar la necesidad de una traducción completa, en el principio de “integridad del título”. Pues bien, siendo el título de inscripción, según la ley española, el testamento, un certificado sucesorio testamentario extranjero solo podrá ser considerado equivalente al testamento en el sentido del art. 14 LH, si garantiza o reproduce el contenido íntegro de la parte dispositiva del testamento. En otro caso, en contra de la doctrina de la DGRN en esta Resolución, lo procedente sería que el Registrador exigiera que el certificado fuera acompañado de una copia del testamento.

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

2017/DGRN/24.— Resolución DGRN de 2 febrero 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Sant Mateu, por la que se suspende la inscripción de una escritura de herencia. BOE 22.2.2017.

Partición causada por el fallecimiento de una ciudadana belga. Acta de declaración de herederos llevada a cabo por un notario belga. Incorporación por notario español.

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

Normas aplicadas: Arts. 3 y 14 LH; arts. 33, 36 y 76 RH; arts. 1, 65.3, 68 y 69 Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; arts. 33, 58, 60 y 61 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

1. Por el notario autorizante se lleva a cabo la escritura de partición causada por el fallecimiento de una ciudadana belga. El notario incorpora el acta de declaración de herederos llevada a cabo por un notario belga, de la que resultan llamados el cónyuge viudo y dos hijas de la causante. También incorpora el certificado de defunción de la causante, así como certificado de últimas voluntades español.

De los dos defectos señalados por el registrador en su nota, el escrito de recurso sólo se refiere al segundo relativo a la necesidad de acompañar el certificado de últimas voluntades del país de nacionalidad del causante o certificado de inexistencia de tal Registro, por lo que el contenido de la presente debe ceñirse a dicha cuestión.

2. Las recientes Resoluciones de 28 julio 2016 y 11 enero 2017 (todas ellas con base en las anteriores de 1 de julio y 13 octubre 2015), han entendido la necesidad de aportar el justificante o certificado del registro extranjero que recoja los títulos sucesorios otorgados por el causante o bien la acreditación de que, conforme al derecho material aplicable a la sucesión, no existe tal sistema de registro.

Las Resoluciones citadas realizan esta distinción poniendo de manifiesto que no todos los países tienen instaurado un Registro de Actos de Última Voluntad similar al nuestro, en cuanto a sus efectos, y en cuanto a su organización.

Continúan afirmando que nuestro sistema, donde la práctica totalidad de los testamentos son notariales, basado en la obligatoriedad de la comunicación que se impone al notario autorizante (o que protocoliza un testamento ológrafo o que autoriza un acta donde se da noticia de su existencia), procura las más altas cotas de seguridad en la apertura de la sucesión intestada.

Sin embargo, dada la prevalencia de la nacionalidad del causante a la hora de regir la sucesión (hasta la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Sucesiones, como ocurre en el supuesto de hecho), parece una medida oportuna y prudente, y casi obligada si lo exigiese la *lex causae*, que el notario español también solicite (en tanto no se establezca la deseada conexión de registros, como la prevista para una fase final en el Convenio de Basilea de 16 mayo 1972), como prueba complementaria, la certificación, en su caso, del registro semejante correspondiente al país de donde el causante es nacional (a veces, su propio Registro Civil, si fuere en esta institución donde la ley personal del finado establece que se tome nota de los testamentos otorgados), siempre que estuviese prevista alguna forma de publicidad de los títulos sucesorios en ese país extranjero. Esta actuación, al dotar de un mayor rigor al expediente, sólo puede redundar en una mayor seguridad de la declaración notarial.

Así lo entendió la Resolución del Sistema Notarial de 18 enero 2005 (hoy confirmada su doctrina por la SAP Las Palmas 30 junio 2015) que llegó a la conclusión de que al tramitar en aquél supuesto una declaración de herederos “parece una medida oportuna, prudente y casi obligada” el solicitar además de las Últimas Voluntades españolas las del país de la nacionalidad del causante extranjero. Consecuentemente, también deberá aportarse, si existiere, por las consecuencias legitimadoras que atribuye la inscripción registral, al Registro de la Propiedad, con ocasión de la inscripción sucesoria. Y, si este Registro de Actos de Última Voluntad no existiere deberá acreditarse esta circunstancia en la forma determinada en el art. 36 RH. Deberá aportarse certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o acreditarse que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última Voluntad o que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado.

La ley española es la competente para determinar los requisitos necesarios para la inscripción de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad. Así lo reconoce expresamente el Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio, conocido como Reglamento Europeo de Sucesiones, en su art. 1.2 al excluir de su regulación: “(...) l) cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los

requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo”.

Es cierto que la Resolución de 21 marzo 2016 entendió innecesario acreditar el contenido del Registro de Actos de Última Voluntad, pues en aquel caso, el notario autorizante del certificado sucesorio llevado a cabo con arreglo a la ley material holandesa certificaba expresamente de dicho contenido.

En el presente expediente, el notario belga, en el acta de declaración de herederos manifiesta “(...) que de la búsqueda en el Registro Central de Testamentos, resulta lo que aquí sigue: I. (...) III. Últimas Voluntades. No se conoce disposición por causa de muerte de la difunta...”, por lo que debe considerarse innecesario aportar el certificado de Últimas Voluntades belga, pues ello queda bajo la responsabilidad del acta de declaración de herederos realizada ante el notario belga.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

NOTA

1. Por el notario autorizante se lleva a cabo la escritura de partición causada por el fallecimiento de una ciudadana belga. El notario incorpora el acta de declaración de herederos llevada a cabo por un notario belga, de la que resultan llamados el cónyuge viudo y dos hijas de la causante. También incorpora el certificado de defunción de la causante, así como certificado de últimas voluntades español. Se suspende la inscripción al no haberse acompañado certificado de últimas voluntades del país de nacionalidad del causante o certificado de inexistencia de tal Registro.

2. La DGRN estima el recurso y confirma la doctrina establecida en las Resoluciones de 28 julio 2016 y de 11 enero 2017. Tal y como se señaló *supra* en las notas respectivas, la doctrina de la DGRN requiere con carácter general la aportación del certificado de últimas voluntades del país de la nacionalidad del causante o el certificado de inexistencia del Registro testamentario, doctrina cuyo carácter restrictivo se ha criticado, al vincular esta exigencia a la ley aplicable o *lex causae*.

Observa la DGRN que esta exigencia no es procedente en todos los casos. En su Resolución de 21 marzo 2016 la DGRN entendió innecesario acreditar el contenido del Registro de Actos de Última Voluntad, pues en aquel caso, el notario autorizante del certificado sucesorio llevado a cabo con arreglo a la ley material holandesa certificaba expresamente dicho contenido. En el presente caso, en el acta de declaración de herederos otorgada por el notario belga ya se manifestaba la inexistencia de referencia testamentaria en el Registro del país de origen, por lo que la exigencia del certificado de la inscripción extranjera implicaba una duplicidad probatoria innecesaria.

S.S.L.

2017/DGRN/25.— Resolución DGRN de 15 febrero 2017, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación ex-tendida por el registrador de la propiedad de Sant Mateu, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de herencia. BOE 8.3.2017.

Adquisición hereditaria en la que el registrador cuestiona los números de identificación del compaciente.

Normas aplicadas: arts. 17 bis y 23 LN; art. 156 RN.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de herencia en la que concurre la circunstancia de que el número del pasaporte del heredero –irlandés– con el que se identifica en el otorgamiento, no coincide con el que en su día se reflejó en la inscripción de su título de adquisición.

Efectivamente constan como titular registral don J. C. C. y con pasaporte K(...) y en la comparecencia de la escritura con NIE (...) y pasaporte PC (...).

El registrador señala como defecto que no coincidiendo el número del pasaporte consignado en la última inscripción y el que consta ahora en el título que se presenta, existen dudas de si el titular registral y heredero son o no son la misma persona.

2. El art. 23 LN establece que “los notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos. Serán medios supletorios de identificación, en defecto del conocimiento personal del Notario, los siguientes: (...) c) La referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas. El Notario en este caso responderá de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente (...)”.

Por el valor que la ley atribuye al instrumento público, es presupuesto básico para la eficacia de este la fijación con absoluta certeza de la identidad de los sujetos que intervienen, de modo que la autoría de las declaraciones contenidas en el instrumento quede establecida de forma auténtica, mediante la individualización de los otorgantes. Por ello, el art. 23 LN, como requisito esencial de validez del instrumento público, impone al notario autorizante la obligación de dar fe de que conoce a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos.

El art. 156 RN establece: “La comparecencia de toda escritura indicará: (...) 5º La indicación de los documentos de identificación de los comparecientes a salvo lo dispuesto en el art. 163. Igualmente deberá hacer constar el número de identificación fiscal cuando así los disponga la normativa tributaria”.

En el mismo sentido recoge el párrafo primero del art. 187 RN que “la identidad de las personas podrá constar al Notario directamente o acreditarse por cualquiera de los medios supletorios previstos en el art. 23 de la Ley”.

Ciertamente, en el supuesto de este expediente, el notario autorizante ha cumplido todas las exigencias de la Ley y del Reglamento en cuanto a la identificación de los otorgantes. Por lo tanto, no se puede cuestionar la identidad de los comparecientes, pues es una competencia del notario que no incumbe al registrador.

3. Ha dicho este Centro Directivo en Resolución de 21 marzo 2016 que “como ha puesto de relieve este Centro Directivo (cf., por todas, las Resoluciones de 2 octubre 2003, 26 marzo 2004, 5 junio 2007, 18 octubre 2010 y 17 agosto 2011), en nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (art. 23 LN). El registrador, por su parte, debe comprobar que la identidad del otorgante así determinada coincida con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro, dados los efectos de la inscripción, especialmente respecto de la legitimación y fe pública registral (cf. arts. 9.4º y 18 LH, y 51.9º RH). Por el valor que la ley atribuye al instrumento público, es presupuesto básico para la eficacia de este la fijación con absoluta certeza de la identidad de los sujetos que intervienen, de modo que la autoría de las declaraciones contenidas en el instrumento quede establecida de forma auténtica, mediante la individualización de los otorgantes. Por ello, el art. 23 LN, como requisito esencial de validez del instrumento público, impone al notario autorizante la obligación de dar fe de que conoce a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos. Al “dar fe de conocimiento” o “dar fe de la identidad” de los otorgantes (cf., respectivamente, arts. 23 y 17 bis de la Ley del Notariado), el notario no realiza propiamente una afirmación absoluta de un hecho sino que emite un juicio de identidad, consistente en la individualización del otorgante bien por conocerlo el notario (es decir, por llegar a tener la convicción racional de que es la persona que dice ser y por tal es tenido en la vida ordinaria, de suerte que se trata de un juicio de notoriedad sobre su identidad), o bien por la identificación mediante documentos u otros medios supletorios legalmente establecidos (*comparatio personarum*; así resulta especialmente en algunos supuestos en que el notario se asegure de la identidad de las partes mediante la verificación subjetiva que comporta un juicio de comparación de la

persona del compareciente con los datos, fotografía y firma que figuran en el documento que sirve para su identificación —*cf.* apartados “c” y “d” del art. 23 LN—). Ahora bien, desde el punto de vista registral, dadas las importantes presunciones que la Ley atribuye en favor del titular registral, y al objeto de dar debido cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 38, principio de legitimación, y 20, tracto sucesivo, ambos LH, el registrador debe calificar, y sin perjuicio de que el notario también deba comprobarlo, que la persona respecto de la cual el notario ha dado fe de conocimiento, es el titular registral y no otra persona con igual nombre y apellidos”.

4. Cuestión distinta de la identidad de los sujetos de la relación jurídico inmobiliaria es la de que la eventual discrepancia entre los datos de identificación que constan en el instrumento y los que figuran en el asiento registral pueda ser calificada por el registrador como defecto que impida la inscripción, si alberga dudas de que el otorgante o causante del acto inscribible no es el titular registral, a la vista de los datos relacionados en el correspondiente asiento y los que resulten de los títulos presentados. Ahora bien, lo anterior no justifica que en cualquier caso de discordancia, por ligera que esta sea, deba rechazarse la inscripción, toda vez que solo podrán oponerse a la inscripción del título aquellas discrepancias que, respecto de los asientos registrales, tengan suficiente trascendencia, (*cf.* Resoluciones de 18 octubre 2010 y 17 agosto 2011), por ofrecer dudas razonables de falta de correspondencia entre el titular inscrito y el causante o transmitente del acto que se pretende inscribir.

En este sentido, este Centro Directivo en Resolución de 15 noviembre 2016 señaló que en la calificación registral, respecto de los nacionales otorgantes de aquellos países en los que no varía el número del documento oficial de identificación, el registrador deberá comprobar su exacta correspondencia con la numeración obrante en el Registro de la Propiedad, al objeto de evitar que personas con iguales nombres y apellidos y que hayan sido debidamente identificados por el notario puedan usurpar la identidad de los titulares registrales. Pero respecto de los nacionales de aquellos países (como Irlanda) en los que se produce una alteración en los números de identificación del documento oficial de identificación, debe entenderse suficiente la declaración que realice el notario, bajo su responsabilidad, de la correspondencia del compareciente con el titular registral, salvo que el registrador, motivando adecuadamente, no considere suficiente dicha aseveración. Ciertamente estos supuestos de alteración de los números del documento oficial de identificación serán cada vez menos frecuentes dada la actual exigencia de hacer constar los NIEs de los extranjeros en las inscripciones registrales (*cf.* art. 254 LH según redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre), numeración que no varía.

En el presente caso existen circunstancias concurrentes que deben ser tenidas en cuenta. En primer término, que nos encontramos ante la inscripción de una adquisición hereditaria en la que el registrador cuestiona los números de identificación del compareciente; no estamos, en consecuencia, ante un acto dispositivo realizado por el titular registral respecto de quien se cuestiona o pone en duda que sea la misma persona que comparece en el instrumento público disponiendo. El compareciente ya era titular registral de una mitad indivisa junto con su esposa titular de la otra mitad indivisa. El referido esposo de la causante es el otorgante de la herencia (cuya relación matrimonial acredita y confirma el certificado de defunción testimoniado en esta última, así como el testamento y el certificado de Última Voluntad reproducidos en la escritura particional). Asimismo, el nombre y apellidos del titular registral (y el de su cónyuge) constan en todos los documentos presentados, resultando coincidentes en el título inscrito, en el asiento respectivo de inscripción, en el testamento, certificados de defunción y últimas voluntades, y de defunción, escritura de partición, así como en la documentación pública catastral. Incluso en esta, aparece catastrada la finca concernida a nombre del titular registral, identificándose debidamente el NIE de este, en términos exactamente coincidentes con los que se reflejan en todos los documentos citados.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

2017/DGRN/26.— Resolución DGRN de 10 abril 2017, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa de la registradora de la propiedad de Alicante nº 5, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia. BOE 26.4.2017

***Professio iuris* testamentaria. Prueba del Derecho extranjero.**

Normas aplicadas: Arts. 21, 22.2º, 24 y 83.2º Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; Disposición final vigésimo sexta de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; arts. 3, 675 y 806 Cc.

1. Mediante escritura autorizada por la notaria de Sant Joan d'Alacant, doña María Laura Muñoz Alonso, de fecha 4 febrero 2016, doña C. G. C. procedió a adjudicarse la herencia causada por fallecimiento de don E. N. de nacionalidad alemana al tiempo de su fallecimiento, ocurrido el día 12 octubre 2015. En su testamento, otorgado el día 22 septiembre 2014, manifiesta su estado civil de viudedad y la existencia de una hija habida de un matrimonio anterior, y ordena su sucesión instituyendo heredera universal a la ahora recurrente, manifestando que su hija recibió en vida ciertas propiedades sitas en Nueva York.

La registradora señala dos defectos: a) el testamento del causante fue vehículo para el establecimiento de la *professio iuris* y, por lo tanto, el testador eligió su ley nacional, por lo que la sucesión se ha de regir por la ley alemana, y dado su domicilio determinado en este caso por su lugar de nacimiento, a la legislación alemana; en tal caso, y al tratarse de Derecho extranjero, debe probarse, conforme a lo dispuesto en el art. 281.2º LEC y, específicamente, en el art. 36 RH, y b) es necesario aportar el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad del país de su nacionalidad por las consecuencias legitimadoras que atribuye la inscripción registral, al Registro de la Propiedad, con ocasión de la inscripción sucesoria o acreditarse que en dicho país no existe dicho del Registro de Actos de Última Voluntad, de acuerdo con la Resolución de la DGRN de 18 enero 2005.

La recurrente entiende que, acreditada la residencia del causante en España, la ley aplicable es la ley española y, al no haberse producido elección de ley, la española. Por ello, ha de prevalecer la voluntad del testador conforme al art. 675 Cc y su manifestación expresa de haber respetado la legítima de su hija, la cual ni impugnó el testamento, ni la adjudicación hereditaria.

2. La aplicación del Reglamento (UE) Nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, a las herencias causadas desde el 17 agosto 2015, como es la que motiva el presente recurso, ha constituido, sin duda, una modificación sustancial del régimen legal aplicable a las sucesiones que presentan un elemento internacional –conexión no definida en el mismo– al sustituir en nuestro Derecho la aplicación de la ley nacional del causante (art. 9.8º Cc) por la aplicación –en general– de la ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento (art. 21.1º Reglamento).

Asimismo, supone un cambio evidente en la autorización de documentos públicos por notario español, en cuanto exige una mayor diligencia en su actuación.

3. La aplicación del Reglamento impone que el notario al reglar una sucesión no contenciosa, tras verificar la fecha de fallecimiento y comprobar la aplicación del Reglamento, analice detalladamente –y deje constancia– de determinados extremos.

a) En primer lugar de la propia existencia de un elemento transfronterizo.

Esta Dirección General ya ha señalado (*vid.* Resolución de 4 julio 2016) que el elemento internacional no viene definido en el Reglamento debiéndose estar al caso concreto. En el presente no cabe duda de ello, en cuanto son dos las posibles leyes aplicables concurrentes a la totalidad de la sucesión.

b) Establecido el elemento internacional y no existiendo en el Reglamento reglas de competencia para la ejecución de las sucesiones no contenciosas (art. 2 y considerandos 21, 22 y 29), el segundo paso es la determinación de la ley aplicable. El notario debe establecer su juicio sobre la ley aplicable a la sucesión y en los términos que resultan de la doctrina de esta Dirección General, debe probar su contenido.

c) Debe recordarse que la regla general del Reglamento conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual, de aplicación universal, es decir, puede establecer la determinación y prueba de una ley aplicable de un tercer Estado, no europeo, y parte de la conexión de la residencia habitual del causante (art. 21 y considerandos 23 y 23 y 24). No obstante, el art. 21.2º determina que “si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el ap. 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado”.

La determinación de la residencia habitual es un juicio complejo que consiste en “una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia” (considerando 23). Deberá revelar un vínculo estable con el Estado seleccionado. Si el causante es nacional español y la ley de la residencia es la española, el concreto ordenamiento seleccionado, vendrá determinado por su vecindad civil; si es un no nacional, será aplicable la normativa común o foral que determine su residencia habitual.

d) No obstante, el art. 22 permite la elección de la ley aplicable, disponiendo en su apartado 1: “Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento”, añadiendo el Reglamento de ejecución (UE) 1329/2014 –Formulario V punto 8.2.4, 8.3 y 8.4– de acuerdo con los arts. 30, 34 y 36 del Reglamento (UE) nº 650/2012, otras leyes aplicables posibles el supuesto de reenvío desde un tercer país; la ley aplicable a un Estado con más de un sistema jurídico y las disposiciones especiales previstas en el art. 30 del Reglamento (además de la norma del art. 32 sobre conmorienencia).

Ahora bien, para que exista *professio iuris*, la elección de ley debe ser expresa o resultar de los términos de la disposición *mortis causa* (art. 22 y Resoluciones de esta Dirección General de 15 de junio y 4 y 28 julio 2016).

Por ello el notario, cuando entiende de una sucesión no contenciosa, deberá inexcusablemente establecer, in abstracto la ley aplicable a una sucesión y en concreto, los elementos relevantes al caso, nada de lo cual ha hecho la notaria autorizante en el presente caso.

4. En el supuesto que motiva la presente Resolución, el testamento que sirve de base a la escritura de adjudicación de herencia calificada, se autorizó ante un notario español el 22 septiembre 2014. Es decir, estando en vigor el Reglamento (art. 84), si bien aún no en aplicación (art. 82.1º). En él no se hace *professio iuris* expresa, informando la notaria autorizante “que no prejuzga los posibles derechos que la ley que regule la sucesión conceda a los legitimarios o herederos forzosos”; reconoce la existencia de una hija, a la que considera satisfecha en sus derechos e instituye heredera a un tercero.

Considera la registradora que “ha de entenderse que el título testamentario del causante, fue vehículo para el establecimiento de la *professio iuris* y que por lo tanto el testador eligió su ley nacional, por lo que la sucesión se ha de regir por la ley alemana, y dado su domicilio determinado en este caso por su lugar de nacimiento, a la legislación alemana. Esta solución esta reforzada además por el hecho de que en el momento en que se realizó el testamento era aplicable a la sucesión la ley nacional del causante, que conduce al mismo resultado”.

Sin embargo, esta afirmación no puede ser mantenida.

La interpretación del testamento, elemento integrado en la validez material del mismo –conforme al art. 26.1º.d) en relación con el art. 83.3º de la norma europea–, se ha de realizar conforme a la *lex putativa*

o presuntiva que conduce a la residencia habitual del causante el día del otorgamiento del testamento que, conforme a lo indicado en la disposición testamentaria, es la española.

Dice el art. 26.1º.d): “se regirán, por lo que respecta a su admisibilidad y validez material, por la ley, que en virtud del presente Reglamento, habría sido aplicable a la sucesión del causante si éste hubiera fallecido en la fecha de su disposición”.

Y sólo de resultar una *professio iuris* expresa o indubitada en sus términos –lo que no ocurre–, dicha elección, conforme al art. 22, implicaría la regulación de la validez material por la ley elegida.

Por lo tanto, nada tiene que ver la nacionalidad del disponente en el momento del otorgamiento, salvo a los efectos de realizar elección de ley, ni de ello cabe inferir la aplicación de la ley de la nacionalidad como ley sucesoria.

5. El testamento, por lo tanto, ha de interpretarse a la luz de la ley española, que incorpora las pautas hermenéuticas de la norma europea. Y de su literalidad y contexto resulta aplicable, nuevamente, a la sucesión, la ley española, que es la de su residencia habitual.

Este extremo no es discutido por la recurrente que alega en su escrito de interposición del recurso la procedencia de aplicar la ley española, ley de la residencia del causante conforme al Reglamento 650/2012.

6. Conforme a ésta es aplicable la normativa del Derecho común en cuanto la residencia del causante, no español, se sitúa en la Comunidad Valenciana. El art. 36.1º del Reglamento Europeo de Sucesiones, dispone que: “1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión”. Y el apartado 2.a) dispone que: “A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes: a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento”.

Por ello, la hija del testador resulta legitimaria con derecho a una porción de bienes de la herencia, conforme a las reglas generales Cc (arts. 806 y 807 y, a contrario, 842 y 1056.2º).

7. En efecto, la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos españoles) se configura generalmente como una *pars bonorum* –en todo caso el Código Civil habla de porción de bienes, art. 806–, y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico (*pars valoris bonorum*).

De ahí, que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima. Intervención que alcanzaría incluso la entrega de legados.

Por lo tanto, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057.1º Cc), la comparecencia e intervención de la hija legitimaria sería inexcusable, a fin de consentir las operaciones particionales de las que ha de resultar el no perjuicio de su derecho de carácter forzoso.

8. No siendo necesario probar Derecho extranjero alguno, aún subsiste una cuestión puesta asimismo de relieve en la nota de calificación: la ausencia de aportación de certificado del Registro de Actos de Última Voluntad o equivalente en el país de su nacionalidad o la justificación de su inexistencia.

Así se viene exigiendo por esta Dirección General para las herencias causadas antes de la aplicación del Reglamento, al considerarse especialmente relevante la vis atractiva de la ley nacional.

Y así fue entendido por la Resolución del Sistema Notarial de este Centro Directivo de 18 enero 2005 y sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 30 junio 2015 –ambas previas a la aplicación del

Reglamento— que llegaron a la conclusión de que al tramitar en aquél supuesto una declaración de herederos “parece una medida oportuna, prudente y casi obligada” el solicitar además de las Últimas Voluntades españolas del país de la nacionalidad del causante extranjero. También deberá aportarse, si existiere, por las consecuencias legitimadoras que atribuye la inscripción registral, al Registro de la Propiedad, con ocasión de la inscripción sucesoria. Y, si este Registro de Actos de Última Voluntad no existiere deberá acreditarse esta circunstancia en la forma determinada en el art. 36 RH.

9. Sin embargo la plena aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012 aconseja una matización de esta doctrina.

En efecto, la norma europea presenta un tratamiento especial de las disposiciones *mortis causa* (arts. 1.3º, 3.1º.b),.c) y d) y 24 a 28).

Esta normativa conduce, como se ha indicado, a la regulación de la validez material y formal de la disposición *mortis causa*, en base a la ley presuntiva, que como ya se ha señalado en fundamento anterior, remite a la ley que se aplicaría, conforme a los arts. 21 y 22 —no otras posibles leyes asimismo citadas en el fundamento segundo— si falleciere el día en que se otorgó la disposición *mortis causa* relevante conforme a los citados arts. 1 y 3 del Reglamento.

10. En este contexto, de superación de la ley de la nacionalidad —común al Derecho de la Unión europea— salvo elección indubitada, no resulta indispensable (*vid.*, arts. 23, 24, 26 y 75.1º) el recurso a la información del país de la nacionalidad, salvo que coincida con el de la residencia habitual, matización que obliga a realizar ahora la norma.

Por lo tanto, en cuanto no se complete la interconexión de los Registros de disposiciones sucesorias y de certificados sucesorios europeos de los Estados miembros, medida complementaria a la aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012, en el contexto e-justice, parece sólo oportuno mantener la exigencia de la acreditación de la obtención de certificación diferente al de nuestro Registro General de Actos de Última Voluntad, que acreditare la existencia o no de disposición de última voluntad cuando de la valoración de los elementos concurrentes en la sucesión resultare que la ley aplicable fuere distinta de la española, imponiéndose la presentación de certificado o justificación de su inexistencia en el Estado cuya ley resultare aplicable a la sucesión o a la disposición de última voluntad (arts. 21, 22, 24 y 25 del Reglamento), sea o no la del Estado o Estados cuya nacionalidad ostentare el causante.

Por lo tanto, en el presente caso, en que la ley aplicable es la común española, según ha sido argumentado, y no resulta elemento que permita suponer que la ley presuntiva aplicable a la validez material o formal de la disposición de última voluntad sea distinta a esta, no es precisa la presentación de certificado expedido por el Registro testamentario alemán.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente, excepto en orden a la necesaria intervención de la legitimaria en la manifestación de herencia, el recurso interpuesto en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho con revocación, en los demás extremos, de la calificación de la registradora.

NOTA

1. Se rechaza la inscripción de escritura de adjudicación y partición de herencia otorgada en España por nacional alemán, al estimar que en el testamento existía una *professio iuris* en favor de la ley alemana, que no resultó probada, así como por el hecho de no haber aportado certificado negativo de últimas voluntades de Alemania, ley nacional del causante aplicable al caso. El recurso, que se estima parcialmente por la DGRN, se basa en la aplicación de la ley española, como ley de la residencia habitual del causante, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (UE) nº 650/2012, en el hecho de que en el testamento se salvaba la legítima prevista en el Derecho español, y en la improcedencia de exigir el certificado negativo de inscripción testamentaria de una ley distinta a la ley aplicable, si bien se confirma la calificación registral por lo que se refiere a la necesidad de comparecencia de la legitimaria.

2. La Resolución de la DGRN, niega la premisa mayor, es decir, la existencia de una *professio iuris* en favor de la ley alemana, por el mero hecho de que en la fecha de otorgamiento del testamento la ley aplicable fuera la ley alemana. La DGRN entiende correctamente la aplicación transitoria del Reglamento n° 650/2012, aplicable a las sucesiones de personas fallecidas a partir de la fecha determinada en el art. 83, incluso si hubieran otorgado testamento con anterioridad a dicha fecha. En consecuencia, con las salvedades previstas en el propio art. 83, la ley aplicable a la sucesión es, en principio, la ley española como ley de la residencia habitual del causante (art. 21 del Reglamento), y la DGRN aplica dicha ley para interpretar el propio testamento.

Aunque confunde el número del artículo, la DGRN tiene en cuenta que, conforme al art. 24, la validez material o sustancial de las disposiciones testamentarias se rige por la ley que, en virtud de las normas de conflicto del Reglamento, habría sido hipotéticamente aplicable a la sucesión del causante si hubiese fallecido al disponer. Dicha ley es, en principio, la ley española como ley de la residencia habitual, que resultaba aplicable a la interpretación y al contenido del testamento, y validaba la libre disposición al dejar a salvo la legítima de la única descendiente.

Habida cuenta de que la residencia del causante, siendo extranjero, se encontraba en la Comunidad Valenciana, la DGRN procede a concretar, en virtud de las reglas sobre remisión a un sistema plurilegislativo (art. 36 del Reglamento), la aplicación del Derecho común español.

3. La doctrina de la DGRN, aun siendo admisible en el caso planteado, en la medida en que se reconozca que no ha habido una elección del Derecho alemán que se pudiera inferir en el testamento, omite sin embargo una regla transitoria particularmente relevante, contenida en el apartado 4 del art. 83 del Reglamento, según la cual “[s]i una disposición *mortis causa* se realiza antes del 17 agosto 2015 con arreglo a la ley que el causante podría haber elegido de conformidad con el presente Reglamento, se considerará que dicha ley ha sido elegida como ley aplicable a la sucesión”.

La regla transcrita supone una excepción a la ley aplicable a la validez de las disposiciones testamentarias contemplada en el art. 24 y, en concreto, a la ley de la residencia habitual, en favor de la ley nacional, aunque su elección no se infiera de las propias disposiciones testamentarias. La posibilidad de aplicar la ley nacional de forma objetiva (“se considerará que dicha ley ha sido elegida”), tiene una función claramente inspirada en el *favor negotii*. Es posible que, antes de la entrada en vigor del Reglamento, una persona hubiere testado conformándose a las exigencias de su ley nacional, sin hacer una mención expresa ni tácita de dicha ley. La entrada en vigor del Reglamento y la aplicación retroactiva podría implicar una contradicción de semejante disposición testamentaria con las exigencias de la ley de la residencia habitual. Para evitarlo y dar validez a tales disposiciones testamentarias, se presume *iuris et de iure* que el causante había elegido su ley nacional, que les confiere validez, y dicha ley será aplicable a la totalidad de la sucesión.

En el caso planteado parece que no se dan, más bien al contrario, las circunstancias para la aplicación de esta regla: las disposiciones testamentarias son válidas conforme a la ley de la residencia habitual, y se ignora si se conforman con la ley nacional alemana, pero habría sido deseable una referencia por parte de la DGRN a la excepción que puede habilitar, en otros casos, la regla contenida en el art. 83.4° del Reglamento.

4. Más criticable resultan los fundamentos utilizados por la DGRN para no requerir el certificado negativo del registro testamentario alemán, que vuelve a vincular, de manera errónea, con la ley aplicable al fondo de la sucesión.

Esta vinculación entre la exigencia de una certificación negativa del registro testamentario extranjero y la ley aplicable parte de una calificación errónea de la exigencia, como se ha puesto de relieve en otras notas comentadas *supra*. El requerimiento de un registro testamentario positivo o negativo es una condición registral o procedimental, que no se rige por la ley aplicable a la sucesión, sino por la ley española, de conformidad con lo previsto en el art. 1.2°, letra l) del propio Reglamento.

La ley española exige, para la inscripción, aportar el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad español (art. 76 RH). La extensión de esta regla en supuestos transfronterizos debe realizarse sobre la base de una identidad de razón con la cautela registral, y no en razón de la ley aplicable al fondo de la sucesión. La razón de ser de esta exigencia radica en un principio registral tan elemental como el de adecuación a la realidad de los hechos inscritos. Se trata de evitar que la transmisión sucesoria pueda llevarse a cabo sin consideración de un eventual testamento que contradiga un título testamentario anterior o un título sucesorio abintestato. Por añadidura, dicho testamento hipotético podría incluso variar la ley aplicable a la sucesión (un argumento más a favor de la desvinculación de la exigencia con el registro del Estado de la presunta ley aplicable). Para garantizar este principio registral de seguridad jurídica, que es competencia de la ley española como *lex fori*, es conveniente requerir no solo la certificación negativa del registro testamentario correspondiente a la ley presuntamente aplicable a la sucesión, cualquiera que sea, sino de cualquier Estado con el que el causante, por razón de su nacionalidad o de una residencia prolongada anterior a la que tenía al momento de fallecer, presente un vínculo estrecho que permita considerar como razonablemente posible que hubiese podido otorgar un testamento en dicho país.

Sería de esperar que la calificación registral de esta exigencia, su desvinculación de la ley sucesoria, y su requerimiento sobre la exclusiva base de las exigencias del Derecho registral español se imponga en futuras resoluciones.

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO *

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada

MATERIALES DE LA PRÁCTICA

Coordinación de

Ana FERNÁNDEZ PÉREZ

CONSEJO DE ESTADO

AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN

2017/Doc/1.– Dictamen nº 661/2016 (Empleo y Seguridad Social), de 22 septiembre 2016.
<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2016-661>.

[...]

En el presente caso, se trata de revisar una autorización de residencia de larga duración que atribuye al extranjero un haz de derechos y facultades que se determinan por el legislador, tratándose de una materia afectada por relevantes intereses públicos e, incluso, por exigencias de orden público. En este marco, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, regula en su art. 32 la residencia de larga duración como situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles, y su ap. 2 se refiere a los requisitos para acceder a esta situación, disponiendo que tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente. Al mismo tiempo, el art. 57 de esa misma ley regula la expulsión del territorio nacional y su disposición adicional cuarta ordena la inadmisión a trámite de las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en esa ley (lo que incluye, naturalmente, las orientadas a la obtención de la residencia de larga duración) cuando se haya decretado en contra del solicitante una orden de expulsión, judicial o administrativa (ap. 1.d) de la citada disposición adicional cuarta).

Por tanto, las previsiones legales aplicables para la concesión de la autorización de residencia de larga duración remiten la generalidad de los requisitos al efecto a la regulación reglamentaria, pero exigen de manera ineludible la inexistencia de una orden de expulsión en relación con el solicitante de aquella, de lo que cabe deducir que esta última condición es un requisito esencial sin el que no procede siquiera tramitar el procedimiento, puesto que la ley ordena terminantemente en estos casos la inadmisión a trámite de la solicitud.

También desde una perspectiva lógico–conceptual ha de aceptarse ese carácter esencial. En efecto, la razón de ser de una autorización de residencia de larga duración consiste, en esencia, en habilitar a una persona para residir en el territorio nacional, lo que resulta contradictorio con la existencia de una orden de expulsión, cuya finalidad y sentido es precisamente el contrario, esto es, impedir que una persona pueda entrar y permanecer en territorio nacional durante el periodo de su vigencia (*vid.*, en este mismo sentido, el dictamen nº 1.221/2012).

Pues bien, en el presente caso ha quedado acreditada la existencia de una orden de expulsión emitida en relación con el solicitante, orden que estaba vigente en el momento de la solicitud, pues si bien el interesado la impugnó en vía judicial, su recurso fue desestimado por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso–Administrativo de Segovia de 20 mayo 2011. La vigencia de esa orden de expulsión lleva a la conclusión de que el Sr. adquirió, por silencio, los derechos inherentes a la autorización de residencia de larga duración, careciendo, al menos, de uno de los requisitos esenciales para tal adquisición, cual es la inexistencia de una orden de expulsión del territorio nacional contra su persona.

En definitiva, entiende el Consejo de Estado que la resolución por la que, en ejecución de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso–Administrativo nº 6 de Madrid de 16 julio 2015 y, en aplicación de las reglas del silencio administrativo positivo, se concedió autorización de residencia de larga duración a don ... , incurre en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 62.1º.f) de la Ley 30/1992, al tratarse de un acto administrativo por el que se han adquirido facultades o derechos por el interesado,

careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, lo que hace procedente su revisión de oficio de acuerdo con lo establecido en el art. 102 de la Ley 30/1992.

AUTORIZACIÓN DEL CAMBIO DE APELLIDOS

2017/Doc/2.— Dictamen nº 496/2016 (Justicia), de 6 octubre 2016. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2016-496>.

[...]

Por otra parte, la falta de contacto del padre con los hijos desde la llegada de estos a España en el año 2013 hasta el momento presente no ha sido considerada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Jaén como “un incumplimiento de los deberes inherentes a la misma” que pudiera justificar la decisión de privar al padre de la titularidad de la patria potestad, al amparo de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 170 Cc, sino como una situación de hecho motivada por la guerra del Líbano que imposibilita el ejercicio conjunto de la patria potestad y aconseja, al amparo del art. 156 Cc, su atribución a uno solo de los progenitores, en este caso la hoy promotora del expediente, que es con quien se encuentran los hijos menores de edad, el ejercicio exclusivo de la misma por el plazo legal máximo de dos años previsto en el párrafo segundo de dicho precepto legal: “dada la situación del padre en un lugar en guerra como es el Líbano, sin contacto con sus hijos desde hace meses, concurre de forma notoria en este caso —dice el Auto de 12 noviembre 2015— lo que el art. 156 Cc” considera como “una causa que entorpece gravemente el ejercicio (conjunto) de la patria potestad”.

En tales circunstancias, no se advierte en el momento actual una situación de abandono susceptible de ser considerada como un circunstancia habilitante del cambio de apellidos solicitado. [...]

A la vista de las consideraciones realizadas, no existe en el supuesto sometido a consulta un caudal probatorio suficiente que permita afirmar, con el rigor exigido por una medida excepcional, definitiva e irreversible como es el cambio de apellidos, que la promotora del expediente ha sido víctima de violencia de género o que la falta de contacto entre sus hijos menores de edad y su padre obedece a un grave incumplimiento de los deberes propios e inherentes de la patria potestad.

No puede dejar de reseñarse, por tratarse de un elemento de juicio relevante, que la promotora del expediente ha solicitado ese cambio de apellidos de sus hijos menores de edad, de suyo definitivo como acaba de indicarse, amparándose en una facultad, como es el ejercicio de la patria potestad, que le fue atribuido por el Juzgado de Violencia nº 1 sobre la Mujer de 12 noviembre 2015 con carácter meramente temporal —concretamente por el plazo legal máximo de dos años establecido en el art. 156 Cc— y que, por tal razón, se compadece mal con el carácter irreversible del cambio de apellidos solicitado.

Por las razones apuntadas y sin perjuicio de que las posteriores decisiones que se adopten en los procesos penales y civiles en tramitación o de que los acontecimientos que se sucedan en el futuro pudieran llevar en su momento a otra conclusión, no se aprecia —a juicio del Consejo de Estado— la concurrencia, en el estado actual de cosas subyacente en el presente expediente, de las “circunstancias excepcionales” exigidas por el inciso primero del párrafo segundo del art. 58 de la Ley del Registro Civil para el cambio de apellidos de los hijos de la promotora del expediente.

Esta conclusión no obsta al derecho de la interesada a solicitar nuevamente el cambio de apellidos en el momento, cualquiera que sea este, en que pueda acreditar que la falta de contacto de D. ... con sus hijos obedece al incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS DEL TERRITORIO NACIONAL

2017/Doc/3.— Dictamen nº 858/2016 (Interior), de 27 octubre 2016. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2016-858>.

[...]

En efecto, y como se ha señalado por el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones respecto a la causa 2ª, la apreciación de que se aportan documentos nuevos de carácter esencial requiere que se aprecie su valía en tal modo que, de haber existido, aparecido o constado al momento de dictarse la resolución que se combate, esta hubiera variado sustancialmente de signo y todo ello por el hecho de que un documento de valor esencial es aquel que motiva la destrucción de la firmeza de un acto administrativo por la sola certeza de su existencia. Así, en virtud de la atribución de tan excepcional relevancia a un documento, se produce una radical subversión de todo aquello a lo que afecta el contenido de dicho escrito.

Estos documentos han de evidenciar el error de la resolución recurrida, de forma tal que con su mera aportación quede demostrado dicho error de forma concluyente y definitiva. Partiendo de las anteriores consideraciones es preciso examinar si la documentación aportada con el recurso –sentado jurisdiccionalmente que se ha aportado en plazo y debiendo estarse a ello en todo caso– tiene el carácter de documento de valor esencial que evidencia el error de la resolución recurrida.

El ciudadano ecuatoriano ha sido objeto de expulsión al amparo del art. 15.5.d) del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el cual establece la posibilidad de adoptar dicha medida:

‘d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas’.

De la aportación en el presente caso de un certificado de cancelación de antecedentes penales no puede desprenderse automáticamente la consideración de que se desvirtúa lo resuelto. La existencia de antecedentes por diversos delitos, pese a estar cancelados, no es la única consideración sobre la que descansa la resolución administrativa sancionadora, estando amparada la argumentación en la apreciación conjunta de diversos extremos referidos en el precepto más arriba transcrito.

2017/Doc/4.— Dictamen nº 645/2017 (Interior), de 20 julio 2017. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-645>.

[...]

Planteada la cuestión en estos términos, se debe concluir que no era posible ponderar como preferente su derecho de residencia toda vez que el interesado se hallaba claramente incurso en causa de expulsión por aplicación del reiterado art. 57.2º LO 4/2000, de 11 de enero.

Al modo en que señala la propuesta de resolución, resulta, en primer lugar, que no concurre la vulneración del art. 19 de la Constitución española, sin concurrir los supuestos previstos en el art. 57.2º de la LO 4/2000, de 11 de enero, por haberse impuesto una pena inferior a un año (seis meses de prisión), puesto que, efectivamente, lo que debe tenerse en cuenta –según el precepto indicado– es la pena señalada para el delito y no a la impuesta a su autor en el caso concreto. Y, efectivamente, el art. 240 del Código Penal castiga al culpable del delito de robo con la pena de uno a tres años, concurriendo el su-

puesto del art. 57.2 por el que se le ha expulsado aunque la pena impuesta en el caso concreto se haya rebajado por su ejecución en grado de tentativa (en la forma indicada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 23 julio 2009, citada por la propuesta de resolución). No se aprecia, por esta causa, ninguna vulneración de los derechos fundamentales del interesado.

Y, en segundo lugar, y por lo que se refiere al art. 57.5.b.) de la Ley Orgánica 4/2000 (que obliga a valorar, antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, circunstancias tales como el tiempo de su residencia en España, los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado), tampoco cabe estimar ninguna conculcación, toda vez que las referidas circunstancias a tener en cuenta en el caso del interesado son realmente justificativas de la actuación realizada.

En efecto, de su expediente personal policial se desprende que residía irregularmente en España desde el 21 diciembre 2008 (resultando de su última relación una orden de alejamiento que consta mediante sentencia); no aparecía empadronado con sus padres y hermanos, sino en otro domicilio (por lo que la orden de expulsión no supone trastorno grave para el entorno familiar, teniendo además en Marruecos familiares de segundo grado); no estaba dado de alta en la Seguridad Social ni se le conocía trabajo alguno (“desconociéndose medios de vida lícitos” precisa el informe policial); y figuran no solo 10 detenciones por el Cuerpo Nacional de Policía (por delitos de robo con fuerza y por malos tratos en el ámbito familiar) y otras 2 detenciones por la Guardia Civil, sino que, además de constar 12 infracciones administrativas de origen relativo en la conducción de vehículos de motor (carecer de seguro obligatorio en el vehículo, no haberse presentado a la inspección técnica periódica, conducir con autorización de conducir caducada, no tener convalidado el permiso de conducir de Marruecos), se da cuenta de otros partes de intervención por control de víctimas de violencia de género, consumo de estupefacientes y alteraciones del orden público, concluyendo su ficha policial con una referencia genérica a como “un sinfín de procedimientos en los que se encuentra encartado el expedientado”.

Mal se compadece el perfil personal y profesional que se desprende del somero análisis de tal ficha policial con los valores y actitudes que cabe predicar de un extranjero que pretende disfrutar en España de una autorización de residencia de larga duración. Cuando se concluye en dicho documento que “la única actividad de este sujeto en nuestro país es el del ataque a las personas o a su patrimonio de manera reiterada y continua, constituyendo una amenaza real y suficientemente grave que afecta a la normal convivencia social y tranquilidad pública de la nación, constituyendo una amenaza real para el orden público”, parece razonable sostener que no concurre causa alguna de revisión de oficio.

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY 3/2017, DE 15 DE FEBRERO, DEL LIBRO VI DEL CCCAT, RELATIVO A LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS Y DE MODIFICACIÓN DE LOS LIBROS PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO Y QUINTO

2017/Doc/5.— Dictamen nº 404/2017 (Presidencia y para las Admones. Territoriales), de 18 mayo 2017. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-404>.

[...]

III. Aun cuando la Ley catalana no menciona expresamente el título competencial en que se ampara, ha de entenderse que su fundamento pretende encontrarse en el art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que reconoce a la Generalidad “la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el art. 149.1.8ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado”.

El mencionado precepto constitucional, por su parte, establece la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Se atribuye,

además, al Estado la regulación “en todo caso” de determinadas materias, entre las que se incluye la ordenación de los registros e instrumentos públicos.

Han sido varias las ocasiones en que el Tribunal Constitucional ha analizado el alcance y significado de este precepto y, en particular, el del inciso relativo a la “conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales” (así, Sentencias 121/1992, 182/1992, 88/1993, 156/1993 y 226/1993, entre otras), entendiendo que el término “desarrollo” permite a las comunidades autónomas regular “instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta, según los principios informadores peculiares del derecho foral”, sin que ello implique en ningún caso “una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo expuesto en el art. 149.1.8 de la Constitución”.

Esta doctrina fue confirmada por la Sentencia 31/2010, por la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Estatuto de Cataluña, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, en la que se reconoció la competencia de la Comunidad Autónoma no solo para conservar y modificar su derecho civil propio, sino también para desarrollarlo mediante nuevas normas y sobre materias también nuevas, siempre que exista una conexión directa entre las materias objeto de la anterior regulación y la nuevamente desarrollada.

Tal y como señala en su fundamento jurídico 76, el art. 149.1.8ª de la CE, además de atribuir al Estado una competencia exclusiva sobre la “legislación civil”, también “introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política” (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1), que no consiste en la “intangibilidad o suprallegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su conservación, modificación y desarrollo”, conceptos estos “que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables”.

Advierte la sentencia que la reserva al Estado “por el mismo art. 149.1.8, de determinadas regulaciones “en todo caso” sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista (...) como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél (...) la Constitución le atribuye ya la “legislación civil”, sin más posible excepción que la “conservación, modificación y desarrollo” autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del art. 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho” (FJ 1 de la STC 88/1993 citada).

Por otro lado, y en cuanto al concepto constitucional de “desarrollo del propio derecho civil, especial o foral”, el Tribunal Constitucional ha declarado que “debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil” establecida por el art. 149.1.8ª de la CE, de manera que “la Constitución permite, así, que los derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de “conservación” y “modificación”, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales”.

Ahora bien —y esto es esencial—, la STC 31/2010 precisa, reiterando el tenor de la STC 88/1993, que ese crecimiento no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues aunque no cabe duda de que la noción constitucional de “desarrollo” permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel derecho, ello no comporta el reconocimiento de una competencia ilimitada y disponible. Aunque la noción constitucional de “desarrollo” de los derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rigidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento, ello no comporta, “claro está (...) una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la dispo-

nibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar”.

Por lo que se refiere, en particular, a Cataluña, señala el FJ 76 de la STC 31/2010 que la competencia de la Comunidad Autónoma para la “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil catalán, prevista en el art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, no es una competencia omnimoda en el ámbito de la legislación civil, solo limitada en las materias atribuidas al Estado “en todo caso” por el propio art. 149.1.8ª de la Constitución, sino que, antes bien, la competencia exclusiva reservada al Estado por el art. 149.1.8ª de la CE en relación con la “legislación civil” lo es “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Ello implica que, respecto de tales “derechos civiles, forales o especiales”, determinadas comunidades autónomas pueden asumir en sus Estatutos de Autonomía competencias consistentes en su “conservación, modificación y desarrollo” y que tal asunción puede verificarse en términos de exclusividad.

Por ello, “la competencia exclusiva en materia de derecho civil” a que se refiere el art. 129 del EAC ha de entenderse ceñida estrictamente a esas funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil catalán que son “la medida y el límite primero de las competencias (...) atribuibles y ejercitables” por las comunidades autónomas en virtud del art. 149.1.8ª de la CE (STC 88/1993, FJ 1).

En definitiva, la Generalidad ostenta una competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil privativo de Cataluña en los términos antes expuestos y, por tanto, el existente en Cataluña al constituirse esta en comunidad autónoma, pudiendo, al amparo de la facultad de “desarrollo”, regular “instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral” (STC 88/1993, FJ 3).

A la vista de la jurisprudencia expuesta, es preciso analizar en qué medida la regulación establecida por la Ley catalana 3/2017 se encuentra amparada por la competencia de la Generalidad en materia de derecho civil.

IV. El primero de los preceptos que pretenden impugnarse es el art. 3, por el que se aprueban las secciones primera, segunda y tercera del capítulo I del título II del libro sexto del CCCat. Dicho capítulo tiene por objeto, según ha quedado expuesto, regular los “contratos con finalidad transmisora” y, dentro de ellos, el contrato de compraventa (sección primera, que comprende los arts. 621-1 a 621-55, organizados en diversas subsecciones), la permuta (sección segunda, integrada por los arts. 621-56 y 621-57) y la cesión de finca o aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura (sección tercera, en la que se incluyen los arts. 621-58 a 621-66), hasta ahora regulada en la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura.

La propuesta sostiene que la Generalidad de Cataluña carece de competencia para aprobar una regulación *ex novo* de los contratos de compraventa y permuta, por tratarse de figuras que nunca han contado en el Derecho civil catalán con una normativa general propia y que carecen de conexión directa con las instituciones forales tradicionales.

La existencia de dicha conexión directa con instituciones y normas anteriores es, según ha quedado expuesto, requisito indispensable para poder considerar que la regulación de una materia de derecho civil por parte de una comunidad autónoma se encuentra amparada en su competencia de “conservación, modificación y desarrollo” de su derecho foral.

La Ley 3/2017 no aporta en su preámbulo dato alguno a este respecto, más allá de la referencia a la existencia en la Compilación de derecho civil de Cataluña de 1960 de “disposiciones aisladas en materia de compraventa, particularmente relacionadas con la rescisión por lesión y la venta a carta de gracia”.

En efecto, la Compilación de 1960 regulaba la primera de estas figuras en los arts. 323 a 325, en los que se reconoce el derecho de los transmitentes de un bien inmueble a rescindir la transmisión cuando el precio o contraprestación sea inferior a la mitad del valor de mercado de dicho inmueble, y cuyo conte-

nido pasó después a los arts. 321 a 325 del texto refundido de la Compilación de derecho civil de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio.

Esta facultad se conoce como rescisión por lesión *ultra dimidium* (esto es, en más de la mitad) o *engany de mitges* y presenta unas características distintas a las de la rescisión por lesión regulada en el Código civil, al que, no obstante, remite –con ciertas limitaciones– el art. 324 del texto refundido de la Compilación catalana de 1984.

La acción rescisoria por lesión enorme tiene su precedente en el Rescripto de Diocleciano del año 285, de donde pasó a ser la famosa *Lex secunda* del Código justiniano (C. 4,44,2 y C. 4,44,8), alcanzando pleno desarrollo gracias a la doctrina de Tomás de Aquino sobre el precio justo. En los siglos medios y hasta la edad contemporánea fue una institución presente en la práctica totalidad de Europa, sin que España fuera una excepción. Así, esta institución se encontraba presente en el Fuero Real (3,10,5), en la Partida Quinta (5,5,55), en el Ordenamiento de Alcalá (título XVII, Ley única) e incluso en la Novísima Recopilación.

En el Código civil, la rescisión por lesión se admite únicamente en los supuestos de perjuicio a incapaces, tutelados y ausentes (arts. 1291 y siguientes), limitación esta que no aparece en la Compilación catalana, en la que el fundamento de la rescisión es puramente objetivo, sin que quede condicionada por la cualidad subjetiva del transmitente.

En el Derecho foral catalán, la regulación de esta acción de rescisión puede remontarse a las Costums de Tortosa (4,23,2), promulgadas en 1279, a pesar de lo cual no se recogió en la “Memoria acerca de las instituciones de Derecho civil de Cataluña”, redactada por Manuel Durán y Bas en 1883, ni en el “Proyecto de Apéndice del Código civil para Cataluña”, elaborado por la Academia de Derecho en 1896. Reaparece, aunque de modo limitado, en la “Memoria de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona”, correspondiente al año 1899, y es recogida, con diverso alcance, en el Anteproyecto de Apéndice Romaní– Trias de 1903, el Proyecto de Apéndice de Permanyer i Ayats de 1915 y el Proyecto de Apéndice de 1930. Con estos precedentes, de los que se hacen eco diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (así, las Sentencias de 20 diciembre 1990, 30 diciembre 2008 y 23 enero 2013), la Compilación de 1960 la incorporó con determinadas modificaciones, que quedaron expuestas y justificadas en el discurso de presentación parlamentaria. No ofrece dudas, pues, que se trata de una institución que cuenta con una larga tradición en el Derecho foral catalán.

Por lo que se refiere a la venta a carta de gracia o empenyament, su origen se encuentra en el pactum de retrovendo romano y puede definirse como un contrato en virtud del cual el vendedor se reserva el derecho de redimir o recuperar el objeto de la venta para readquirirlo por un precio determinado.

Con precedentes en la “Memoria acerca de las instituciones de Derecho civil de Cataluña” redactada por Manuel Durán y Bas en 1883, en el “Proyecto de Apéndice del Código civil para Cataluña” de la Academia del Derecho de Barcelona de 1896 y en el Proyecto de Romaní– Trias de 1903, así como en el de Permanyer y Ayats de 1915 y en el Proyecto de 1930, la Compilación de 1960 la reguló dentro del capítulo III del título I de su Libro IV, relativo a las obligaciones y contratos y a la prescripción, concretamente, en sus arts. 326 a 328, refiriéndose en su art. 329 a la tornería, una especialidad propia del Valle de Arán sometida a los privilegios, usos y costumbres propios de dicha comarca. De ahí pasó a los arts. 326 a 329 del texto refundido de la Compilación de derecho civil de Cataluña, que fueron derogados por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del CCCat, relativo a los derechos reales, cuyos arts. 568–21 a 568–26 se refieren a la tornería, quedando recogido el régimen de la venta a carta de gracia en los arts. 568–28 a 568–32.

En definitiva, tanto la rescisión por lesión como la venta a carta de gracia pueden considerarse instituciones que, dentro del régimen general del contrato de compraventa contenido en el Código Civil, se han configurado a lo largo del tiempo como especialidades propias del Derecho foral catalán. Ahora bien, la existencia de una regulación en Cataluña de estas especialidades propias de su derecho foral no puede erigirse en fundamento de un conjunto de normas que, de forma autónoma y novedosa, pretenden disciplinar el contrato de compraventa en su totalidad, apartándose deliberadamente del que hasta ahora ha constituido el régimen aplicable a este contrato, que no es otro que el contenido en los arts. 1445 y

siguientes del Código civil. En efecto, es esta la regulación tradicionalmente aplicada en Cataluña a los contratos de compraventa, que solo en lo relativo a la rescisión por lesión y a la venta a carta de gracia han contado con unas normas propias y específicas, distintas de las previstas en el Derecho común.

En efecto, la mera constatación de la existencia en el Derecho civil catalán de las especialidades señaladas no es suficiente para admitir que de tales disposiciones pueda inferirse una regulación general de la compraventa como la que se contiene en el art. 3 de la Ley 3/2017. Y ello porque, según ha quedado expuesto, el Derecho foral catalán se ha limitado tradicionalmente, y aun en los tiempos más recientes, a regular dos aspectos parciales y muy concretos del contrato de compraventa. Las disposiciones relativas a las referidas especialidades forales se han integrado tradicionalmente con las generales del Derecho común, que no pueden quedar ahora desplazadas por una regulación autonómica que carece de conexión con ese derecho singular que la Constitución ha querido garantizar.

En definitiva, no cabe apreciar entre las figuras tradicionales del Derecho foral catalán y el régimen del contrato de compraventa previsto en la Ley 3/2017 una conexión tal que permita entender que la regulación prevista en el art. 3 de esta se encuentre amparada en la competencia reconocida a la Comunidad Autónoma para la conservación, modificación o desarrollo del derecho civil foral existente en el momento de promulgarse la Constitución.

En consecuencia, debe concluirse que existen fundamentos jurídicos suficientes para la impugnación de los arts. 621-1 a 621-55 del CCCat, aprobados por el art. 3 de la Ley 3/2017.

Esta conclusión ha de hacerse extensiva a los arts. 621-56 y 621-57, relativos al concepto de permuta y al régimen jurídico por el que se rige, que es el que la norma catalana instituye para la compraventa. Y ello porque, al igual que en el caso de la compraventa, tampoco ha existido hasta la fecha en el derecho foral catalán una regulación propia de este contrato o de alguno de sus elementos que pueda servir de base sobre la que asentar un tratamiento específico que pueda conceptuarse como “desarrollo” de un derecho civil propio.

En efecto, la Compilación de 1960 únicamente alude a la permuta en sus arts. 307, 313 y 323, al regular, por un lado, la enfiteusis (concretamente, el cálculo del *laudemio* y la exclusión del derecho de *fadiga* cuando existe una permuta) y, por otro, la rescisión por lesión, que opera en la permuta del mismo modo que en la compraventa. Se trata, por tanto, de referencias aisladas en las que se recogen ciertas especialidades de las que no cabe abstraer un régimen general propio y distinto del previsto en el Código civil, cuyas normas han disciplinado el contrato de permuta en Cataluña desde su aprobación.

En coherencia con la conclusión alcanzada, ha de entenderse que la impugnación debe igualmente extenderse a la disposición transitoria primera del libro sexto del CCCat, aprobada por el art. 9 de la Ley 3/2017, al precisarse en ella el momento a partir del cual resultan aplicables las normas relativas a los contratos de compraventa y de permuta.

V. Las consideraciones anteriores no agotan el análisis de la problemática que, desde el punto de vista de su adecuación al orden constitucional de distribución de competencias, plantea el art. 3 de la Ley catalana 3/2017. Y es que este precepto, al establecer la normativa aplicable a la compraventa, incluye en el art. 621-2 una regla relativa a la compraventa de consumo, que queda definida como aquella en que el vendedor actúa en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, siendo el propósito del comprador ajeno a dicha actividad. A juicio de la propuesta, esta previsión no solo vulnera la competencia estatal en materia de legislación civil, sino que resulta contraria a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil.

Tal y como explica el preámbulo de la Ley, uno de los objetivos que pretende alcanzarse con la regulación de la compraventa es unificar el régimen aplicable a la compraventa general y a la de consumo, debiendo por ello interpretarse que las normas que integran la sección primera del capítulo I del título II del libro sexto del Código civil catalán resultan aplicables a una y otra modalidad. Ocurre, sin embargo, que la definición que la norma catalana ofrece de la compraventa de consumo la sitúa en el ámbito de los contratos con consumidores y usuarios, definidos en el art. 59 del texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, dictado al

amparo de las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, según declara la disposición final primera de la citada ley en su ap. 3.

En efecto, los referidos contratos se conceptúan en la legislación estatal como aquellos que se realizan entre un consumidor o usuario y un empresario (art. 59.1), debiendo regirse “en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos” (art. 59.2). Dentro de este tipo de contratos, los de venta se definen en el art. 59 bis como aquéllos en virtud de los cuales el empresario transmita o se comprometa a transmitir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el comprador pague o se comprometa a pagar su precio.

Tal y como señaló el Tribunal Constitucional en la Sentencia 157/2004, “la determinación de las relaciones contractuales propias de los diferentes tipos de ventas desarrolladas por los comerciantes se inscribe en el ámbito del art. 149.1.6 de la Constitución (...). No es, claro está, que a las normas autonómicas no les quepa disciplinar determinados tipos de venta o articular dispositivos preventivos o correctores de los eventuales abusos a que ciertos contratos pueden conducir. De lo que se trata es de que a través de tales normas no se produzca un *novum* en el contenido contractual o, en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas (STC 88/1986). Por último, aun cuando las normas autonómicas persigan, mediante el reforzamiento de las obligaciones del vendedor, la protección del consumidor y del usuario, la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se inserta dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida al Estado por los arts. 149.1.6 y 8 de la Constitución”.

A la luz de esta jurisprudencia resulta clara la falta de competencia de la Generalidad de Cataluña para sustraer el llamado contrato de compraventa de consumo al régimen que, de conformidad con la legislación estatal amparada en las competencias exclusivas de las reglas 6ª y 8ª del art. 149.1 de la Constitución, le corresponde. En consecuencia y sin perjuicio de la conclusión alcanzada en el apartado IV en relación con la regulación introducida en las secciones primera y segunda del capítulo I del título II del libro sexto, cabe también imputar a la regulación de la compraventa de consumo una infracción de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil.

VI. En segundo lugar, la impugnación se dirige frente al art. 4, por el que se aprueban las secciones segunda y tercera del capítulo II del título II del libro sexto del CCCat, capítulo que tiene por objeto los “contratos sobre actividad ajena”. Dentro de él, la nueva sección segunda versa sobre “el mandato” (arts. 622–21 a 622–39), mientras que la tercera regula la “gestión de asuntos ajenos sin mandato” (arts. 622–40 a 622–42).

La propuesta considera que estas normas exceden de la competencia autonómica en materia de derecho civil, por referirse a figuras que carecen de una conexión con instituciones precedentes suficiente como para legitimar su desarrollo por la Comunidad Autónoma.

La Compilación de 1960 no contiene referencia alguna a ninguna de ellas, sin que tampoco en este caso el preámbulo de la Ley catalana invoque precedente alguno que sirva de anclaje a la regulación, completa y novedosa, que de estas materias efectúa.

En su dictamen 1/2017, de 26 de enero, relativo al proyecto de ley del libro sexto del CCCat, el Consejo de Garantías Estatutarias afirma que el mandato participa de una naturaleza en parte similar a la de la *marmessoria* propia del derecho de sucesiones, por tratarse de instituciones basadas en una relación de confianza en cuyo marco se otorgan a una o varias personas las facultades necesarias para cumplir o hacer cumplir determinados encargos. De este modo, el dictamen sostiene que la *marmessoria* podría considerarse como un mandato post mortem en el que el *marmessor* actúa en nombre propio, pero en interés ajeno.

Esta figura no aparece regulada como tal en la Compilación de 1960, que sí contiene, no obstante, varias disposiciones relativas a los albaceas (concretamente, en los arts. 235 a 241) ubicadas en el capítulo X (“de los albaceas”) del título II (“de la sucesión testada”) del libro II (“de las sucesiones”). Con todo, la existencia de cierta similitud entre la labor de estos –que no es otra que la de hacer cumplir la última voluntad de un difunto y custodiar sus bienes hasta que se repartan entre los herederos– y la propia de un mandatario, a quien incumbe “prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o

encargo de otra” (art. 1709 Cc), no permite establecer entre ambas instituciones una conexión de tal naturaleza que la regulación del mandato pueda concebirse como desarrollo de la del albaceazgo.

En efecto, la existencia de un régimen foral aplicable a los albaceas no puede, bajo el argumento de una supuesta naturaleza común, servir de fundamento para regular *ex novo* un contrato como el mandato, que hasta ahora no ha sido objeto de atención por el Derecho civil catalán y que no guarda con aquel régimen conexión directa alguna.

Por lo que se refiere a la regulación de la gestión de asuntos ajenos, el dictamen antes mencionado, tras subrayar su conexión con el mandato, pone de manifiesto que existen algunas menciones a ella en preceptos concretos del CCCat, como son el art. 231–4.4, que, en relación con la gestión que uno de los cónyuges realiza en nombre del otro en el ámbito de la dirección familiar, declara aplicables las reglas de la gestión de negocios, y el art. 552–6.2, que lo hace respecto de las reglas de rendición de cuentas en las comunidades de bienes.

Ahora bien, dada la ausencia, hasta la fecha, de una regulación propia en la materia, esa remisión a las reglas relativas a la gestión de negocios ajenos debe entenderse hecha a las normas que se recogen en los arts. 1888 a 1894 del Código civil, sin que por ello mismo tal remisión pueda interpretarse como fundamento de una regulación propia hasta ahora inexistente. Tal fundamento tampoco puede encontrarse en otras instituciones típicas del Derecho civil catalán.

No se encuentra, en definitiva, institución alguna dentro del derecho foral catalán que posea con las figuras examinadas un vínculo tal que permita entender incluida su regulación dentro de la competencia de desarrollo de su derecho civil que a Cataluña corresponde, lo que en sí mismo constituye motivo suficiente para la impugnación del art. 4 de la Ley catalana 3/2017.

En todo caso, si se procede a tal impugnación, será en el marco de ese recurso en el que corresponderá a la representación de la Generalidad acreditar la necesaria conexión institucional.

VII. Desde otra perspectiva, se cuestiona también la constitucionalidad de la disposición final quinta del libro sexto del CCCat, introducida por el art. 9 de la Ley 3/2017, que contiene la modificación de algunos de los preceptos que integran el libro quinto del referido Código. La impugnación se dirige, en particular, frente a los apartados 7 a 11 de dicha disposición, que dan nueva redacción a los arts. 569–7.3, 569–8.3, 569–20 (letras c) y d) del apartado 4), 569–28 y 569–36 (apartados 1 y 2) del CCCat, respectivamente.

La propuesta pone de manifiesto que la regulación que en ellos se contiene afecta a materias respecto de las cuales el Estado ha aprobado su propia legislación al amparo del art. 149.1.8ª de la Constitución, razón por la cual entiende que deben ser impugnados.

En relación con esta afirmación, ha de advertirse que el mero hecho de que una materia esté regulada por el Estado no constituye *per se* fundamento para la impugnación de una norma autonómica que verse sobre esa misma materia. La confluencia de normativa estatal y normativa foral respecto de una misma cuestión no denota en sí misma vulneración alguna del orden constitucional de distribución de competencias, siendo incluso natural. Lo verdaderamente relevante a efectos de valorar la posible inconstitucionalidad del derecho foral es determinar si este se desenvuelve dentro o fuera del ámbito delimitado por el art. 149.1.8ª de la Constitución. Es, pues, este aspecto el que debe ser tomado en consideración como parámetro constitucional.

Pues bien, los tres primeros preceptos mencionados se incardinan dentro del capítulo IX (“los derechos reales de garantía”) del título VI (“derechos reales limitados”) del libro quinto del CCCat y, más concretamente, dentro de la sección relativa a las garantías posesorias. Una de ellas es el derecho de retención, regulado en los arts. 569–3 y siguientes del CCCat como derecho real de garantía autónomo.

En particular, el art. 569–7 recoge las reglas que han de seguirse para la “realización del valor del bien mueble retenido”, permitiendo a los retenedores enajenar el bien mediante subasta pública notarial, con sujeción a las previsiones contenidas en su ap. 3. En su letra d), este apartado establecía, antes de la modificación operada por la Ley 3/2017, que si en la subasta no se presentaba ninguna postura, debía procederse a una segunda subasta en un plazo de entre tres y quince días hábiles a contar de la primera.

Esta previsión desaparece en la nueva redacción dada por la disposición final quinta, a cuyo tenor “si en la subasta no se presenta ninguna puja, los retenedores pueden hacer suyo el bien”.

Paralelamente, el art. 569–8 regula la “realización del valor de la finca o del derecho retenidos”, estableciendo en su primer apartado que “los titulares de un derecho de retención inscrito en el Registro de la Propiedad pueden realizar el valor de la finca o del derecho retenidos por enajenación directa o subasta pública notarial, de acuerdo con las reglas establecidas por el presente artículo”. Entre tales reglas se incluía hasta la aprobación de la Ley 3/2017 la obligación de proceder a una segunda subasta en aquellos casos en que la primera hubiera resultado infructuosa, obligación que desaparece tras la modificación apuntada, permitiéndose a los retenedores hacer suyo el bien.

En términos similares se modifica el art. 569–20 en relación con la “realización del valor del bien empeñado”.

Así pues, la Ley 3/2017 se limita en los tres supuestos señalados a suprimir la figura de la segunda subasta notarial en el marco de una regulación del derecho de retención que, hasta la fecha, no ha sido cuestionada por el Estado. Se trata de una modificación sobre un aspecto concreto e instrumental del ejercicio de tal derecho que ha de entenderse amparada en la misma competencia que la que legitimó la regulación anterior a la Ley 3/2017 y que no interfiere en la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos, pues se desenvuelve en el concreto ámbito de la efectividad del referido derecho.

En relación con esta última afirmación, ha de recordarse el reconocimiento que, al interpretar el alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de registros e instrumentos públicos, ha hecho el Tribunal Constitucional de la competencia que las comunidades autónomas pueden ostentar en este ámbito “para legislar sobre institutos jurídicos integrados en su Derecho civil propio, o conexos con el mismo”, sin que la interpretación que de la competencia estatal se haga pueda “impedir toda ordenación autonómica sobre actos o negocios jurídicos con el solo argumento de que unos u otros pueden o deben formalizarse mediante instrumento público” (STC 4/2014 y las que cita).

En consecuencia, no cabe apreciar en este caso la existencia de fundamentos jurídicos suficientes para la impugnación pretendida.

Por lo que se refiere al art. 569–28, relativo a las “obligaciones garantizadas por una hipoteca y cesión del crédito hipotecario”, la Ley 3/2017 ha añadido un segundo apartado, que reza así:

“El titular de un crédito o préstamo hipotecario que transmite su derecho debe notificarlo fehacientemente al deudor y, si procede, al titular registral del bien hipotecado, como presupuesto para la legitimación del cesionario, indicando el precio convenido o el valor que se da al derecho y las condiciones esenciales de la cesión. La renuncia del deudor a la notificación en cualquier momento es nula”.

A través de esta previsión, la norma catalana impone al cesionario de un crédito hipotecario una obligación de notificación hasta ahora no regulada en el Derecho civil catalán y prevé la nulidad de la renuncia por parte del deudor a su correlativo derecho a que se le notifique dicha cesión.

Supuesta la competencia de la Generalidad de Cataluña para dictar una legislación propia en materia de derecho de hipoteca –legislación actualmente contenida en los arts. 569–27 y siguientes del CCCat–, resulta forzoso aceptar, de conformidad con la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del derecho foral, la posibilidad de ampliar dicha normativa mediante la regulación de nuevos derechos u obligaciones de las partes, pues es precisamente esta posibilidad de ampliación la que nutre de contenido a la previsión constitucional relativa al desarrollo de los derechos forales, en los términos ya analizados. Pues, en efecto, si tal competencia puede, como se ha visto, llegar a legitimar la regulación *ex novo* de una determinada institución atendiendo a su conexión directa con otras previamente incluidas en el derecho foral, con mayor razón servirá de fundamento a una norma que se limita a completar el régimen jurídico vigente, sin incidencia alguna en las competencias exclusivas del Estado.

A través del nuevo art. 569–28.2, la Ley 3/2017 actualiza el régimen jurídico de la hipoteca, imponiendo una determinada obligación a una de las partes en un supuesto concreto –el de la cesión de créditos hipotecarios–, obligación esta que no entra en conflicto, por razón de su contenido, con ninguna

norma estatal que, por encontrarse amparada en alguna competencia exclusiva, deba ser observada en todo el territorio del Estado.

En definitiva, no se aprecia en este punto vicio alguno de inconstitucionalidad que permita sustentar la impugnación pretendida.

Finalmente, la Ley 3/2017 modifica los apartados 1 y 2 del art. 569–36, que tiene por objeto la “hipoteca en garantía de pensiones compensatorias”, dándoles la siguiente redacción:

“1. Los cónyuges con derecho a percibir una prestación compensatoria en forma de pensión o una pensión alimentaria, en caso de nulidad del matrimonio, divorcio o separación legal, pueden exigir que se les garantice la percepción por medio de una hipoteca sobre los bienes de los cónyuges deudores. 2. Las condiciones de la hipoteca pueden establecerse de común acuerdo entre los cónyuges en el convenio regulador aprobado judicialmente u otorgado ante notario o en un convenio posterior. En defecto de pacto, a petición del cónyuge con derecho a pensión, la autoridad judicial que ha conocido del procedimiento puede fijar las condiciones mediante una resolución, dando audiencia a ambas partes”.

La modificación introducida en el primer apartado se limita a sustituir la expresión “separación judicial” por la de “separación legal”, mientras que la operada en el segundo apartado consiste en añadir el inciso “u otorgado ante notario”. Entiende la propuesta que estas novedades no pueden considerarse conservación, modificación ni desarrollo de la legislación foral catalana y resultan, por tanto, contrarias al art. 149.1.8ª de la Constitución.

El Consejo de Estado considera, sin embargo, que los referidos cambios no afectan en modo alguno a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil y que tienen por objeto, únicamente, adaptar una norma ya existente en el Derecho civil catalán al nuevo régimen de intervención notarial en los procesos de separación matrimonial introducido por la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, en los artículos 82 y siguientes del Código civil. Tal adaptación ha de entenderse incluida en la competencia de la Generalidad de conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral catalán, sin que de ella resulte una regulación que interfiera con la que el Estado ha aprobado en materia de convenio regulador formalizado ante notario.

De lo hasta aquí expuesto se desprende la inexistencia de fundamento jurídico suficiente para impugnar la disposición final quinta del libro sexto del CCCat. Ello determina que tampoco quepa apreciar motivo alguno en que sustentar la impugnación de la disposición transitoria séptima del referido libro sexto, al limitarse a precisar el régimen temporal de aplicación del nuevo art. 569–28.

Y, en mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que existen fundamentos jurídicos suficientes para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 3 y 4 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del CCCat, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, y contra la disposición transitoria primera de dicho libro sexto, introducida por el art. 9 de la referida ley.”

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS EXTRANJEROS

2017/Doc6.— Dictamen nº 803/2017 (Educación, Cultura y Deportes), de 28 septiembre 2017.
<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-803>.

[...]

Para alcanzar una conclusión al respecto, el Ministerio de Educación, previo estudio de las formaciones por el comité técnico correspondiente, concluyó, conforme permite el art. 17 del Real Decreto 285/2004, que podía accederse a la homologación siempre que la interesada superase en España una formación adicional, lo que hizo, y de ahí que se le entregara la credencial final de homologación del título. El art. 19 de esa misma norma establece concretamente que para decidir sobre este tipo de expedientes se considerará la correspondencia entre los niveles académicos requeridos para el acceso a los

estudios conducentes a la obtención del título extranjero y para el acceso al título español, la duración y carga horaria del periodo de formación necesario para la obtención del título extranjero cuya homologación se pretende, y la correspondencia entre los grados académicos del título extranjero y del título español al que se solicita la homologación.

El tema de si la conclusión alcanzada por el Ministerio fue o no correcta, es decir, sobre si se le debió exigir mayor formación adicional, o si no debió homologarse en modo alguno el título (debido a considerarse que hay grandes diferencias entre formaciones), no se presenta –al menos en este caso– en términos que permitan imputar al supuesto error en que a juicio del Colegio se incurrió en un caso de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, pues se trata de analizar un tema discutible, cual es precisamente el de la equivalencia de formaciones, sumando además en favor de la interesada la formación adicional que se le permitió cursar en España y que en efecto cursó y superó.

Lo adecuado habría sido, en el mejor de los casos, seguir la vía de lesividad como en los precedentes invocados, de modo que los tribunales se hubieran pronunciado al respecto, pero en este momento se ha superado con creces el plazo de cuatro años previsto al efecto por el art. 103 de la Ley 30/1992 (hoy en día, art. 107 de la Ley 39/2015).

En definitiva, al no apreciarse infracción generadora de nulidad de pleno derecho del acuerdo de homologación, procede denegar la revisión de oficio del mismo. Por ello, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que procede denegar la revisión de oficio solicitada por el Colegio Oficial de Ópticos–Optometristas de Andalucía.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

CONVENIOS Y MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO

2017/Doc7.– Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y el Ministerio Público de la Defensa de la República de Argentina, de 11 agosto y 9 septiembre 2016, renovado el 6 julio 2017. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Convenios/Todos-los-convenios/>.

2017/Doc8.– Memorando de entendimiento entre el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, de 11 octubre 2016, renovado el 5 octubre 2017. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Convenios/Todos-los-convenios/>.

2017/Doc9.– Memorando de entendimiento para la cooperación entre el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y el Conselho Superior da Magistratura de Portugal, de 20 octubre 2016, renovado el 5 octubre 2017. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Convenios/Todos-los-convenios/>.

2017/Doc10.— Memorando de entendimiento entre el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Supremo del Reino de España, y el Supremo Tribunal de Justicia de la República Portuguesa de 20 abril 2017. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Convenios/Todos-los-convenios/>.

INFORMES

2017/Doc11.— Informe jurídico sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, de 27 octubre 2016. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/>.

2017/Doc12.— Informe al anteproyecto de ley por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la orden europea de investigación, de 28 septiembre 2017. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/>.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO

2017/Doc13.— Memorando de entendimiento según Legislación Española Convenio según Legislación del Estado Plurinacional de Bolivia en materia de cooperación entre la Fiscalía General del Estado del Reino de España y la Fiscalía General del Estado Plurinacional de Bolivia, de 8 julio 2016. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/288_Memorando_FGE_FGE_Bolivia_cooperacion.pdf?idFile=496e14cc-129b-4cea-8d40-2ff1734b47b8.

2017/Doc14.— Memorando de entendimiento interinstitucional entre la Fiscalía General de la Nación de la República Oriental del Uruguay y la Fiscalía General del Estado de España, de 12 octubre 2016. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/292_Memorandum_entendimiento_institucional_fge_uruguay.pdf?idFile=65117cfc-228b-41c7-bbc7-cf5c15a99a20.

2017/Doc15.— Memorando interinstitucional entre el Ministerio Público de la República Argentina y la Fiscalía General del Reino de España, de 13 octubre 2016. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/293_Memorandum_entendimiento_institucional_fge_argentina.pdf?idFile=84a74427-7944-4fc8-a7ac-e692849d0609.

2017/Doc16.— Memorando de entendimiento interinstitucional entre la Fiscalía General de la República de Cuba y la Fiscalía General del Estado de España, de 17 octubre 2016. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/296_Memorandum_entendimiento_institucional_fge_cuba.pdf?idFile=d21c1e57-0a32-4582-a24e-fc43fbd02c08.

2017/Doc17.— Memorando de entendimiento entre la Fiscalía General del Estado del Reino de España y la Fiscalía General de la Nación de la República de Colombia, de 16 mayo 2017. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/300_Memorandum_entendimiento_fge_fge_Colombia.pdf?idFile=ba788c69-e752-4c97-8883-aca9b85d0169.

2017/Doc18.— Memorando de entendimiento en materia de cooperación entre la Fiscalía General de la República Árabe de Egipto y la Fiscalía General del Estado del Reino de España, de 21 septiembre 2017. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/304_Memorandum_entendimiento_fge_fge_Egipto.pdf?idFile=4f65bc4a-3796-466f-ae04-534e271c5e74.

MEMORIA 2017

2017/Doc19.— Memoria Elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don José Manuel Maza Martín, vol. I, Madrid, 2017, pp. 547–550.

[...]

4.8 Fiscal de extranjería y registro civil

4.8.1 Matrimonios fraudulentos: demandas de nulidad matrimonial Solo con una exhaustiva labor de investigación policial es posible promover con éxito la nulidad de los matrimonios contraídos artificialmente con el único propósito de lograr ventajas administrativas. El Fiscal de Ourense señala cómo los informes de Policía son más completos, que piden a los Registros Civiles la documentación presentada por el extranjero no comunitario para detectar falsedades y mejor identificar a la persona. Ello ha redundado en que se hayan aumentado los informes negativos a autorizar los matrimonios y también el número de desistimientos cuando se pedía a los promotores y a otros órganos en este expedientes de matrimonio civil determinados requisitos. Sobre ello insiste los FDE de La Rioja y Madrid, significadamente sobre la acreditación de la falta de convivencia conyugal y de conocimiento personal entre los contrayentes.

4.8.2 Nacionalidad

Como señala la Fiscalía de Madrid, los informes desfavorables para la adquisición de la nacionalidad española por residencia se han basado en la falta de adaptación a la vida y cultura española por el solicitante al desconocer el idioma español o por tener antecedentes penales en su país de origen.

En relación con la adquisición de la nacionalidad española por opción, la Fiscal del registro central informa que se ha intervenido en 2.920 expedientes de autorización previa para optar a favor de menores de catorce años, por lo que se mantiene en cifras semejantes al año 2015 que fueron 2.980.

La problemática que se plantea con esta forma de adquisición de la nacionalidad española se centra en la documentación procedente de determinados países (Costa de Marfil, Malí, Senegal, Ghana, entre los más frecuentes) que, en ocasiones, no ofrece suficiente garantía para acreditar los hechos que se han de inscribir en el Registro Civil español.

Así, en algunos casos se ha cancelado la inscripción de nacimiento y la opción por la nacionalidad española por haberse basado en un título ilegal, puesto que se había presentado un certificado de nacimiento del menor de un registro civil extranjero que fue anulado en el país de origen por resultar falso. En este sentido es significativo que por la Embajada de España en Costa de Marfil se haya informado que, por la situación política de este país, es frecuente el fraude documental y que, si bien los documentos son auténticos, los hechos a que se refieren son falsos.

Respecto de la declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción de aquellas personas nacidas en España y que no adquieren en el momento de su nacimiento la nacionalidad de sus padres, en el año 2016 los supuestos más frecuentes siguen correspondiendo a hijos de nacionales paraguayos, peruanos, colombianos, brasileños y cubanos.

Los problemas de valoración de los documentos aportados por el solicitante son una constante en los expedientes tramitados en el Registro Civil Central. Como expone la Fiscal de dicho Registro en los expedientes que se tramitan se mantiene el problema en relación con la autenticidad de la documentación que se presenta, puesto que en su mayor parte son documentos extranjeros de los que es difícil comprobar su veracidad.

Este año hay que destacar que aproximadamente en 100 expedientes, remitidos todos por el Registro Civil de Arona (Tenerife) se ha detectado falsedad en los documentos supuestamente expedidos por las autoridades de Senegal. Los expedientes corresponden a solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por opción y la inscripción del nacimiento en el Registro Civil español alegando ser hijos de ciudadanos nacionalizados españoles y de origen senegalés. Todos ellos se refieren a personas nacidas entre los años 1996 y 1998, pero empadronados en Arona entre febrero y abril de 2016, días antes de presentar su solicitud. En algunos casos son siete u ocho personas las que alegan ser hijos del mismo padre.

Expone la Fiscal del Registro Civil Central que en la tramitación del expediente se han practicado diligencias con la finalidad de comprobar la autenticidad de la documentación presentada, resultando que, según ha informado el Consulado General de Senegal en Madrid, los pasaportes senegaleses con los que se identificaban los solicitantes no habían sido expedidos por las autoridades de Senegal y que ninguno se correspondía con la identidad que figura en los mismos. Por tanto se han denegado todas las opciones por la nacionalidad española al no poderse acreditar la identidad de los solicitantes y por tanto su relación de filiación con un español.

A la vista del elevado número de expedientes y que se referían a hechos similares, por la Fiscalía de la Sección de Registro Civil se han mantenido dos reuniones con la Dirección General de la Policía, Subdirección General de Logística, División de Documentación, Sección Operativa de Seguridad Documental, resultando que desde febrero de 2016 está abierta una investigación policial en relación con casos semejantes, habiendo analizado hasta el momento 146 expedientes, conociendo de los hechos el Juzgado de Instrucción nº 4 de Arona, Diligencias Previas 662/16.

Por otra parte, en cuanto a la determinación de la nacionalidad española respecto de personas de origen saharauí se mantiene la misma situación. Se plantean dudas sobre la veracidad de los hechos a que se refieren los certificados expedidos por las autoridades de la República Árabe Saharaui Democrática.

También hay que tener en cuenta que la tramitación de estos expedientes se prolonga, incluso durante años, ya que los interesados en ocasiones ya no residen en España o cambian frecuentemente de domicilio sin comunicarlo al Registro Civil.

Asimismo, continúa el problema para la identificación de los interesados puesto que las menciones de identidad que figuran en los distintos documentos con los que se identifican son discrepantes en los nombres lugares y fechas de nacimiento, etc., y estas contradicciones no quedan solventadas por el certificado de concordancia de la República Árabe Saharaui Democrática al no ofrecer suficiente garantía.

4.8.3 Gestación por sustitución

Al igual que en años anteriores, continúa la problemática en las solicitudes de inscripción de nacimiento de menores nacidos mediante gestación por sustitución. En el Registro Civil Central se han tramitado 9 expedientes de inscripción de nacimiento, ocurridos en Rusia, Ucrania, México y EEUU, mediante la técnica de gestación por sustitución. El Fiscal, de acuerdo con la Fiscalía de Sala de lo Civil y siguiendo el criterio establecido en la STS de 6 febrero 2014 y Auto TS de 2 febrero 2015 (Pleno Sala Civil), se opone a la inscripción de nacimiento y filiación por estimar que el contrato de la gestación por sustitución es contrario al orden público internacional español, de acuerdo con lo establecido en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, que declara nulo este tipo de contrato. Se han interpuesto 2 recursos contra los Autos denegatorios. Por la Dirección General de los Registros y del Notariado no se han resuelto todavía los recursos interpuestos en años anteriores.

SECRETARÍA GENERAL DE INMIGRACIÓN Y EMIGRACIÓN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA A LA LUZ DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 39/2015 PACAP Y DE LA LEY 40/2015 RJSP

2017/Doc20.— Instrucción SGIE 1/2016 sobre el procedimiento administrativo y la organización territorial en materia de extranjería a la luz de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en la AGE y el Sector Público Institucional Estatal, de 30 septiembre 2016. http://extranjeros.empleo.gob.es/es/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2016/instruccion_SGIE_1_2016.pdf.

MINISTERIOS

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

2017/Doc21.— Orden ESS/1975/2016, de 27 de diciembre, por la que se prorroga la vigencia de la Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012. BOE 29.12.2016.

2017/Doc22.— Resolución de 28 diciembre 2016, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración por el que se canaliza la subvención nominativa prevista en los Presupuestos Generales del Estado de 2016 a la Ciudad de Ceuta para la mejora de la atención prestada en los centros de acogida de menores extranjeros no acompañados. BOE 20.1.2017.

.....

2017/Doc23.— Resolución de 28 diciembre 2016, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración por el que se canaliza la subvención nominativa prevista en los Presupuestos Generales del Estado de 2016 a la Ciudad de Melilla para la mejora de la atención prestada en los centros de acogida de menores extranjeros no acompañados. BOE 20.1.2017.

.....

2017/Doc24.— Resolución de 5 junio 2017, de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 junio 2017, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia temporal de menores y la estancia de los monitores, de origen saharauí, en España en el marco del Programa “Vacaciones en Paz 2017”. BOE 9.6.2017.

.....

NOTICIAS

CONFERENCIA DE LA HAYA DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

2016: ¿ALGO NUEVO EN LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO? *

Alegría BORRÁS **

I. Introducción

1. Al hacerse eco este *Anuario* en cada uno de sus volúmenes de los elementos más destacados de los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, obliga a examinar de forma particularmente detallada los resultados de la reunión del respectivo Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia, pues en él se abordan o se da cuenta de todas las cuestiones en las que trabaja o que preocupan a la Organización, así como la forma en que se abordan. Obviamente, ello conlleva también la referencia a las diversas reuniones que han tenido lugar a lo largo de los últimos tiempos o que se van a celebrar próximamente¹. Así, pues, en esta ocasión el eje se encontrará en el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia que tuvo lugar entre los días 15 a 17 de marzo de 2016. Ello implica la utilización del *Annual Report 2015/Rapport annuel 2015*² y de los documentos y conclusiones y recomendaciones de la reunión del Consejo. Una perspectiva española, tanto legislativa como jurisprudencial, es imprescindible en diversos puntos.

2. No es esta la primera ocasión en que se escoge un título con interrogantes en esta información sobre la Conferencia de La Haya³ y es que los últimos tiempos han sido complicados en el seno de la Organización, aunque, en el fondo, habría que decir que *nihil novum sub sole*, a lo que podría añadirse la frase de Miguel de Unamuno en un poema que se refiere al tema, diciendo que “tropezamos con el pasado al avanzar”⁴. La respuesta a la pregunta podría adivinarse a partir de estas consideraciones previas, pero llegar a ella y a su argumentación requiere otras explicaciones y puede ser objeto de diversas matizaciones.

II. Cuestiones generales de funcionamiento

3. La reunión del Consejo de los días 15 a 17 de marzo de 2016 ha sido la décima que celebra después de la entrada en vigor de las modificaciones del Estatuto de la Conferencia, que se produjo el 1º de enero de 2007 y que tuvo como consecuencia esencial la entrada de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea)

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado “La aplicación de los instrumentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado por los tribunales españoles: balance y perspectivas”, financiado por el Ministerio de Economía y competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, y con referencia DER2012-36920.

** Catedrática de Derecho internacional privado. Profesora Emérita de la Universidad de Barcelona

¹ Crónica de las diversas reuniones se encuentran en la *Revista Española de Derecho internacional*, en la Sección de Información y Documentación, hasta el nº 2 de 2015 y en la crónica anual en este *Anuario*, subrayando los datos más relevantes del último periodo y su valoración.

² Es esta la novena ocasión en que se prepara este *Report*, que se inició con el informe referente a las actividades a partir de 1º de enero de 2007, precisamente coincidiendo con la entrada en vigor del Estatuto de la Conferencia revisado.

³ Baste ver la última, A. Borrás, “¿Qué ha significado 2014 para la Conferencia de La Haya De Derecho internacional Privado?”, *AEDIPr*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 697 ss.

⁴ La frase latina se encuentra en el libro del Eclesiastés. El poema de Unamuno pertenece a su *Rosario de Sonetos líricos*.

como miembro de pleno derecho de la Conferencia, lo que está teniendo consecuencias en la vida ordinaria de la Organización y de este Consejo, como se ha puesto de relieve reiteradamente y que también ha de subrayarse en relación a esta ocasión. Con una amplísima participación de miembros⁵ y observadores, nuevamente presidió la reunión el Sr. Antti Leinonen (Finlandia). Habiendo abandonado sus funciones como Vicepresidenta la Sra. Yolande M. Dwarika (Sudáfrica), se eligió como Vicepresidente al Sr. Andrew Alter (Australia) que ocupará la presidencia a partir del Consejo de 2017, por terminar el mandato del actual presidente.

4. Algo tradicional en la primera parte de la reunión del Consejo es que el Secretario General, Dr. Ch. Bernasconi, dé cuenta de las actividades desarrolladas por la Conferencia desde la reunión anterior del Consejo y que pretendan demostrar la vitalidad de la Organización. Puede indicarse que en esta ocasión no había novedades relevantes, si se exceptúa la presentación de la nueva web, la aplicación de las nuevas reglas financieras y la relación de las publicaciones realizadas. Por lo demás, el trabajo de la Organización se muestra en los demás apartados del orden del día, a que se hace referencia a continuación.

También el Secretario General fue el que ofreció el homenaje que se rindió a los tres miembros presentes más antiguos representantes en la Conferencia, los Profs. Andreas Bucher, Fausto Pocar y la autora de esta crónica.

5. Como viene siendo habitual, durante la celebración del Consejo se procedió a la ceremonia del depósito de instrumentos de diversa naturaleza durante la jornada del 16 de marzo. En esta ocasión, se trata de los siguientes:

- Moldova se convierte en el miembro nº 81 de la Conferencia, siendo ya parte en 8 Convenios.
- Kajastán, que ya es parte en 6 Convenios, desea convertirse en miembro de la Conferencia y, a propuesta de Holanda, se abre el periodo de seis meses para que sea efectiva.
- Costa Rica presenta los instrumentos de adhesión a los Convenios de notificaciones de 1965, acceso a la justicia de 1980 y obtención de pruebas de 1970. Hasta la fecha, era parte en 3 Convenios.
- Filipinas se adhiere al Convenio de 1980 sobre sustracción de menores. Se recuerda que la aceptación de la adhesión por España debe esperar ahora a la existencia de una decisión al respecto de la Unión Europea. Hasta la fecha, Filipinas solamente era parte en el Convenio en materia de adopción de 1993.
- Vietnam se adhiere al Convenio en materia de notificaciones de 1965, convirtiéndose así en el 71º Estado parte en el mismo.

También diversos Estados informaron sobre próximas ratificaciones y, así, ya se ha producido la ratificación por Singapur del Convenio sobre acuerdos de elección de foro, tal como anunció.

En las conclusiones de la reunión se hace constar el apoyo del Consejo a la promoción del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro y de los Principios de La Haya de 2015. Asimismo, el Consejo⁶ anima a los Estados que no lo hayan hecho todavía a participar en el Convenio de 2000 sobre protección de adultos, un tema sobre el que se volverá más adelante en relación a España.

III. El gobierno de la Conferencia y cuestiones estratégicas y de organización

6. El nuevo Estatuto de la Conferencia de La Haya, en vigor desde enero de 2007, ha dado lugar a profundos cambios en el funcionamiento de la Conferencia, del Consejo y de la Oficina Permanente. De ahí que, como se ha indicado en diferentes ocasiones, se haya trabajado en esta materia desde 2010. En este caso, se han abordado diversas cuestiones a lo largo de la reunión.

⁵ La Conferencia de La Haya tiene actualmente 81 Miembros.

⁶ Conclusión 34.

1. El papel del Depositario y de la Oficina Permanente

7. Esta cuestión se ha abordado por primera vez y en su base se encuentra, entre otras, la reacción de España ante la adhesión de Kosovo al Convenio de La Haya en materia de apostilla y la aparición de la noticia en la web de la Organización. En esta perspectiva, los elementos esenciales del problema son que si Kosovo no es un Estado, el art. 12 del Convenio no es idóneo para solucionar la cuestión, solicitando por ello al depositario el rechazo de la adhesión y a la Conferencia suspender la adhesión y modificar la web. Se abrió así una discusión que confirmó las posturas mantenidas con anterioridad y la dificultad de alcanzar una solución por consenso que, además, podría conducir a una votación de dudoso resultado.

8. Desde la Presidencia, se hizo una propuesta que no resultó aceptable, pero que abrió paso a una intensa negociación, alcanzándose finalmente un acuerdo en el último momento y que se expresa en el apartado 4 de las Conclusiones y Recomendaciones y que dice:

“The Council took note of the different views expressed on the subject matter. It recalled the relevance of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties, in particular its Articles 76(2) and 77 on the functions of depositaries, and the provisions and requirements of the relevant Hague Convention. When, following the deposit of an instrument of ratification, approval, or accession, the Depositary subsequently receives an objection from a Contracting State, including based on the issue of statehood, the Depositary brings the matter to the attention of all Contracting States to the Convention concerned”.

Esta fue el contenido aceptado por los Estados contrarios a la incorporación de Kosovo y que podía ser aceptado por aquellos Estados que fueron más reticentes a la inclusión de cualquier texto, como Alemania o Francia. La inclusión de la palabra “requirements”, pretende manifestar que no es sólo lo que dicen las disposiciones del Convenio, sino las exigencias de carácter general. Evidentemente, se trata de un texto que a nadie puede dejar plenamente satisfecho, ni alcanza una solución al problema planteado, pero es lo más favorable que podía obtenerse en este contexto y servirá, sin duda, para que en otras ocasiones tanto el Depositario como el Secretario General sean más cuidadosos en su actividad. Debe indicarse que en la web de la Conferencia se incluye la lista de los Estados que han formulado una objeción a la adhesión de acuerdo con el art. 12 del Convenio y una relación también de aquellos que han formulado una declaración formal diferente (entre ellos, España), aunque no se incluya su texto, cuando normalmente se incluyen los textos de las declaraciones que los Estados formulan. Y, en este caso, se subraya el dato porque no sólo hay las declaraciones de España y otros Estados, sino que sería bueno que se hicieran públicas, por ejemplo, las declaraciones del depositario.

2. La presencia regional y universal de la Conferencia

9. En la reunión del Consejo de 2015 se había apoyado ya la consecución de la universalidad de la Organización, decidiéndose continuar la discusión sobre el tema. En esta ocasión⁷ se apoya esta tendencia, considerando que es básico en la actividad de la Organización, si bien algunos Estados, como Suiza, plantean dudas sobre el coste de la expansión y su efectividad. El Secretario General aclara que, en todo caso, no está prevista la apertura de nuevas Oficinas regionales.

10. La existencia de oficinas regionales en Buenos Aires y Hong Kong constituye un elemento importante en este ámbito⁸. En lo que se refiere a la Oficina para Latinoamérica, sita en Buenos Aires, el Sr. Ignacio Goicoechea, que desde hace años está al frente de la misma, da cuenta de algunas de las actividades y esfuerzos desarrollados, así como de la inauguración de los nuevos locales de dicha Oficina. Por lo que se refiere a la oficina regional en Hong Kong, el Prof. Anselmo Reyes, que se encuentra al frente de la misma, informa sobre el elevado número de actividades realizadas o previstas⁹. Siguiendo el acuerdo

⁷ Sobre la base del Documento preliminar nº 1.

⁸ Al respecto, Documento de información nº 1.

⁹ Así, entre los días 27 a 30 de junio de 2016 se ha celebrado en Tokio la *Asia Pacific Week 2016*.

adoptado el año anterior, se debía tomar en esta ocasión una decisión sobre su continuidad, ya que hasta ahora funcionaba de forma provisional. Vistos los resultados, se decide su continuación, subrayándose las implicaciones financieras, ya que a partir de 2017 pasará en parte al presupuesto ordinario.

3. Iniciativas de eficacia y gestión

11. Los graves problemas económicos de la Organización han llevado al Secretario General a preocuparse especialmente de esta cuestión. En este sentido ¹⁰, subrayó la novedad de las reglas relativas a la utilización de recursos en la Oficina Permanente, que suponen un indudable avance. Igualmente informó sobre las nuevas reglas financieras, que se aplican a partir de 1º de enero de 2016. En conjunto, se aprecia una mejora importante. También se informa de la situación de la venta del edificio de la Conferencia, que esperan podrá cerrarse en breve plazo.

12. Aunque las cuestiones financieras corresponde examinarlas al Consejo de representantes diplomáticos, se informó sobre las mismas al Consejo de Asuntos Generales y Política, estando prevista una reunión del *Standing Committee* antes de la reunión de los representantes diplomáticos. En esta ocasión, se subrayó particularmente que el presupuesto ordinario aumentará menos. En cuanto al presupuesto complementario, se presentó el documento de información nº 5.

IV. Trabajos para la elaboración de posibles nuevos instrumentos

13. Como en reuniones anteriores, el punto esencial de la reunión del Consejo es tomar decisiones sobre los trabajos futuros de la Conferencia. En este sentido, se ha seguido la misma tónica que el año pasado, estableciendo un orden de prioridades para acelerar los trabajos en aquellas que se consideren más factibles y deseables. Cuestión diferente es el acierto que haya podido tenerse. La referencia a las diferentes materias se hace por el orden de prioridad y es el que también se sigue en las conclusiones de la reunión y no el orden en que fueron tratados los temas. Se dejan para el apartado VI las cuestiones relativas a Convenios ya existentes.

1. El proyecto sobre sentencias (Judgments Project)

14. Se trata de un tema conflictivo y, como se ha dicho reiteradamente ¹¹, la continuación del proyecto es prematura, pues se dedicaron mucho tiempo y esfuerzo que no fructificaron en momento relativamente reciente, desde 1992 a 2002, quedando como resultado únicamente el Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro y relanzándose después el proyecto sobre ejecución de sentencias. No obstante, ahora es el tema que aparece con la máxima prioridad. En este caso debe decirse que, tras la reunión del Consejo de 2013, se decidió suspender la actividad del Grupo de expertos que se tenía que encargar de la elaboración de reglas de competencia directa, incluyendo normas en materia de litispendencia (*parallel proceedings*), entendiendo que sólo procedería continuar cuando hubieran avanzado los trabajos del Grupo de trabajo, que se ocupa de preparar disposiciones en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, incluyendo lo que se denominan *jurisdictional filters* (o reglas de competencia judicial internacional indirectas).

15. La actividad del Grupo de trabajo durante 2015 había sido bastante amplia y productiva. En efecto, en este periodo fue relevante la reunión del Grupo de trabajo, del que forma parte el Prof. F.J. Garcimartín, de noviembre de 2015, que avanzó lo suficiente para llevar al Consejo a dar mayor impulso al proyecto ¹². En efecto, se refieren al tema las conclusiones 11 a 14 de la reunión del Consejo, subrayando que se trata de un “*priority topic*” y dando luz verde a la convocatoria de una primera reunión de la Comisión

¹⁰ Sobre la base del documento de información nº 3.

¹¹ En particular, A. Borrás, “El *Judgments Project* de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Lecciones del pasado y desafíos para el futuro” *AEDIPr*, Tomo XII, 2013, pp. 921 ss.

¹² Al respecto, documentos preliminares 7A y 7B a la atención del Consejo.

Especial para la preparación del Convenio. Esta Comisión Especial se reunió entre los días 1 a 9 de junio de 2016 y una segunda reunión tendrá lugar entre los días 16 a 24 de febrero de 2017, con la intención de que se reúna la Sesión diplomática para la aprobación del Convenio en noviembre de 2017. Fueron elegidos co –relatores del Convenio los Profs. F.J. Garcimartín (España) y G. Saumier (Canadá) y presidente del Comité de redacción el Prof. F. Pocar (Italia), que había sido uno de los relatores del fracasado primer intento de Convenio. No puede dejarse de señalar la importancia que en la elaboración de este Convenio tiene la presencia de la Unión Europea y la coordinación de sus miembros, que pueden servir de impulso al nuevo instrumento, pero que también dan lugar a diferentes problemas, sobre todo en determinadas materias, como en materia de propiedad industrial e intelectual, o en protección de consumidores y trabajadores, entre otros.

16. Merece subrayarse que el texto¹³ se limita al reconocimiento y ejecución de sentencias, incluyendo los mencionados *jurisdictional filters*. La segunda reunión de la Comisión Especial será particularmente importante pues, hasta su celebración, habrá tiempo para el estudio de los temas pendientes y de aquellos en que las dudas se mantienen, sin olvidar las reuniones que la Unión Europea celebre en Bruselas. Uno de los temas esenciales es la determinación del ámbito material del Convenio y las materias excluidas (art. 2 del borrador), teniendo en cuenta tanto la existencia de otros instrumentos como las particularidades o dificultades de determinadas cuestiones. Quizás el tema de mayor dificultad se refiere a los filtros jurisdiccionales (*jurisdictional filters*), ya que, tras establecerse que la regla general es el reconocimiento y ejecución de las sentencias de acuerdo con el Convenio (art. 4), en el art. 5 se incluyen los filtros jurisdiccionales, que incluye una larga lista de supuestos en que las sentencias no se reconocen. A pesar de ser larga, es todavía muy discutida y constituye, sin duda, uno de los temas esenciales en el Convenio, tanto por las materias a que se refiere como por las condiciones requeridas.

De acuerdo con lo decidido en el Consejo, los aspectos relativos a las reglas de competencia directa, sólo serán abordados por el Grupo de expertos cuando la Comisión Especial haya terminado la redacción del borrador de Convenio, es decir, cuando realmente se haya visto la viabilidad de este texto.

2. Cuestiones de Derecho internacional privado relativas al estatuto de los niños, incluidas las cuestiones que surgen como consecuencia de los contratos internacionales de maternidad por sustitución (Surrogacy Project)

17. Se trata de un tema muy sensible que depende de cada país y de sus tradiciones culturales y religiosas, lo que produce una gran división en las opiniones al respecto, como ya se había visto en ocasiones anteriores. En la reunión del Consejo, la novedad radicó en que, de acuerdo con el mandato recibido en el año anterior, se había reunido por primera vez entre los días 15 a 18 de febrero de 2016 el Grupo de Expertos, del que forma parte la Prof. Cristina González Beilfuss, que presentó su informe al Consejo¹⁴. Debe indicarse que la Unión Europea carece de competencia en la materia, por lo que son los Estados miembros los que manifiestan su opinión, que abarca todo el arco de posibilidades, desde el apoyo manifiesto (como Alemania, el Reino Unido o Irlanda) a la oposición (como Francia, Polonia o la República Checa), pasando por posiciones más matizadas, como la de España.

18. La valoración del trabajo realizado en la reunión del Grupo de expertos es positiva, por lo que se acuerda que se celebre una segunda reunión que debería tener lugar pronto aunque por el momento no se haya precisado fecha, para que pueda presentarse un informe al Consejo en 2017. En cuanto al contenido de los trabajos, se entiende que, por el momento, deben limitarse a las cuestiones relativas al reconocimiento, dejando para más adelante otras cuestiones.

¹³ Que, como todos los de la Conferencia, puede ser consultado en su página web. En ese caso, se trata del documento “2016 Preliminary Draft Convention”, en el apartado dedicado al proyecto *Judgments*.

¹⁴ Documento Preliminar nº 3.

3. Reconocimiento y ejecución de acuerdos alcanzados durante litigios en materia de familia que afecten a niños

19. La segunda reunión del Grupo de Expertos en la materia, del que forma parte la Prof. C. González Beilfuss, tuvo lugar entre los días 2 a 4 de noviembre de 2016¹⁵. Se trata de un tema necesario y que trataría de encontrar las vías que pueden tener tales acuerdos en el marco de los Convenios de La Haya de 1980 en materia de sustracción de menores, de 1996 en materia de protección de niños y de 2007 en materia de alimentos. Por el momento, no se veía posibilidad de elaborar un instrumento obligatorio, por lo que la decisión fue preparar un instrumento no obligatorio (en los términos de la conclusión nº 17, *a non binding "navigation tool"*). El acuerdo fue que esta tarea la abordaría la Oficina Permanente, consultando a los miembros del Grupo de Expertos, que podría reunirse en caso necesario, para elaborar una nota y elevar un informe al Consejo de 2017. Esta cuestión, pues, no tiene ya la misma prioridad que los temas anteriores en las conclusiones del Consejo. Con posterioridad, la Oficina Permanente ha informado que no hay recursos disponibles para realizar este trabajo, que únicamente podrá empezar a principios de 2017, con la intención de convocar al Grupo de Expertos en junio de 2017 y presentar su informe al Consejo de 2018, el cual, a la vista de los trabajos sobre la *"navigation tool"*, podrá decidir sobre el desarrollo de un instrumento obligatorio. Debe añadirse que la Unión Europea está de acuerdo en la elaboración de esta *"navigation tool"*, pero aún no puede apoyar la elaboración de un instrumento obligatorio.

4. Cohabitación fuera del matrimonio

20. Aunque el tema se mantiene en el orden del día, su carácter sensible llevó a dejarlo en el orden del día sin prioridad, habiéndose encargado en 2015 a la Oficina Permanente la preparación de un informe para 2017. En la reunión del Consejo de 2016, se ha limitado a informar sobre la preparación de dicho texto.

5. Cooperación en materia de protección de los turistas y visitantes extranjeros.

21. Se trata de un tema propuesto por Brasil y que siempre ha sido recibido con reticencias. En 2015 se acordó que podrían emprenderse trabajos en la Oficina Permanente si Brasil financiaba el pago de un experto, cuya contratación controlaría la Oficina Permanente. No habiéndose producido la aportación de tales fondos, no se han podido realizar tales estudios. Brasil reitera su ofrecimiento para 2016, comprometiéndose en tal caso la Oficina Permanente a informar al Consejo de 2017. Las reticencias sobre el tema se mantienen y se reflejan en la conclusión nº 19, en el sentido de examinar los temas que entran dentro del campo de actuación de la Conferencia de La Haya y los trabajos que en la materia se realizan en otros foros.

6. Reconocimiento y ejecución de medidas civiles de protección ordenadas en el extranjero

22. Este tema no se encuentra entre las prioridades. Además, en la Unión Europea se aplica el Reglamento 606/2013, de 12 de junio, sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil¹⁶, desde 11 de enero de 2015 y, por tanto, todavía no hay experiencia suficiente en la materia. La Oficina Permanente sólo realiza un breve informe oral y, si hay recursos, se compromete a continuar labores preliminares de información y presentar una breve nota al Consejo de 2017. Se ve claramente que, aunque los trabajos sean mínimos, no se desea abandonar este tema.

¹⁵ Cuyos resultados se presentaron al Consejo en el Documento Preliminar nº 5.

¹⁶ DO L 181 de 29.6.2013.

7. Cooperación con otras Organizaciones internacionales

23. Tradicionalmente, algunas Organizaciones, particularmente UNCITRAL y UNIDROIT informan al Consejo sobre las actividades que tienen relación con las de la Conferencia de La Haya. En esta ocasión, se ha ido más allá y se han realizados dos propuestas conjuntas:

1) Propuesta conjunta de las Secretarías de UNCITRAL, UNIDROIT y la Conferencia de La Haya para preparar un texto explicativo en el área del derecho contractual comercial internacional (con especial atención a las ventas), aclarándose que significará un gasto mínimo para la Conferencia. Presentarán un informe sobre los avances al Consejo de 2017.

2) Propuesta de la Organización Mundial de propiedad intelectual (WIPO) para preparar, juntamente con la Oficina Permanente, un texto que aborde los temas en que se produce la intersección entre Derecho internacional privado y Derecho de la propiedad intelectual. Al igual que en el caso anterior, deberá significar un gasto mínimo para la Conferencia y se presentará un informe sobre los avances al Consejo de 2017.

V. Servicios y actividades post-convencionales

24. Como una de las características de la Conferencia de La Haya en los últimos tiempos puede señalarse la importancia dada al seguimiento (*monitoring*) de los Convenios y, en particular, de aquellos que comportan cooperación de autoridades. Actitud que se desea mantener de cara al futuro, como muestra la amplia referencia hecha al tema en las conclusiones. Las actividades previstas se agrupan en este informe en torno a los dos grandes bloques, cooperación procesal y protección de niños.

1. Los Convenios sobre cooperación procesal

A) Utilización de video-conferencia y otras modernas tecnologías en la obtención de pruebas en el extranjero

25. En 2014 se acordó que la Oficina Permanente estudiaría la cuestión relativa a la utilización de las nuevas tecnologías en la obtención de pruebas en el extranjero. La reunión del Grupo de Expertos tuvo lugar los días 2 a 4 de diciembre de 2015 y en ella participó A. Borrás¹⁷. En dicha reunión se decidió no preparar texto de carácter obligatorio, razón por la que, pese en las conclusiones aparece este tema en los nuevos textos, se considera más adecuado incluirlo en este apartado.

El Consejo aprueba la propuesta del Grupo en el sentido de que se constituya un subgrupo que prepare esencialmente una Guía de buenas prácticas, considerando también la posibilidad de otros instrumentos de *soft law* o de normas modelo, todo lo cual se presentará al Grupo de Expertos. Será la Oficina Permanente quien informará al Consejo de 2017 sobre los avances producidos.

B) Apostilla

26. Habiéndose celebrado la última Comisión especial específica sobre el Convenio de 1961 en materia de apostilla entre los días 6 a 9 de noviembre de 2012¹⁸, está prevista la celebración de una nueva Comisión especial, que tendrá lugar los días 2 a 4 de noviembre de 2016, celebrándose el día anterior el 10º foro internacional sobre apostilla electrónica. La amplia aceptación de este Convenio¹⁹ y la aportación que significa la apostilla electrónica, hace que se cuide particularmente su aplicación.

¹⁷ Las conclusiones se presentaron en el documento preliminar nº 9.

¹⁸ Sobre la misma, A. Borrás, "Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1961 sobre supresión de la legalización (6 a 9 de noviembre de 2012)", *REDI*, 2013.1, pp. 290 ss.

¹⁹ Actualmente, 112 Estados parte.

C) Guías prácticas

27. Siguiendo la técnica ya utilizada anteriormente, el Consejo acoge favorablemente la publicación de las nuevas ediciones actualizadas de las guías prácticas a los Convenios de 1965 en materia de notificaciones y de 1970 en materia de obtención de pruebas. Este tipo de instrumentos no obligatorios son, en general, bien recibidos por los operadores, aunque en reiteradas ocasiones se han manifestado las dudas que ofrecen la proliferación de este tipo de instrumentos y las exigencias para su aprobación.

2. Los Convenios relativos a la protección de niños

28. La correcta aplicación de los Convenios relativos a la protección de los niños es objeto de especial atención, teniendo en cuenta el interés superior del niño y la necesidad del correcto funcionamiento de las Autoridades centrales para que tales Convenios resulten realmente eficaces. Se hará, por tanto, mención de la situación en relación a los Convenios de sustracción internacional de menores de 1980, de protección de niños de 1996 y de adopción internacional de 1993. En lo que se refiere al Convenio en materia de alimentos de 2007, simplemente se ha hecho referencia a la necesidad de continuar la elaboración de formularios.

A) Los Convenios sobre sustracción de menores de 1980 y sobre protección de niños de 1996

29. Siguiendo el ritmo habitual de convocatoria de Comisiones Especiales sobre la aplicación del Convenio sobre sustracción de menores, al que se sumó más recientemente el Convenio de 1996 sobre protección de menores, se acuerda que, en principio, una nueva Comisión Especial se reunirá en octubre de 2017. Se recuerda que la reunión anterior tuvo lugar en dos sesiones, distribuidas entre junio de 2011 y enero de 2012 ²⁰.

30. En lo que se refiere al Convenio sobre sustracción de menores, en 2012 se decidió constituir un grupo de trabajo encargado de elaborar una guía de buenas prácticas sobre la interpretación del art. 13, 1, b) del Convenio de 1980, del que forma parte el Sr. J. Forcada, tras la reunión en Londres los días 11-12 de julio de 2016, la Oficina Permanente informará de los resultados al Consejo en 2017.

31. Un tema vinculado al anterior es el denominado “Proceso de Malta”, que pretende establecer un diálogo con Estados influidos por la *Sharia* y que no han accedido al Convenio de 1980, con los inconvenientes que de ello derivan cuando un niño es desplazado a uno de esos países. El Sr. J. Forcada participa habitualmente en estos trabajos. En este caso, debe señalarse que la 4ª reunión del “Proceso de Malta” (denominado “Malta IV”) tuvo lugar en La Valletta los días 2 a 5 de mayo de 2016, reiterando los principios de las reuniones anteriores y subrayando que los Convenios de La Haya deben ponerse, en este contexto, en relación con el Convenio sobre los derechos del niño. Además, teniendo en cuenta la utilidad que puede tener en este contexto la utilización de la mediación, aunque no sea suficiente, se insta al Grupo de trabajo para que continúe sus trabajos, en particular, sobre el establecimiento de puntos centrales de contacto.

B) El Convenio en materia de adopción internacional de 1993

32. En lo que se refiere al Convenio de 1993 en materia de adopción internacional, se señala la importancia de la reunión de la Comisión Especial sobre su aplicación, que tuvo lugar entre los días 8 a 12 de

²⁰ A. Borrás, “Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños, 2ª parte (25 a 31 de enero de 2012)”, *REDI*, 2012.2, pp. 308 ss.

junio de 2015²¹. En este caso, se insta a que la Oficina Permanente continúe su trabajo, de acuerdo con las pautas que se contienen en las conclusiones de dicha Comisión Especial²² y que se refieren, especialmente, a la prevención de prácticas ilícitas, las consecuencias de la globalización, la utilización de formularios y el apoyo a los Estados que quieren ser parte en este Convenio. Una importancia particular se otorga a la cuestión del examen relativo a los padres adoptivos, teniendo en cuenta los aspectos relativos a los costes, debiéndose tratar de desarrollar un estudio global sobre estas materias.

33. Es en esta materia donde más se destaca la importancia de la asistencia técnica, poniéndose de relieve que la falta de financiación haría imposible la continuación del puesto de coordinador del programa de asistencia técnica en materia de adopción. Se trata, pues, de asegurar la financiación que asegure la continuidad del Programa de Asistencia Técnica en materia de adopción internacional ("ICATAP").

3. Asistencia técnica

34. Una parte importante de la actividad de la Oficina Permanente se dedica a prestar servicios de asistencia técnica a Estados, miembros de la Conferencia y no miembros de la misma, que la necesitan para la implementación de los Convenios. Esta ocasión²³ se limita el Consejo a congratularse de lo conseguido por la Oficina Permanente en lo que se refiere a educación, formación y asistencia técnica.

VI. Cuestiones de particular interés para España

1. El uso del español

35. En el marco de la mundialización de la Conferencia, deben destacarse los esfuerzos realizados para la utilización del español como lengua de trabajo en las reuniones y en la documentación, destacando la contribución de España a este fin. En reiteradas ocasiones se ha hecho referencia a la importancia de incrementar el uso del español en la Conferencia de La Haya, a los trabajos realizados al respecto, en particular por J.D. González Campos y la que suscribe, y a la importancia de la ayuda de España al respecto, que ha permitido dar pasos importantes, entre otros, la puesta en marcha de la página web en español, como se dio cuenta en su momento. En este caso, debe señalarse que en el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia no ha habido interpretación al español. La situación económica hace imposible pensar en estos momentos en realizar aportaciones como las que se han hecho en años anteriores, pero debe tomarse en consideración que el corte en este tipo de ayudas significará un retroceso del español en la Organización, perdiendo así lo que se ha ganado con tanto esfuerzo y en tanto tiempo. La continuidad es fundamental. Sólo cabe esperar que los países de América Latina tomen mayor conciencia del problema y participen activamente en la promoción del español.

38. En esta ocasión, durante la pausa de mediodía del 15 de marzo se ha celebrado una reunión de los representantes de los países hispanoparlantes con la Prof. Marta Pertegás, el Sr. Ignacio Goicoechea, la Sra. Laura Martínez-Mora y la Sra. Mayela Celis, miembros hispanoparlantes de la Oficina Permanente, para tratar de la difícil situación del español en estos momentos. Las cuestiones abordadas expresamente fueron dos: a) La financiación de la interpretación al español en la Comisión Especial del mes de junio sobre el proyecto de sentencias y en la Comisión Especial sobre el Convenio de apostilla de noviembre. Finalmente, ambas han sido posibles. b) La necesidad de abordar la situación con carácter general fue nuevamente motivo de atención, sin que se concretaran las acciones que pudieran emprenderse. Lo único que surge nuevamente es la cuestión relativa a incrementar en una cantidad determinada la cuota que pagan los Estados para cubrir los gastos de interpretación. España, como viene siendo habitual, se opone

²¹ A. Borrás, "Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional (8 a 12 de junio de 2015)", *REDI*, 2015.2, pp. 275 ss.

²² Contenidas en el Documento Preliminar nº 4º.

²³ Conclusión 40.

a que la contribución se estableciera, en su caso, siguiendo los parámetros de la cuota fija a la Organización.

2. La posición de España en relación a determinados Convenios de La Haya

39. A lo largo de la reunión del Consejo se hizo referencia a determinados Convenios preparados en el seno de la Conferencia de La Haya y corresponde ahora señalar cual es la situación de España en relación a cada uno de ellos. Como ya se ha indicado, en las conclusiones de la reunión se hace constar el apoyo del Consejo a la promoción del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro y de los Principios de La Haya de 2005. Asimismo, el Consejo ²⁴ anima a los Estados que no lo hayan hecho todavía a participar en el Convenio de 2000 sobre protección de adultos.

Aplicándose ya en España el Convenio de 2005, por ser competencia de la Unión Europea, España debería considerar la posibilidad de firmar y ratificar el Convenio de 2000 en materia de protección de adultos. Merece destacarse la importancia que la Unión Europea otorga a este Convenio y que, en la actualidad, son parte en el mismo Alemania, Austria, Estonia, Finlandia, Francia, Mónaco, Reino Unido (sólo para Escocia), República Checa y Suiza. Además, ha sido firmado pero aún no ratificado por Chipre, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Polonia. Es previsible y deseable que todos los Estados miembros de la Unión ratifiquen este Convenio dando así seguimiento a la resolución del Parlamento europeo nº 2123 de 2008²⁵.

En nuestro caso, la realidad social muestra que un número muy considerable de nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea se trasladan a España tras llegar a su jubilación, donde adquieren una vivienda y residen bien de forma permanente o durante la mayor parte del año. Ello ha dado lugar a un incremento de los problemas relativos a las personas mayores, antes o con posterioridad a su fallecimiento e, incluso, a la presencia en ciertas regiones, como las Islas Baleares o Canarias, de Letrados extranjeros, ingleses o alemanes especialmente, para resolver tales problemas. Este dato social es determinante para destacar la conveniencia de firmar y ratificar el Convenio de La Haya de 2000, pues baste reparar, de un lado, en que su art. 5 atribuye competencia a las autoridades del Estado de la residencia para adoptar medidas de protección de las personas y bienes del adulto, sin perjuicio de las previsiones particulares de los arts. 7 y 8. Y, de otro lado, permite al Estado donde están situados los bienes que adopte medidas de protección en relación con éstos. De suerte que ambos criterios convergen en las autoridades españolas en atención a la residencia o a los bienes de dichas personas en España, determinándose, además, que aquellas aplicarán su propia ley, esto es, la española (art. 13.1º).

La conveniencia de la firma y ratificación del Convenio de La Haya de 2000 sobre protección de adultos fue ya señalada en una nota de 2002 dirigida a la entonces Ministra de Asuntos Exteriores por Julio D. González Campos y Alegría Borrás. A partir de esa fecha se ha reiterado varias veces el interés de convertirse en parte en dicho Convenio. La razón para no hacerlo ha sido esencialmente por entender que el Convenio de La Haya podría interferir con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, que España ratificó. Esta afirmación carece de fundamento, puesto que esta Convención constituye esencialmente un texto de protección de derechos humanos, que en nada interfiere con el contenido del Convenio de La Haya que se acaba de señalar. A tal efecto debe añadirse que consultado por la Conferencia el correspondiente Departamento de Naciones Unidas (*Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development*), la respuesta de 18 de julio de 2011 fue que no hay interferencia alguna. Al respecto cabe señalar que Estados como Austria o la República Checa ya son parte de ambos Convenios, lo que demuestra su compatibilidad y complementariedad.

Finalmente, debe añadirse que sería un buen momento para incorporarse a este Convenio cuando se está preparando una modificación de la legislación española para adaptarla al Convenio de 2006.

²⁴ Conclusión 34.

²⁵ Puede verse en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0638+0+DOC+XML+V0//ES> que, a iniciativa del entonces miembro español del Parlamento Europeo Antonio López-Istúriz White, insta a la ratificación del Convenio.

40. Asimismo, se reitera que España debería también ser parte del Convenio de 1985 sobre ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento. Se reitera lo dicho en ocasiones anteriores, ya que son muchos los problemas que plantean determinados efectos de los *trusts* constituidos en el extranjero en España, que se verían simplificados con la aplicación del Convenio. El hecho de que nuestra legislación no conozca, como otros Estados pertenecientes a la familia jurídica de Derecho civil, la institución del *trust* constituye la primera razón para impulsar la adhesión al Convenio. Este Convenio ha querido ser un “puente” entre los dos grupos de familias jurídicas, el *common law* y los sistemas de Derecho civil, y, por incluir reglas precisas sobre el Derecho aplicable al *trust* y su reconocimiento, a quien más beneficia es precisamente a los Estados cuyos ordenamientos, por desconocer el *trust*, carecen lógicamente de normas de Derecho internacional privado en esta materia. A ello puede añadirse que diversos instrumentos de la Unión Europea, aplicables por tanto en España, se aplican expresamente al *trust*.

A estos argumentos debe añadirse que no constituye un problema la utilización de los términos *trust* y *trustee*²⁶, como ha pretendido hacerse valer para propiciar una traducción de los mismos, cuando, en realidad, cualquier traducción a un término jurídico de Derecho civil está modificando la institución del *trust* y, como ya se ha indicado, diversos instrumentos en vigor en España ya utilizan esta terminología. Puede añadirse que en la versión francesa del Convenio²⁷ se utilizan estos términos e igualmente en las traducciones al italiano al alemán o al holandés. La doctrina española utiliza sin excepción los términos *trust* y *trustee*, en el mismo sentido que lo hace la doctrina de otros países de Derecho civil. Estos términos, indicando las dificultades que la institución implica, se encuentran en el Manual de J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo y en diversos trabajos monográficos²⁸.

41. De ambos Convenios existe versión española unificada. No están traducidos al español los informes explicativos, redactados respectivamente por el Prof. P. Lagarde y el Prof. A.E. Von Overbeck.

VII. Consideraciones finales

42. Como se ha indicado antes, en 2015 el Consejo decidió dar prioridad a dos temas, el proyecto sobre sentencias y la maternidad subrogada precisamente con la intención de alcanzar resultados en alguno de ellos de forma más fácil que si se intenta avanzar simultáneamente en diversos temas. Piénsese que fue en 2007 cuando se aprobó el último Convenio, en materia de alimentos²⁹. No obstante, la elección de los temas prioritarios produce serias dudas y en ningún caso por falta de interés, sino de viabilidad. En el primer caso, ya se ha indicado reiteradamente que es aún reciente el fracaso de un Convenio más ambicioso en la materia, sin que las circunstancias se hayan modificado por lo que habrá que ver lo que ocurre en la Comisión especial de febrero de 2017, donde es de esperar que los Estados (y en particular, algunos

²⁶ Al igual que de los demás Convenios elaborados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado se dispone de una versión española del Convenio de 1985, en A. Borrás – J.D. González Campos, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951–1957)*, 2ª ed., revisada y puesta al día, Madrid (Ed. Marcial Pons), 2008, en la que se utilizan los términos *trust* y *trustee*, La misma versión se encuentra en la página web de la Conferencia (<http://www.hcch.net>).

²⁷ Recuérdese que el francés es una de las lenguas oficiales de la Conferencia de La Haya.

²⁸ J.C. Fernández Rozas – S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Madrid, 2016, pp. 696 ss y 719 ss. En los estudios monográficos sobre el tema, M.A. Asín, “La ley aplicable al *trust* en el sistema de Derecho internacional privado español”, *Revista General de Derecho*, nº 547, 1990, pp. 2089 ss; M. Checa, *El “trust” angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998; C. González Beilfuss, *El Trust. La institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, 1997; C. González Beilfuss, “Los Convenios de Bruselas y Lugano y el *trust*: propuestas de modificación”, *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española* (A. Borrás, ed.), Madrid, 1998, pp. 301 ss; N. Ubertazzi, “El *trust* en el Derecho internacional privado italiano y español”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 199–219; M. Virgós, *El trust y el Derecho español*, Madrid, 2006.

²⁹ Dejando al margen los la aprobación de los Principios de La Haya en materia de elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales.

de ellos) y la Unión Europea tengan suficientemente claro el tema para ver si se llega a un Convenio y en qué términos. En el segundo caso, por tratarse de una materia muy delicada y que, por tal razón puede conducir al fracaso, como ha ocurrido con el tema de las parejas de hecho y parejas registradas. En relación a otros temas para el futuro, ya se ha indicado la situación de los trabajos futuros de la Organización. No puede ocultarse, además, el papel importante que desempeña en todas estas materias la Unión Europea. En la práctica, pues, gran parte del trabajo y el presupuesto de la Organización se dedica al funcionamiento de los Convenios existentes.

Si empezaba diciendo que no hay nada nuevo bajo el sol, creo que ha quedado mostrado que así es a lo largo de esta breve nota.

UNIÓN EUROPEA

LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2016- MAYO 2017

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ *

El presente trabajo tiene por objeto informar sobre las actividades desarrolladas por la Comisión Europea en materias relacionadas con el Derecho internacional privado durante el periodo comprendido entre mayo 2016 y mayo 2017. En este tiempo la labor desarrollada por la Comisión ha sido muy abundante y entre sus actividades hay que destacar tres informes: el Trigésimo tercer informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho de la UE. Informe anual de 2015¹, el Informe anual 2015 sobre subsidiariedad y proporcionalidad² (vigésimo tercer informe anual de la Comisión) donde analiza el modo en que las instituciones y los órganos de la Unión Europea han aplicado estos dos principios en 2015 y cómo ha evolucionado la práctica en comparación con años anteriores y el Informe anual de 2015 sobre las relaciones entre la Comisión Europea y los Parlamentos nacionales³. Por otra parte, en julio de 2016 cada uno de los departamentos de la Comisión Europea publicó su plan estratégico para el periodo 2016-2020⁴.

Finalmente, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Programa de trabajo anual de la Unión sobre normalización europea para 2017⁵ y, como cada año, a finales de 2016 su Programa de Trabajo para 2017, Realizar una Europa que proteja, capacite y vele por la seguridad, en una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones⁶, en el que exponía las iniciativas clave que se comprometía a presentar durante el año 2017.

1. Espacio de libertad, seguridad y justicia

A lo largo de este tiempo, la Comisión ha desarrollado una gran actividad en este ámbito que se ha visto reflejada en la adopción de numerosos actos jurídicos preparatorios a través de propuestas de reglamentos, directivas, decisiones y comunicaciones.

Una de las prioridades de la Comisión en esta materia ha sido la mejora de la eficacia de los sistemas judiciales nacionales por considerar que, a la hora de aplicar el Derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales nacionales actúan como órganos jurisdiccionales de la UE y garantizan que los derechos y obligaciones previstos en el Derecho de la Unión se apliquen de manera efectiva. Con este objetivo presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Cuadro de indicadores de la Justicia en la UE para 2017⁷.

* Profesor titular acreditado de Derecho internacional privado. Universidad de Alicante-

¹ Doc. COM (2016) 463 final, de 15 de julio.

² Doc. COM (2016) 469 final, de 15 de julio.

³ Doc. COM (2016) 471 final, de 15 de julio.

⁴ https://ec.europa.eu/info/publications/strategic-plans-2016-2020_en.

⁵ Doc. COM (2016) 0357 final, de 1 de junio, acompañada del documento de trabajo SWD (2016) 185 final.

⁶ Doc. COM (2016) 710 final de 25 de octubre.

⁷ Doc. COM (2017) 0167 final, de 10 de abril.

1.1. Cooperación judicial en materia civil

La adhesión de ciertos países al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores aún no había sido aceptada por algunos Estados de la Unión por lo que la Comisión presentó tres propuestas de Decisión del Consejo: la primera, por la que se autoriza a la República de Austria y a Rumania a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Perú al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁸; la segunda, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Kazajistán al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁹; la tercera, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de la República de Corea al Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores¹⁰.

Precisamente, en materia de sustracción internacional de menores, la Comisión presentó una propuesta de refundición del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)¹¹.

1.2. Cooperación judicial en materia penal

La estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea tiene como objetivo establecer una mayor cooperación entre los Estados miembros. Con la finalidad de contribuir a la misma, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Reforzar el sistema de ciberresiliencia de Europa y promover una industria de la ciberseguridad competitiva e innovadora”¹².

Del mismo modo, en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal y la lucha contra el blanqueo de capitales cabe destacar dos propuestas de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo: la primera, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso¹³, que tiene por objetivo prevenir y combatir la delincuencia mediante el decomiso de los bienes procedentes de actividades delictivas; la segunda, relativa a los controles de la entrada o salida de efectivo de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1889/2005¹⁴ que armoniza el Reglamento relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo con las normas y las buenas prácticas internacionales destinadas a combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Así como sendas propuestas de Directiva del Parlamento Europeo y al Consejo: la primera, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica la Directiva 2009/101/CE¹⁵; la segunda, sobre la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal¹⁶.

⁸ Doc. COM (2016) 0367 final - 2016/0168 (NLE), de 7 de junio.

⁹ Doc. COM (2016) 0368 final - 2016/0169 (NLE), de 7 de junio.

¹⁰ Doc. COM (2016) 0372 final - 2016/0173 (NLE), de 7 de junio.

¹¹ Doc. COM (2016) 411 final, de 30 de junio, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2016) 207 final y SWD (2016) 208 final.

¹² Doc. COM (2016) 0410 final, de 5 de julio.

¹³ Doc. COM (2016) 0819 final - 2016/0412 (COD), de 21 de diciembre, acompañado de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 468 final y SWD (2016) 469 final.

¹⁴ Doc. COM (2016) 0825 final - 2016/0413 (COD), de 21 de diciembre, acompañado de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 470 final y SWD (2016) 471 final.

¹⁵ Doc. COM (2016) 0450 final - 2016/0208 (COD), de 5 de julio, acompañado de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 223 final y SWD (2016) 224 final.

¹⁶ Doc. COM (2016) 0826 final - 2016/0414 (COD), de 21 de diciembre.

1.3. Política de visados y cruce de fronteras exteriores

En materia de visados y, en concreto, en relación a la situación de no reciprocidad con terceros países cabe destacar dos Comunicaciones de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: la primera, denominada Estado de la cuestión y posibles maneras de avanzar por lo que se refiere a la situación de no reciprocidad con algunos terceros países en el ámbito de la política de visados (Seguimiento de la Comunicación de 12 de abril)¹⁷; la segunda, por la que se define la postura de la Comisión a raíz de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 marzo 2017, sobre las obligaciones de la Comisión en el ámbito de la reciprocidad de visado y por la que se informa de los progresos realizados¹⁸.

Por otra parte, la prevención de la migración irregular y la garantía de la seguridad interior pasan por gestionar de forma eficaz las fronteras exteriores del espacio Schengen. Con este objetivo, la Comisión presentó cuatro Propuestas de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo: una por la que se crea un Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV) y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/794 y (UE) 2016/1624¹⁹, otra, sobre la utilización del Sistema de Información de Schengen para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular²⁰, la tercera, referente al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de las inspecciones fronterizas, que modifica el Reglamento (UE) n° 515/2014 y que deroga el Reglamento (CE) n° 1987/2006²¹ y, finalmente, la relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 515/2014 y se deroga el Reglamento (CE) n° 1986/2006, la Decisión 2007/533/JAI del Consejo, y la Decisión 2010/261/UE de la Comisión²².

Estas iniciativas se completan con tres Propuestas de decisión de ejecución del Consejo: la primera de ellas por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen²³; la segunda denominada *“setting out a Recommendation for prolonging temporary internal border control in exceptional circumstances putting the overall functioning of the Schengen area at risk”*²⁴; la tercera, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen²⁵.

1.4. Asilo, refugio e inmigración

En este apartado, cabe citar en primer lugar la Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, Migración en la ruta del Mediterráneo Central Gestionar los flujos, salvar vidas en el mar²⁶.

Dos aspectos relacionados con la inmigración y que plantean problemas importantes han sido objeto de análisis y estudio por parte de la Comisión. Se trata del fraude en los documentos de viaje que representa un problema cada vez más importante vinculado al terrorismo, la delincuencia organizada y el tráfico ilícito de inmigrantes. Por este motivo la Comisión considera que se hace necesario trazar un plan de acción que afronte este problema y presentó una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan

¹⁷ Doc. COM (2016) 0816 final, de 21 de diciembre.

¹⁸ Doc. COM (2017) 0227 final, de 2 de mayo.

¹⁹ Doc. COM (2016) 0731 final - 2016/0357 (COD), de 16 de noviembre.

²⁰ Doc. COM (2016) 0881 final - 2016/0407 (COD), de 21 de diciembre.

²¹ Doc. COM (2016) 0882 final - 2016/0408 (COD), de 21 de diciembre.

²² Doc. COM (2016) 0883 final - 2016/0409 (COD), de 21 de diciembre.

²³ Doc. COM (2016) 0711 final - 2016/0347 (NLE), de 25 de octubre.

²⁴ Doc. COM (2017) 040 final - 2017/014 (NLE), de 25 de enero.

²⁵ Doc. COM (2017) 0226 final - 2017/095 (NLE), de 2 de mayo.

²⁶ JOIN (2017) 04 final, de 25 de enero.

de acción para reforzar la respuesta europea contra la falsificación de los documentos de viaje²⁷. El otro problema relacionado con la inmigración se refiere al grado de sofisticación que están alcanzando las falsificaciones de los permisos de residencia tal y como han denunciado los Estados miembros. Esta circunstancia ha llevado a la Comisión a presentar una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n° 1030/2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países²⁸. Se pretende así adoptar un modelo que garantice un alto grado de seguridad en esta materia.

En relación a la entrada de nacionales de terceros países, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación²⁹ y respecto al tema de la integración de los nacionales de terceros Estados que se desplacen hasta el territorio de la Unión Europea, una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países³⁰. Además, con el fin de crear un marco más estructurado, armonizado y permanente para el reasentamiento en toda la Unión, la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Marco de Reasentamiento de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) n° 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo³¹.

En el capítulo relativo a la protección, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido)³² y una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE³³, tratando de fijar de este modo un auténtico procedimiento común en materia de protección internacional que sea eficiente, justo y equilibrado. A su vez, la protección de los menores migrantes fue objeto de una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, Protección de los menores migrantes³⁴.

Por lo que respecta a los apátridas, la Comisión presentó otra Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración³⁵. En fin, la Comisión también presentó una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a una política de retorno más eficaz en la Unión Europea – Un plan de acción renovado³⁶.

1.5. Libre circulación de personas y ciudadanía de la Unión

Destacan en este epígrafe dos informes presentados por la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: el denominado Fortaleciendo los derechos de los ciudadanos en una Unión de cambio democrático Informe sobre la ciudadanía de la

²⁷ Doc. COM (2016) 0790 final, de 8 de diciembre.

²⁸ Doc. COM (2016) 0434 final - 2016/0198 (COD), de 30 de junio.

²⁹ Doc. COM (2016) 0378 final - 2016/0176 (COD), de 7 de junio, acompañada de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 193 final y SWD (2016) 194 final.

³⁰ Doc. COM (2016) 0377 final, de 7 de junio.

³¹ Doc. COM (2016) 0468 final - 2016/0225 (COD), de 13 de julio.

³² Doc. COM (2016) 0465 final - 2016/0222 (COD), de 13 de julio.

³³ Doc. COM (2016) 0467 final - 2016/0224 (COD), de 13 de julio.

³⁴ Doc. COM (2017) 0211 final, de 12 de abril.

³⁵ Doc. COM (2016) 0466 final - 2016/0223 (COD), de 13 de julio.

³⁶ Doc. COM (2017) 0200 final, de 2 de marzo.

UE 2017³⁷ que recoge las principales iniciativas emprendidas desde 2014 para promover y reforzar la ciudadanía europea y presenta propuestas concretas para lograr las prioridades fundamentales en el ámbito de la promoción, la protección y el fortalecimiento de los derechos de la ciudadanía de la Unión; y el elaborado en aplicación del artículo 25 TFUE, Sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión 2013-2016³⁸, donde se hace un repaso de las disposiciones que figuran en la segunda parte del TFUE sobre la ciudadanía de la Unión, la no discriminación, la libre circulación y la residencia en el territorio de los Estados miembros, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y las elecciones municipales en el Estado miembro de residencia, el derecho a la protección consular, el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y el derecho a presentar reclamaciones ante el Defensor del Pueblo.

Junto a ellos, un tercer informe dirigido al Consejo y al Parlamento Europeo, Informe de evaluación a posteriori del programa Derechos fundamentales y ciudadanía (2007-2013), en cumplimiento del mandato establecido en la Decisión por la que se establece el programa “Derechos fundamentales y ciudadanía”³⁹.

Respecto a la educación superior y la movilidad de estudiantes, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una agenda renovada de la UE para la educación superior⁴⁰.

2. Mercado interior

Con carácter general, hay que citar dos Comunicaciones de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: la primera de ellas, relativa a las Normas europeas para el siglo XXI⁴¹, que contribuyen a la integración del mercado único y garantizan la creación de empleo, el crecimiento global de la economía de la Unión; la segunda, denominada Plan de Acción para el refuerzo de SOLVIT: hacer llegar los beneficios del mercado único a los ciudadanos y las empresas⁴². Asimismo, tres Propuestas de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, una sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE⁴³, con la que se pretende contribuir al buen funcionamiento del mercado interior, previniendo la discriminación basada, directa o indirectamente, en la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento de los clientes. Las otras dos relacionadas con el acceso a los datos y a la información: la primera, por la que se establece una pasarela digital única que permita a los ciudadanos y a las empresas un acceso fácil a la información completa y de calidad, la asistencia eficaz y la resolución de problemas relacionados con las normas de la Unión aplicables a los ciudadanos y las empresas que ejercen sus derechos en el ámbito de la Unión, “*Proposal of Regulation on establishing a single digital gateway to provide information, procedures, assistance and problem solving services and amending Regulation (EU) N° 1024/2012*”⁴⁴; la segunda, por la que se establecen las condiciones y el procedimiento que permiten a la Comisión solicitar a las empresas y a las asociaciones de empresas que le proporcionen información acerca del mercado interior y otros ámbitos relacionados⁴⁵.

³⁷ Doc. COM (2017) 030 final, de 24 de enero.

³⁸ Doc. COM (2017) 032 final, de 24 de enero.

³⁹ Doc. COM (2017) 069 final, de 13 de febrero.

⁴⁰ Doc. COM (2017) 247 final, de 30 de mayo, acompañado del documento de trabajo SWD (2017) 164 final.

⁴¹ Doc. COM (2016) 0358 final, de 1 de junio, acompañado del documento de trabajo SWD (2016) 186 final.

⁴² Doc. COM (2017) 0255 final, de 2 de mayo, acompañado del documento de trabajo SWD (2017) 210 final.

⁴³ Doc. COM (2016) 289 final, de 25 de mayo, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2016) 173 final y SWD (2016) 174 final.

⁴⁴ Doc. COM (2017) 0256 final - 2017/086 (COD), de 2 de mayo, acompañada de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2017) 211 final, SWD (2017) 212 final, SWD (2017) 213 final y SWD (2017) 214 final.

⁴⁵ Doc. COM (2017) 0257 final - 2017/087 (COD), de 2 de mayo, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2017) 215 final, SWD (2017) 216 final y SWD (2017) 217 final.

2.1. Libre circulación de mercancías y Unión aduanera

En relación a la libre circulación mercancías, la Comisión adoptó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la definición, presentación y etiquetado de las bebidas espirituosas, la utilización de los nombres de las bebidas espirituosas en la presentación y etiquetado de otros productos alimenticios y la protección de las indicaciones geográficas de las bebidas espirituosas⁴⁶, así como sendos informes al Parlamento Europeo y al Consejo, el primero de ellos sobre la aplicación del Reglamento (UE) n° 98/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la comercialización y la utilización de precursores de explosivos, y sobre la delegación de poderes en virtud del mismo⁴⁷ y, el segundo, relativo al etiquetado obligatorio de la lista de ingredientes y la declaración nutricional de las bebidas alcohólicas⁴⁸.

Por lo que se refiere a la Unión aduanera, hay que mencionar la Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen derechos de aduana adicionales sobre las importaciones de determinados productos originarios de los Estados Unidos de América (versión codificada)⁴⁹ y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) n° 952/2013 por el que se establece el código aduanero de la Unión, en lo que se refiere a las mercancías que hayan abandonado temporalmente el territorio aduanero de la Unión por vía aérea o marítima⁵⁰.

2.2. Movilidad laboral y profesional

La movilidad laboral y profesional se verá reforzada en la medida en que la recuperación económica se vea reflejada en el mercado único para el empleo y el crecimiento. Con esta convicción, la Comisión presentó al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones la Comunicación Realización del mercado único en el empleo, el crecimiento y la inversión⁵¹.

Ahora bien, la libre circulación de personas y la movilidad laboral y profesional no sería posible si no estuvieran protegidos los derechos en materia de seguridad social de los europeos que ejercen la movilidad y de los miembros de sus familias. Para contribuir a este objetivo, la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n° 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004 (Texto pertinente a efectos del EEE y para Suiza)⁵².

Por otra parte, con la finalidad de establecer unos requisitos mínimos comunes para la conciliación de la vida familiar y la vida profesional que propicien la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades del mercado laboral y el trato en el trabajo, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo⁵³, así como una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores⁵⁴.

⁴⁶ Doc. COM (2016) 0750 final - 2016/0392 (COD), de 1 de diciembre.

⁴⁷ Doc. COM (2017) 0103 final, de 28 de febrero.

⁴⁸ Doc. COM (2017) 58 final, de 13 de marzo.

⁴⁹ Doc. COM (2016) 0408 final - 2014/0175 (COD), de 23 de junio.

⁵⁰ Doc. COM (2016) 0477 final - 2016/0229 (COD), de 19 de julio.

⁵¹ Doc. COM (2016) 0361 final, de 1 de junio.

⁵² Doc. COM (2016) 0815 final - 2016/0397 (COD), de 13 de diciembre, acompañado de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 460 final y SWD (2016) 461 final.

⁵³ Doc. COM (2017) 0253 final - 2017/085 (COD), de 26 de abril, acompañada de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2017) 202 final y SWD (2017) 203 final.

⁵⁴ Doc. COM (2017) 0252 final, de 26 de abril.

2.3. Libre prestación de servicios

Como ya es habitual, en esta materia la Comisión ha desarrollado una amplia actividad durante este periodo. Con carácter general y en relación a los servicios en el mercado interior hay que destacar un paquete de medidas tendentes a modernizar el actual procedimiento de notificación en virtud de la Directiva de servicios, destacando la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la aplicación efectiva de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, por la que se establece un procedimiento de notificación para los regímenes de autorización y los requisitos relacionados con los servicios, y por la que se modifican la Directiva 2006/123/CE y el Reglamento (UE) n° 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior⁵⁵.

Igualmente, con la finalidad de reducir la complejidad administrativa para los prestadores de servicios que quieren ampliar sus actividades en otros Estados miembros, presentó sendas propuestas de Directiva y de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo: la Propuesta de Directiva relativa al marco jurídico y operativo de la tarjeta electrónica europea de servicios introducida por el Reglamento ... [Reglamento relativo a la tarjeta electrónica europea de servicios]⁵⁶; la Propuesta de Reglamento por el que se introduce una tarjeta electrónica europea de servicios y los mecanismos administrativos conexos⁵⁷.

La regulación de las profesiones y servicios profesionales fue objeto de una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a las recomendaciones para la reforma de la regulación de los servicios profesionales⁵⁸, en la que planteaba orientaciones para los Estados miembros sobre la necesidad de reforma de los servicios profesionales y, junto a ella, de una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones⁵⁹, que recoge las normas relativas a un marco común para la elaboración de evaluaciones de proporcionalidad antes de introducir nuevas disposiciones legislativas, normativas o administrativas que restrinjan el acceso a las profesiones reguladas o su ejercicio, o de modificar las disposiciones existentes, con vistas a garantizar el buen funcionamiento del mercado interior.

A pesar de la gran armonización lograda en los últimos años, resulta evidente que el mercado único de servicios financieros sigue aún fragmentado. Los beneficios de un mercado único de servicios financieros minoristas más integrado facilitará el acceso a los servicios financieros en otros Estados miembros y aumentará las posibilidades de elección a los clientes que se beneficiarán de mejores precios y calidad de los servicios. En este sentido, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Banco Central Europeo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, Plan de acción de servicios financieros destinados a los consumidores: mejores productos y una oferta más variada⁶⁰ donde se abordan todas estas cuestiones.

Por lo que respecta a los mercados de capitales, la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de capitales a través de las fronteras reforzará la unión económica y ayudará a amortiguar las perturbaciones económicas en la zona del euro y fuera de ella. Con el fin de contribuir a este objetivo en el entorno actual, la Comisión presentó durante este periodo dos propuestas de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo. En primer lugar, resulta evidente que en un mercado de capitales de dimensión mundial, la armonización de las normas de información financiera y de auditoría a nivel mundial es esencial para el

⁵⁵ Doc. COM (2016) 0821 final - 2016/0398 (COD), de 10 de enero, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2016) 434 final y SWD (2016) 435 final.

⁵⁶ Doc. COM (2016) 0823 final - 2016/0402 (COD), de 10 de enero, acompañado de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 437 final y SWD (2016) 438 final.

⁵⁷ Doc. COM (2016) 0824 final - 2016/0403 (COD), de 10 de enero, acompañado de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 439 final y SWD (2016) 442 final.

⁵⁸ Doc. COM (2016) 0820 final, de 10 de enero, acompañado del documento de trabajo SWD (2016) 436 final.

⁵⁹ Doc. COM (2016) 0822 final - 2016/0404 (COD), de 10 de enero, acompañada de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 462 final y SWD (2016) 463 final.

⁶⁰ Doc. COM (2017) 0139 final, de 23 de marzo.

buen funcionamiento de los mercados de capitales y la realización de un mercado integrado de servicios financieros en la UE por lo que la Comisión presentó la Propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 258/2014 por el que se instituye un programa de la Unión destinado a respaldar determinadas actividades en el ámbito de la información financiera y la auditoría durante el período 2014-20⁶¹. En segundo lugar, la Propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 345/2013, sobre los fondos de capital riesgo europeos, y el Reglamento (UE) n° 346/2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos⁶², propuesta que se enmarca dentro del contexto general del trabajo realizado para desbloquear la inversión en empresas en crecimiento y de emprendimiento.

Así como dos Comunicaciones: la primera de ellas dirigida al Parlamento Europeo, el Consejo, el Banco Central Europeo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, Capital Unión de los mercados de capitales: acelerar la reforma⁶³; la segunda, al Parlamento Europeo, el Consejo y el Banco Central Europeo, *“Responding to challenges for critical financial market infrastructures and further developing the Capital Markets Union”*⁶⁴.

En fin, en el ámbito de los servicios financieros de valores cabe mencionar la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 en lo relativo a la obligación de compensación, la suspensión de la obligación de compensación, los requisitos de notificación, las técnicas de reducción del riesgo en los contratos de derivados extrabursátiles no compensados por una entidad de contrapartida central, la inscripción y la supervisión de los registros de operaciones y los requisitos aplicables a los registros de operaciones⁶⁵, Reglamento que fue adoptado como consecuencia de la crisis financiera en el año 2012 para afrontar las carencias observadas en el funcionamiento de los mercados de derivados extrabursátiles.

En relación a las entidades financieras, varias iniciativas merecen ser reseñadas, en concreto, tres Propuestas de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo. Así, en relación al marco regulador de los servicios financieros y las reformas que ha ido introduciendo la Unión Europea para mejorar la resiliencia de las entidades financieras de la UE, la Propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 575/2013 en lo que se refiere al ratio de apalancamiento, el ratio de financiación estable neta, los requisitos de fondos propios y pasivos admisibles, el riesgo de crédito de contraparte, el riesgo de mercado, las exposiciones a entidades de contrapartida central, las exposiciones a organismos de inversión colectiva, las grandes exposiciones y los requisitos de presentación y divulgación de información y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012⁶⁶; a continuación, la Propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 806/2014 en lo que se refiere a la capacidad de absorción de pérdidas y de recapitalización para las entidades de crédito y las empresas de inversión⁶⁷; finalmente, la Propuesta de Reglamento relativo a un marco para la recuperación y la resolución de entidades de contrapartida central y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1095/2010, (UE) n° 648/2012 y (UE) n° 2015/2365⁶⁸, con el que se pretende introducir medidas que garanticen la continuidad de las funciones esenciales protegiendo, de este modo, a los contribuyentes en caso de dificultades o de inviabilidad de una entidad que se enfrente a problemas financieros.

⁶¹ Doc. COM (2016) 0202 final - 2016/0110 (COD), de 13 de abril.

⁶² Doc. COM (2016) 0461 final - 2016/0221 (COD), de 14 de julio, acompañado de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 228 final y SWD (2016) 229 final.

⁶³ Doc. COM (2016) 0601 final, de 14 de septiembre.

⁶⁴ Doc. COM (2017) 0225 final, de 4 de mayo.

⁶⁵ Doc. COM (2017) 0208 final - 2017/090 (COD), de 4 de mayo, acompañado de los documentos de trabajo SWD (2017) 148 final y SWD (2017) 149 final.

⁶⁶ Doc. COM (2016) 0850 final - 2016/0360 (COD), de 23 de noviembre, acompañado de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 377 final y SWD (2016) 378 final.

⁶⁷ Doc. COM (2016) 0851 final - 2016/0361 (COD), de 23 de noviembre, acompañada de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 377 y SWD (2016) 378.

⁶⁸ Doc. COM (2016) 0856 final - 2016/0365 (COD), de 28 de noviembre, acompañado de los documentos de trabajo SWD (2016) 368 final y SWD (2016) 369 final.

Se completa este conjunto de iniciativas con una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2013/36/UE en lo que respecta a los entes exentos, las sociedades financieras de cartera, las sociedades financieras mixtas de cartera, las remuneraciones, las medidas y las facultades de supervisión y las medidas de conservación del capital⁶⁹.

El sector de los transportes también ha sido objeto de diversas iniciativas. Con carácter general, hay que referirse a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligentes cooperativos, un hito hacia la movilidad cooperativa, conectada y automatizada⁷⁰ en la que se analizan las transformaciones que la innovación tecnológica va a representar para el sector del transporte.

Por lo que se refiere al transporte por carretera y la prestación de servicios hay que citar una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/59/CE, relativa a la cualificación inicial y la formación continua de los conductores de determinados vehículos destinados al transporte de mercancías o de viajeros por carretera y la Directiva 2006/126/CE sobre el permiso de conducción⁷¹, que persigue mejorar las normas de los nuevos conductores y mantener y mejorar las cualificaciones profesionales de los conductores de camiones y autocares en todo el territorio de la UE. Igualmente, sendos Informes de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Informe sobre la aplicación del Reglamento (UE) n° 181/2011 sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004⁷²; e Informe sobre la aplicación del Reglamento (UE) n° 1214/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 noviembre 2011, relativo al transporte profesional transfronterizo por carretera de fondos en euros entre los Estados miembros de la zona del euro⁷³.

La seguridad de los buques de pasaje desempeñan un papel muy importante en la movilidad de los ciudadanos de la UE. Por este motivo, en el ámbito del transporte marítimo destacan dos Propuestas de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que fueron presentadas por la Comisión durante este tiempo. La primera, por la que se modifica la Directiva 2009/45/CE sobre reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje⁷⁴ y, la segunda, que modifica la Directiva 98/41/CE del Consejo, sobre el registro de las personas que viajan a bordo de buques de pasaje procedentes de puertos de los Estados miembros de la Comunidad o con destino a los mismos y la Directiva 2010/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las formalidades informativas exigibles a los buques a su llegada o salida de los puertos de los Estados miembros⁷⁵.

El transporte aéreo también se ha visto afectado por la presentación de dos Propuestas de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo: la Propuesta de Reglamento por el que se establece un sistema de certificación de la Unión para los equipos de control de seguridad de la aviación⁷⁶, con el que se pretende contribuir al funcionamiento adecuado del mercado interior de la Unión y mejorar la competitividad global de la industria de la UE mediante el establecimiento de un sistema de certificación de la Unión para los equipos de control de seguridad de la aviación y, la Propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1008/2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad⁷⁷.

⁶⁹ Doc. COM (2016) 0854 final - 2016/0364 (COD), de 23 de noviembre.

⁷⁰ Doc. COM (2016) 0766 final, de 30 de noviembre.

⁷¹ Doc. COM (2017) 047 final - 2017/015 (COD), de 1 de febrero.

⁷² Doc. COM (2016) 0619 final, de 27 de septiembre.

⁷³ Doc. COM (2017) 05 final, de 11 de enero.

⁷⁴ Doc. COM (2016) 0369 final - 2016/0170 (COD), de 6 de junio, acompañada de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 189 final y SWD (2016) 190 final.

⁷⁵ Doc. COM (2016) 0370 final - 2016/0171 (COD), de 6 de junio, acompañado de los documentos de trabajo SWD (2016) 189 final y SWD (2016) 190 final.

⁷⁶ Doc. COM (2016) 0491 final - 2016/0236 (COD), de 7 de septiembre, acompañado de los documentos de trabajo SWD (2016) 259 final y SWD (2016) 261 final.

⁷⁷ Doc. COM (2016) 0818 final - 2016/0411 (COD), de 21 de diciembre.

El mercado interior de la energía de la Unión Europea, se basa en principios bien definidos como el derecho de acceso de terceros a las redes eléctricas, la libre elección del proveedor por parte de los consumidores, la eliminación de barreras al comercio transfronterizo y la supervisión de los mercados por reguladores independientes. En este sentido, la Comisión adoptó una Comunicación dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, Energía limpia para todos los europeos⁷⁸; así como dos Propuestas de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, la primera, relativa al mercado interior de la electricidad (refundición)⁷⁹, la segunda, sobre la preparación frente a los riesgos en el sector de la electricidad y por el que se deroga la Directiva 2005/89/CE⁸⁰, que tiene por objeto garantizar que todos los Estados miembros establezcan los instrumentos adecuados para prevenir las situaciones de crisis de electricidad, prepararse para ellas y gestionarlas. Situaciones que con frecuencia tienen efectos transfronterizos y que afectan de forma importante a consumidores y usuarios. A su vez, el sector audiovisual y la prestación de servicios de comunicación audiovisual fue objeto de una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, a la vista de la evolución de las realidades del mercado⁸¹.

Por último, los servicios de paquetería transfronterizos se verán regulados a partir de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo⁸² en la que se abordan cuestiones específicas relacionadas con los servicios de paquetería transfronterizos.

2.4. Libertad de establecimiento y Derecho de sociedades

De conformidad con el art. 11 Directiva 2011/7/UE, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y que tiene como objeto la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales a fin de asegurar el funcionamiento adecuado del mercado interior, fomentando de este modo la competitividad de las empresas y, en particular, de las PYME, la Comisión presentó su Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁸³. En relación a los procedimientos de insolvencia, la Comisión presentó una propuesta de Reglamento de ejecución del Consejo por el que se sustituyen las listas de los procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación y síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia⁸⁴ y dos Propuestas de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo: la primera de ellas sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE⁸⁵, con la finalidad de crear un marco favorable a las empresas que contribuya al apoyo al comercio y a la inversión, a la creación y el mantenimiento del empleo; la segunda, por la que se modifica la Directiva 2014/59/UE del Parlamento

⁷⁸ Doc. COM (2016) 860 final, de 30 de noviembre.

⁷⁹ Doc. COM (2016) 0861 final - 2016/0379 (COD), de 30 de noviembre, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2016) 410 final, SWD (2016) 411 final, SWD (2016) 412 final y SWD (2016) 413 final.

⁸⁰ Doc. COM (2016) 0862 final - 2016/0377 (COD), de 30 de noviembre, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2016) 410, SWD (2016) 411, SWD (2016) 412 y SWD (2016) 413.

⁸¹ Doc. COM (2016) 287 final, de 25 de mayo acompañada de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 168 final, SWD (2016) 169 final, SWD (2016) 170 final y SWD (2016) 171 final.

⁸² Doc. COM (2016) 285 final, de 25 de mayo, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2016) 166 final y SWD (2016) 167 final.

⁸³ Doc. COM (2016) 0534 final, de 26 de agosto, acompañada del documento de trabajo SWD (2016) 278 final.

⁸⁴ Doc. COM (2016) 0366 final - 2016/0167 (NLE), de 7 de junio.

⁸⁵ Doc. COM (2016) 0723 final - 2016/0359 (COD), de 22 de noviembre, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2016) 357 final y SWD (2016) 358 final.

Europeo y del Consejo en lo que respecta al orden de prioridad de los instrumentos de deuda no garantizada en caso de insolvencia⁸⁶. En referencia al impuesto de sociedades, la Comisión adoptó dos Propuestas de Directiva del Consejo con el objetivo de dotar a las sociedades de un conjunto único de normas en materia de impuesto sobre sociedades que les permita ejercer su actividad en el mercado interior en su conjunto. Se trata de la Propuesta relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)⁸⁷ y de la Propuesta relativa a una base imponible común del impuesto sobre sociedades⁸⁸.

Para finalizar, teniendo en cuenta que cada vez es más necesario disponer de información estadística sobre las empresas, tanto para diseñar las políticas como para otros fines, la Comisión adoptó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las estadísticas empresariales europeas, que modifica el Reglamento (CE) n° 184/2005 y deroga diez actos jurídicos en el ámbito de las estadísticas empresariales⁸⁹.

3. Políticas relacionadas con el mercado interior

3.1. Política de competencia

Como ya es habitual, la Comisión publicó su Informe anual al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Informe sobre la política de competencia 2015⁹⁰.

La aplicación de las normas de competencia de la UE por parte de la Comisión y de las autoridades nacionales es un elemento fundamental para la creación de un mercado interior abierto, competitivo e innovador y resulta crucial para generar crecimiento y empleo en sectores importantes de la economía. Con el fin de facilitar y mejorar esta tarea, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo encaminada a facultar a las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar la normativa con más eficacia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior⁹¹. Por lo que atañe a las ayudas de Estado, la Comisión presentó las Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas, Aceptación de las medidas apropiadas propuestas con arreglo al art. 108, ap. 1 TFUE por todos los Estados miembros [conforme a lo dispuesto en el art. 23, ap. 1, del Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del art. 108 TFUE]⁹² y las Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha: Aceptación de las medidas apropiadas propuestas con arreglo al art. 108, ap. 1 TFUE por todos los Estados miembros⁹³.

3.2. Política de protección de los consumidores

Durante esta etapa han visto la luz una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación en

⁸⁶ Doc. COM (2016) 0853 final - 2016/0363 (COD), de 23 de noviembre, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2016) 377 y SWD (2016) 378.

⁸⁷ Doc. COM (2016) 0683 final - 2016/0336 (CNS), de 25 de octubre, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2016) 341 final y SWD (2016) 342 final.

⁸⁸ Doc. COM (2016) 0685 final - 2016/0337 (CNS), de 25 de octubre, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2016) 341 final y SWD (2016) 342 final.

⁸⁹ Doc. COM (2017) 0114 final - 2017/048 (COD), de 6 de marzo, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2017) 98 final y SWD (2017) 99 final.

⁹⁰ Doc. COM (2016) 0393 final, de 15 de junio, acompañado del documento de trabajo SWD (2016) 198 final.

⁹¹ Doc. COM (2017) 0142 final - 2017/063 (COD), de 23 de marzo, acompañada de los siguientes documentos de trabajo: SWD (2017)114 final, SWD (2017)115 final y SWD (2017) 116 final.

⁹² DO C 201 de 7.6.2016.

⁹³ DO C 233 de 28.6.2016.

materia de protección de los consumidores⁹⁴, que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de dicha legislación y el buen funcionamiento del mercado interior, así como la mejora de la protección de los intereses económicos de los consumidores; y una Propuesta de Directiva del Consejo por la que se adapta al progreso técnico el anexo II de la Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la seguridad de los juguetes, en lo que respecta al plomo⁹⁵.

Además de tres Informes: el primero, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Evaluación final del programa plurianual de la UE sobre la protección de los niños en el uso de Internet y otras tecnologías de la comunicación (una internet más segura)⁹⁶; el segundo, al Consejo y al Parlamento Europeo, Informe de evaluación a posteriori del programa Información y prevención en materia de drogas (2007-2013)⁹⁷; el tercero, al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 octubre 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁹⁸.

4. Otros sectores

4.1. Propiedad industrial e intelectual

Como cada año, la Comisión publicó su Informe anual sobre las actividades de investigación y desarrollo tecnológico de la Unión Europea en 2015 dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo⁹⁹. Este informe tiene por objeto proporcionar una visión concisa y no exhaustiva de las principales medidas llevadas a cabo en el año de referencia. Junto a él, también hay que citar el Informe al Consejo y al Parlamento Europeo titulado El Espacio Europeo de Investigación: la hora de la realización y del seguimiento de los progresos logrados¹⁰⁰.

En materia de marcas, la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la Unión Europea (Versión codificada)¹⁰¹, que tiene por objeto la codificación del Reglamento (CE) n° 207/2009 del Consejo, de 26 febrero 2009 sobre la marca de la Unión Europea y sustituye a los que son objeto de la operación de codificación.

Por su parte, en relación a los derechos de autor, la Comisión adoptó el siguiente paquete de propuestas:

Dos Propuestas de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo: la primera, por la que se establecen las normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión¹⁰²; la segunda, sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso¹⁰³.

⁹⁴ Doc. COM (2016) 283 final, de 25 de mayo, acompañado de los documentos de trabajo SWD (2016) 164 final y SWD (2016) 165 final.

⁹⁵ Doc. COM (2016) 0560 final - 2016/0267 (NLE), de 9 de septiembre, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2016) 289 final y SWD (2016) 290 final.

⁹⁶ Doc. COM (2016) 0364 final, de 6 de junio.

⁹⁷ Doc. COM (2017) 0113 final, de 6 de marzo.

⁹⁸ Doc. COM (2017) 0259 final, de 23 de mayo, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2017) 169 final y SWD (2017) 170 final.

⁹⁹ Doc. COM (2016) 0522 final, de 2 de septiembre.

¹⁰⁰ Doc. COM (2017) 035 final, de 26 de enero.

¹⁰¹ Doc. COM (2016) 0702 final - 2016/0345 (COD), de 31 de octubre.

¹⁰² Doc. COM (2016) 0594 final - 2016/0284 (COD), de 14 de septiembre, acompañada de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 301 final y SWD (2016) 302 final.

¹⁰³ Doc. COM (2016) 0595 final - 2016/0279 (COD), de 14 de septiembre.

Dos Propuestas de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo:

La primera, sobre los derechos de autor en el mercado único digital¹⁰⁴, que establece normas destinadas a una mayor armonización del Derecho de la Unión aplicable a los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior, teniendo especialmente en cuenta los usos digitales y transfronterizos de los contenidos protegidos.

La segunda, sobre determinados usos permitidos de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información¹⁰⁵, que armonizará el Derecho de la Unión con los compromisos internacionales contraídos por la UE en el marco del Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

Y una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada Promover una economía europea fundada en los derechos de autor justa, eficiente y competitiva en el mercado único digital¹⁰⁶, continuando así su estrategia para el mercado único digital (DSM)I, adoptada en mayo de 2015, en la que reconocía que los contenidos digitales son uno de los principales motores de crecimiento de la economía digital y se planteaba la necesidad de adoptar, en beneficio de los usuarios, medidas que generalicen el acceso en línea a los contenidos, incluidos los audiovisuales, la música, los libros y los contenidos de otros sectores.

4.2. Sociedad de la información

En relación al mercado único digital, la actividad de la Comisión durante esta etapa también ha sido muy prolífica. En primer lugar, hay que señalar la presentación de seis Comunicaciones dirigidas al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones que son las siguientes: Las plataformas en línea y el mercado único digital Retos y oportunidades para Europa¹⁰⁷; La conectividad para un mercado único digital competitivo – hacia una sociedad europea del Gigabit¹⁰⁸. La 5G para Europa: un plan de acción¹⁰⁹; Promover una economía europea fundada en los derechos de autor justa, eficiente y competitiva en el mercado único digital¹¹⁰; Marco Europeo de Interoperabilidad – Estrategia de aplicación¹¹¹; y la última relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital Un mercado único digital conectado para todos¹¹². Así como el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico¹¹³, que forma parte de la estrategia para el Mercado Único digital.

Por lo que respecta a las comunicaciones electrónicas y el comercio electrónico, la Comisión presentó dos propuestas de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo: la Propuesta de Reglamento por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1316/2013 y (UE) n° 283/2014 en lo que atañe al fomento de la conectividad a Internet de las comunidades locales¹¹⁴ y, además, la Propuesta de Reglamento por el que

¹⁰⁴ Doc. COM (2016) 0593 final - 2016/0280 (COD), de 14 de septiembre, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2016) 301 final y SWD (2016) 302 final.

¹⁰⁵ Doc. COM (2016) 0596 final - 2016/0278 (COD), de 14 de septiembre.

¹⁰⁶ Doc. COM (2016) 0592 final, de 14 de septiembre.

¹⁰⁷ Doc. COM (2016) 288 final, de 25 de mayo acompañada del documento de trabajo SWD (2016) 172 final.

¹⁰⁸ Doc. COM (2016) 0587 final, de 14 de septiembre, acompañado del documento de trabajo SWD (2016) 300 final.

¹⁰⁹ Doc. COM (2016) 0588 final, de 14 de septiembre, acompañado del documento de trabajo SWD (2016) 306 final.

¹¹⁰ Doc. COM (2016) 0592 final, de 14 de septiembre.

¹¹¹ Doc. COM (2017) 134 final, de 23 de marzo, acompañada de los siguientes documentos de trabajo: SWD (2017) 112 final y SWD (2017) 113 final.

¹¹² Doc. COM (2017) 0228 final, de 10 de mayo, acompañada del documento de trabajo SWD (2017) 155 final.

¹¹³ Doc. COM (2017) 0229 final, de 10 de mayo.

¹¹⁴ Doc. COM (2016) 0589 final - 2016/0287 (COD), de 14 de septiembre.

se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas¹¹⁵, que debe leerse en relación con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (Refundición)¹¹⁶. Junto a ellas, una Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifican la Directiva 2006/112/CE y la Directiva 2009/132/CE en lo referente a determinadas obligaciones respecto del impuesto sobre el valor añadido para las prestaciones de servicios y las ventas a distancia de bienes¹¹⁷.

Finalmente, teniendo en cuenta que la supresión de los recargos por itinerancia que se producirá a partir del 15 junio 2017, conforme a lo dispuesto en el Reglamento (UE) n° 531/2012, está sujeta a la aplicabilidad de un acto legislativo propuesto por la Comisión que prevea las medidas adecuadas que se desprendan de su revisión de los mercados mayoristas de itinerancia, la Comisión presentó un Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la revisión del mercado mayorista de itinerancia¹¹⁸, así como una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 531/2012 en lo que se refiere a las normas relativas a los mercados mayoristas de itinerancia¹¹⁹.

4.3 Protección de datos de carácter personal

La protección de los datos personales forma parte de los fundamentos constitucionales comunes de Europa y lleva más de veinte años ocupando un lugar destacado en el Derecho de la Unión. Por otra parte, la protección de los datos personales no se limita a Europa sino que ha de operar a escala mundial con el fin de proteger a las empresas y los consumidores. Con el fin de seguir regulando esta materia, la Comisión adoptó dos Propuestas de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo.

La primera, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 45/2001 y la Decisión n° 1247/2002/CE¹²⁰. Este Reglamento establece las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y las normas relativas a la libre circulación de dichos datos entre ellos o entre ellos y destinatarios establecidos en la Unión y sujetos al Reglamento (UE) 2016/679 o a las disposiciones del Derecho nacional adoptado en aplicación de la Directiva (UE) 2016/680.

La segunda Propuesta de Reglamento versa sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)¹²¹.

Además, la Comisión también presentó durante este periodo dos Comunicaciones, una dirigida al Parlamento Europeo y al Consejo relativa al intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado¹²² y otra al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada La construcción de una economía de los datos europea¹²³.

¹¹⁵ Doc. COM (2016) 0591 final - 2016/0286 (COD), de 14 de septiembre, acompañada de los correspondientes documentos de trabajo SWD (2016) 303 y SWD (2016) 304.

¹¹⁶ Doc. COM (2016) 0590 final - 2016/0288 (COD), de 12 de octubre, acompañada de los siguientes documentos de trabajo: SWD (2016) 303 final/2, SWD (2016) 304 final, SWD (2016) 305 final y SWD (2016) 313 final.

¹¹⁷ Doc. COM (2016) 757 final, de 1 de diciembre, acompañada de los siguientes documentos de trabajo: SWD (2016) 379 final y SWD (2016) 382 final.

¹¹⁸ Doc. COM (2016) 0398 final, de 15 de junio, acompañado del documento de trabajo SWD (2016) 200 final.

¹¹⁹ Doc. COM (2016) 0399 final - 2016/0185 (COD), de 15 de junio, acompañada de los documentos de trabajo SWD (2016) 201 final y SWD (2016) 202 final.

¹²⁰ Doc. COM (2017) 08 final - 2017/02 (COD), de 10 de enero.

¹²¹ Doc. COM (2017) 010 final - 2017/03 (COD), de 10 de enero, acompañada de los siguientes documentos de trabajo: SWD (2017) 3 final, SWD (2017) 4 final, SWD (2017) 5 final y SWD (2017) 6 final.

¹²² Doc. COM (2017) 07 final, de 10 de enero.

¹²³ Doc. COM (2017) 09 final, de 10 de enero, acompañado del documento de trabajo SWD (2017) 2 final.

INSTITUTO HISPANO LUSO AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL

EL XXXIX CONGRESO DEL IHLADI APRUEBA UNA RESOLUCIÓN SOBRE “LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL”

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN *

El XXXIX Congreso del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional que tuvo lugar en Lima entre los días 12 a 16 diciembre 2016 aprobó las conclusiones adoptadas tras la debates de las distintas comisiones, referentes al “Cambio climático y sus efectos”, “La aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional”, “La creación de Estados en el Derecho internacional contemporáneo en casos de secesión: efectividad o legalidad”. Durante el congreso fue elegido por aclamación Secretario General de esta institución el profesor Sixto A. Sánchez Lorenzo, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada. El mandato del nuevo Secretario General cubre un período de seis años.

Como parte del programa definido para el Congreso, el 13 de diciembre tuvo lugar la Presentación de la Segunda Ponencia y su posterior Debate. El profesor Dário Moura Vicente, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Lisboa y Asociado del IHLADI, fue el autor de la misma, bajo el título de “La aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional”. Presidente de la ponencia, Dr. José Carlos Fernández Rozas, Catedrático de Derecho internacional privado Universidad Complutense de Madrid; Secretaria de la ponencia, quien suscribe estas líneas, Dra. Nuria González Martín, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

El Presidente de la ponencia, Dr. José Carlos Fernández Rozas, introduce la misma señalando una serie de reflexiones en torno a los desafíos que el actual Derecho internacional privado enfrenta y de esta manera señala que hay dos maneras de concebir el derecho, tanto público como privado, en donde se buscan puntos en común, y un ejemplo de ello es el tema del arbitraje. En el arbitraje de inversiones se ha introducido las prácticas del arbitraje comercial y no se distingue bien si es Derecho internacional privado o Derecho internacional público. En otro orden de ideas, expone el Dr. Fernández Rozas que pareciera que hay una “huida” del Derecho estatal en el arbitraje y de ahí que se hable de reglas jurídicas.

Después de este preámbulo introductorio, se le da la palabra al expositor y así, el Dr. Dário Moura Vicente inicia su ponencia, a través de un primer apartado titulado “El principio *iura novit curia* en la *praxis* arbitral internacional”, con la exposición de tres casos de la práctica que permiten evaluar la importancia del tema y la pluralidad de soluciones: a) el caso *Mr. Patrick Mitchell vs. The Democratic Republic of Congo*, b) el caso *Société Engel Austria GmbH vs. Société Don Trade*; c) el caso defendido por la Corte Federal Suiza el 15 abril 2015.

El primer caso, *Mitchell*, es un caso de arbitraje CIADI, un tratado bilateral de inversiones USA/República Democrática del Congo, en donde se pide una indemnización por el cierre del despacho norteamericano, artículo X (1) del tratado bilateral mencionado, en aplicación de medidas

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

para preservar el orden público. El comité rechazó la anulación expresando que el tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades al no aplicar el mencionado artículo X (1).

El segundo caso, *Société Engel*, es un arbitraje CCI, en donde la corte de París anuló el laudo. La parte demandada instó la anulación del laudo ante la *Cour d'appel* de París, alegando la violación por el tribunal del principio de contradicción debido a que la nulidad del contrato se había basado en un fundamento jurídico no invocado por las partes y no discutido contradictoriamente.

El tercer caso, decidido en 2015 por la Corte Federal de Suiza, igualmente un arbitraje CCI, en donde hubo una condena al pago de servicios y en donde el derecho francés admitía la renovación tácita, es decir, estamos ante la anulación del laudo que pidió Francia, Suiza no lo anuló, *iura novit curia*.

Como se anticipó, el profesor Moura Vicente señala que estaríamos visualizando tres decisiones con argumentos diferentes, a saber: a) puede o debe un tribunal arbitral aplicar al fondo del litigio reglas de derecho que las partes no hayan invocado en el proceso, particularmente cuando se trate de reglas imperativas del Derecho aplicable o de otros sistemas jurídicos conexos con la situación litigiosa?; b) puede o debe el tribunal averiguar *ex officio* el tenor del Derecho aplicable al fondo del litigio en el arbitraje internacional, sin limitarse a la prueba hecha por las partes a su respeto?; c) en la medida en que pueda o deba aplicar *motu proprio* dichas reglas, o averiguar de oficio su contenido, ¿qué límites se imponen a su actividad con base en los principios fundamentales que rigen el arbitraje, en particular los de igualdad y contribución, por un lado, y dispositivo y de congruencia, por otro? A partir de estas interrogantes, como segundo apartado y bajo el título de “El principio *iura novit curia* en el Derecho comparado”, el profesor Moura Vicente plantea un análisis comparado sobre la acogida que reservan las familias jurídicas del *civil law* y el *common law* en relación al principio *iura novit curia*. En el *civil law*, el juez no está sujeto a las alegaciones de las partes por lo que respecta a la determinación, interpretación y aplicación del Derecho. Es una regla la existencia del deber del Derecho aplicable.

¿Por qué buscar de oficio el contenido del Derecho aplicable y aplicarla aunque las partes no lo hayan invocado?: a) la libre disposición por las partes del derecho extranjero aplicable a las situaciones de la vida privada internacional, los valores sociales; b) la seguridad del tráfico jurídico; c) perjudica la armonización internacional de soluciones y favorece el *forum shopping*.

El profesor Moura Vicente analiza un par de sistemas de *civil law* y en relación a España expresa que adopta “una solución más matizada”, a través de los arts. 12.6º Cc y 281.2º LEC y confirmada por el art. 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, y así concluye, apoyado en una doctrina mayoritaria, que el Derecho extranjero tiene un estatus híbrido: “no es derecho, pero se acepta que es más que un puro hecho”.

En relación al *common law* se inicia con la aseveración clara y contundente de que la regla *iura novit curia* nunca ha sido parte del derecho inglés. Al tribunal le compete asegurar un *Fair Trial* y no investigar los temas debatidos entre las partes, es al abogado quien somete el derecho al tribunal, no obstante, hay una excepción en relación a las cuestiones de orden público como por ejemplo la legalidad de un contrato.

Por lo que respecta a los Estados Unidos de América, éstos adoptan una orientación más flexible en la materia referida y así la parte que quiere invocar derecho extranjero debe alegarlo y el juez puede determinar el contenido del derecho extranjero e incluso puede incorporar el testimonio de testigos aún si la parte interesada no lo alega. El tribunal no lo aplica *ex officio*, sin embargo, el tribunal puede declararse *forum non conveniens* si estima que es aplicable al fondo del litigio un derecho extranjero y que no es él la autoridad más apropiada para decidir la controversia.

De esta síntesis comparativa se deriva que no hay consenso entre los diferentes sistemas jurídicos nacionales en cuanto a la aplicabilidad del principio *iura novit curia* a la determinación del Derecho aplicable a las cuestiones privadas internacionales sometidas a los tribunales estatales. De esta manera, el profesor Moura Vicente agrega que ello está relacionado con: a) Las diferentes funciones que corresponden a los tribunales estatales en esos sistemas jurídicos y b) La diferente importancia

que tienen en ellos los principios inquisitorios, predominante en el *civil law* y, dispositivo o adversarial, predominante en el *common law*.

A continuación, y como tercera parte de la ponencia incluye “la posición particular del tribunal arbitral respecto a la determinación del Derecho aplicable”; así en una secuencia lógica de exposición, el profesor Moura Vicente se plantea la cuestión de si se aplica el principio *iura novit curia* a los tribunales arbitrales. Como una respuesta anticipada relata que, por un lado, en la mayoría de las convenciones internacionales y leyes nacionales de arbitraje no hay una regla expresa sobre el tema, es decir, nos encontramos ante una laguna legal y, por otro lado, tampoco parece haber analogía de las reglas aplicables a los tribunales estatales y los tribunales arbitrales en relación a la determinación del Derecho aplicable. En consecuencia, la respuesta parece ser negativa ya que: a) No hay analogía suficiente entre el tribunal estatal y el tribunal arbitral en relación a la determinación del Derecho aplicable; b) El tribunal arbitral no decide los pleitos que le son sometidos en nombre o por delegación del Estado, sino por efecto de un acuerdo de las partes; c) No le compete asegurar la realización de las políticas proseguidas por las leyes emanadas de determinado país mediante su aplicación *ex officio*; y e) Su actividad corresponde más bien a un ejercicio privado de la función jurisdiccional.

De esta manera, siguiendo el análisis del ponente, el tribunal arbitral no tiene una *lex fori* y tampoco el principio *iura novit curia* y así sustenta, siguiendo a Pierre Mayer, el árbitro internacional si tiene un principio de libertad; una libertad que no necesariamente significa su exclusiva sujeción a las alegaciones y a la prueba del Derecho aplicable hecha por las partes. En definitiva, ello implica que el tribunal arbitral pueda formular un juicio autónomo sobre el Derecho aplicable, su tenor y su interpretación. La solución al problema planteado por el profesor Moura Vicente vendría determinado por una adecuada ponderación de los principales valores e intereses en presencia, a saber: a) autonomía privada; b) justa decisión de los pleitos y c) eficacia de los laudos arbitrales. Dichos valores e intereses, a tenor por lo expresado por el ponente, no implican una solución unívoca respecto de la cuestión examinada sino que “reclaman una conciliación de las orientaciones fundamentales que el derecho comparado revela”.

En relación al primero de los valores e interesescitados, es decir, la autonomía privada deja patente la determinación de la solución jurídica de los pleitos sometidos al arbitraje internacional a la voluntad de las partes, en donde elijan, de un lado, las reglas de Derecho aplicables por los árbitros y, de otro lado, demuestren el contenido de dichas reglas siempre y cuando las invoquen ante el tribunal arbitral.

Por lo que respecta a la justa decisión del pleito, el tribunal arbitral debe poder indagar autónomamente y debe controlar la corrección de las calificaciones jurídicas operadas por las partes y así llegar a una decisión materialmente correcta.

En relación al tercer valor e interés, es decir, la eficacia de los laudos arbitrales, el árbitro debe tomar en consideración para la decisión del pleito, las normas de orden público o de aplicación necesaria, nacional, internacional o comunitaria vigentes en el lugar del arbitraje o donde presumiblemente será solicitada la ejecución del laudo.

Como apartado cuarto de la ponencia, “La determinación del Derecho aplicable por los árbitros y sus límites”, el profesor Moura Vicente analiza, por un lado, la determinación del Derecho aplicable por los árbitros y así analiza algunos reglamentos de arbitraje recientes en donde se expresa que dicha libertad del árbitro se encuentra en la configuración jurídica de la causa y en la determinación de las reglas que le son aplicables. De esta manera, utiliza tres ejemplos: 1. Reglas de la *London Court of International Arbitration* de 2014, art. 22 (1) (iii); 2. Reglamento de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) de 2015, art. 49 (2); 3. Reglamento del *Singapore International Arbitration Center* (SIAC) de 2016, art. 27 (m). La inercia pergeñada por dicha normativa expone una tendencia hacia la ampliación de poderes de los tribunales arbitrales en relación a las cuestiones de Derecho que les compete decidir, incluso en sistemas jurídicos tradicionalmente diversos al principio *iura novit curia*, no obstante, “y con excepción de la aplicación de normas de orden público, no parece que el ejercicio de esos poderes deba tenerse como un deber de

los árbitros, cuyo incumplimiento implique la invalidez de su laudo, sino más bien como una facultad que les compete ejercer en función de su propia evaluación de la necesidad de hacerlo en el caso concreto, habida cuenta de la prueba aportada a los autos por las partes”.

El profesor Moura Vicente expone la tendencia hacia la ampliación de los poderes de los tribunales arbitrales y concluye en este sentido que el modelo más adecuado no es un modelo dispositivo puro, como el de Inglaterra, ni un modelo inquisitorio puro, sino un modelo intermedio, un modelo de cooperación entre el tribunal arbitral y las partes. Igualmente, dentro de este cuarto apartado de la ponencia, el profesor Moura Vicente analiza los principios de igualdad y contradicción y la prohibición de decisiones sorpresivas, y así, como una cuestión adicional, expresa que el tribunal arbitral puede favorecer decisivamente a una de las partes e incluso puede surgir la tentación del árbitro de dar una solución que ninguna de las partes haya propuesto, lo cual no impide que el tribunal arbitral decida de oficio. Es indispensable, de cualquier modo, que el principio de contradicción sea observado por el tribunal arbitral y así evitar decisiones sorpresivas. Al árbitro no le está permitido suscitarse y decidir en el laudo nuevas cuestiones de derecho sin que las partes hayan tenido la posibilidad de debatirlas previamente. Por otra parte, es necesario evitar que una supuesta violación del deber de audiencia previa de las partes pueda servir de pretexto para suscitar la revisión del fondo del laudo arbitral.

Por último, dicho apartado cuarto y final, maneja la cuestión de los principios dispositivo y de congruencia. Por un lado, en el arbitraje las partes tienen la facultad de definir autónomamente, en el convenio arbitral o en sus peticiones, las cuestiones sometidas a la decisión de árbitros, el denominado principio dispositivo, y por otro lado, los árbitros tienen el deber de adecuarse a esa definición, sin que puedan pronunciarse sobre otras cuestiones, aunque relacionadas con aquellas, so pena de anulación o denegación del reconocimiento de su laudo, el denominado principio de congruencia, como límite a la actividad *ex officio* del tribunal arbitral. El caso que trae a colación el profesor Moura Vicente para ejemplificar lo expresado es el asunto decidido por la *cour de cassation* francesa el 29 junio 2011 en donde los árbitros habían sustituido la indemnización reclamada por una de las partes, fundada en el lucro por una indemnización fundada en la pérdida de oportunidad, la *cour de cassation* aprobó la anulación de la sentencia arbitral decidida por la *cour d'appel* de París, a petición de una de las partes.

Las conclusiones a las que llega el profesor Moura Vicente se podrían concretar, sumariamente, en: a) el tribunal arbitral tiene una posición distinta al tribunal estatal en relación a la determinación del Derecho aplicable al fondo del litigio, a la averiguación de su tenor, a su interpretación y a su aplicación; b) el tribunal arbitral no se encuentra sometido a un deber de determinar de oficio el Derecho aplicable al fondo del litigio equiparable al que recae en varios sistemas jurídicos sobre el tribunal estatal pero tampoco tienen las partes la libre disposición del Derecho aplicable en el proceso arbitral; c) el tribunal arbitral no está sujeto a las alegaciones de las partes en cuanto al Derecho aplicable, ni a la prueba de ellas aportada al proceso con respecto a su tenor o a sus calificaciones jurídicas. d) el tribunal arbitral no debe aplicar al fondo del litigio reglas sobre las cuales las partes no hayan tenido una oportunidad razonable de pronunciarse previamente a que fuera dictada la sentencia arbitral, salvo en caso de manifiesta innecesidad; e) el tribunal arbitral no puede ejercer su poder de determinación autónoma del Derecho aplicable de forma que exceda en su laudo el ámbito de las cuestiones de forma que exceda en su laudo el ámbito de las cuestiones sometidas por las partes a su decisión.

Como punto final de la presente relatoría, referir que se contestó a la ponencia a través de dos comunicaciones, una por parte del Dr. Sixto Sánchez Lorenzo, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada y otra por parte del Dr. Roberto Dávalos, Profesor Principal de Derecho internacional privado de la Universidad de La Habana. En su comunicación, el Dr. Sánchez Lorenzo realizó un estudio comparativo, en los sistemas jurídicos de los Estados que conforman el IHLADI, del régimen jurídico de las cláusulas compromisorias, proponiendo líneas concretas para una actualización y mejora de *lege ferenda* de las regulaciones actuales; por su parte, el Dr. Dávalos se extendió en torno al Arbitraje de la Organización para la armonización del derecho mercantil en

el Caribe, OHADAC. En definitiva, ambas comunicaciones destacaron por las expresiones de coincidencia y complementariedad a la ponencia escrita y oral. De igual manera, el debate posterior tuvo la participación de un nutrido grupo de profesores de diferentes procedencias, aportando una retroalimentación muy notable. Se dio una Propuesta de Resolución del Debate, concretada en 10 Conclusiones.

II COMISIÓN

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El XXIX Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional,

Teniendo en cuenta la importancia del arbitraje como medio de resolución de conflictos de carácter internacional entre particulares, y entre particulares y Estados u otros entes públicos.

Considerando la necesidad de asegurar la justa decisión de los litigios por el tribunal arbitral, así como la eficacia de los laudos arbitrales, las cuales reclaman que se reconozca a los árbitros cierta libertad en la determinación del Derecho aplicable al fondo del litigio, así como en su interpretación y aplicación.

Consciente igualmente de los deberes del tribunal arbitral de tratar a las partes con igualdad, de dar a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos y de adecuarse a la definición hecha por las partes de las cuestiones sometidas a su decisión,

Adopta las siguientes

CONCLUSIONES

1ª. Dado que no administra la justicia en nombre o por delegación de un Estado determinado, el tribunal arbitral ocupa una posición distinta de la del tribunal estatal en lo relativo a la determinación del Derecho aplicable al fondo del litigio, a la averiguación de su contenido, a su interpretación y a su aplicación.

2ª. No se aplican necesariamente a los tribunales arbitrales las reglas que vinculan a los tribunales estatales en cuanto a estas cuestiones.

3ª. Las reglas aplicables al arbitraje internacional en esta materia deben tener en cuenta la naturaleza específica y las finalidades perseguidas por este método de resolución de controversias.

4ª. El tribunal arbitral no se encuentra sometido a un deber de determinar de oficio el Derecho aplicable al fondo del litigio equiparable al que recae sobre los tribunales estatales en varios sistemas jurídicos, pero tampoco tienen las partes la libre disposición del Derecho aplicable en el proceso arbitral.

5ª. El tribunal arbitral tiene la facultad de averiguar *ex officio* el contenido del Derecho aplicable al fondo del litigio en el arbitraje internacional.

6ª. Asimismo, puede el tribunal arbitral aplicar al fondo del litigio reglas de derecho nacional, internacional o comunitario distintas de las invocadas por las partes, particularmente cuando lo justifique la salvaguarda de la eficacia de su laudo.

7ª. El tribunal arbitral no está sujeto, por consiguiente, a las alegaciones de las partes en cuanto al Derecho aplicable, ni a la prueba por ellas aportada al proceso con respecto a su contenido o a las calificaciones jurídicas por ellas efectuadas de los hechos relevantes.

8ª. Las partes deben, en todo caso, cooperar con el tribunal arbitral en la determinación del contenido del Derecho aplicable, proporcionándole la información relevante para la decisión jurídica de sus pretensiones.

9ª. El tribunal arbitral no debe aplicar al fondo del litigio reglas sobre las cuales las partes no hayan tenido una oportunidad razonable de pronunciarse con antelación al dictado del laudo arbitral, salvo en caso de manifiesta innecesidad.

10ª. El tribunal arbitral no puede ejercer su poder de determinación autónoma del Derecho aplicable de forma que exceda en su laudo el ámbito de las cuestiones sometidas por las partes a su decisión.

BIBLIOGRAFÍA

ACTOS Y DOCUMENTOS

DÍAZ FRAILE, J.M.: “La inscripción en el Registro de la propiedad de los documentos públicos extranjeros en las nuevas Leyes de Jurisdicción Voluntaria y de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, nº 754, 2016, pp. 737–772.

MORENO SÁNCHEZ.MORALEDA, A.: “El problema de la presencia de elemento extranjero para la inscripción de una escritura de disolución de gananciales, adjudicación de herencia y donación. Comentario a la Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado 10466/2015 de 29 julio 2015”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 40, 2016, pp. 335–349.

FERNÁNDEZ–TRESGUERRES GARCÍA, A.: “Aspectos extrajudiciales en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de la cooperación judicial internacional en materia civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 56, 2016, pp. 665–745.

FERNÁNDEZ–TRESGUERRES GARCÍA, A.: “Eficacia en España de los documentos públicos extranjeros en la Ley 29/2015, de la cooperación jurídica internacional en materia civil”, *La notaria*, nº 1, 2016, pp. 12–25.

VALLE MUÑOZ, J.L.: “La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil y su repercusión en la calificación del registrador de la propiedad”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 115, nº 3, 2016, pp. 613–641.

ADOPCIÓN

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “La transformación en adopción de una medida de protección extranjera tras la reforma de la Ley 54/2007”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 711–746.

GUZMÁN PECES, M.: “Exégesis de las reformas introducidas por la Ley 26/2015 en el ámbito de la adopción internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá de Henares)*, nº. 9, 2016, pp. 155–182.

VÁZQUEZ COLOMO, P.: “Transición a los organismos acreditados para la adopción internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 404–428.

La introducción de los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional en el proceso de adopción internacional supone la introducción de una vía de tramitación privada que contrasta con la anterior tramitación exclusivamente pública del proceso de adopción internacional. Tal introducción ha dado lugar a una amplia regulación de tales organismos con el objetivo de regular y controlar su funcionamiento. Este estudio realiza un breve análisis sobre la institución jurídica de la adopción internacional en España, centrándose en la intervención de los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional en el procedimiento de adopción internacional, así como en el estudio de la regulación de tales organismos.

ALIMENTOS

CASTELLANOS RUIZ, E.: *Derecho de alimentos. Aspectos internacionales y transfronterizos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, 169 pp. ISBN: 978-84-9169-361-1.

Los ordenamientos jurídicos de todos los países del mundo admiten, en mayor o menor grado, el derecho de alimentos. La vertiginosa evolución del Derecho de familia, así como los cambios valorativos experimentados en las sociedades del siglo XXI, han elevado la importancia práctica de las obligaciones de alimentos en los casos internacionales. Desde el punto de vista de Derecho internacional privado resultaba indispensable unificar las reglas jurídicas relativas a las obligaciones de alimentos. Con ello se alcanza una coordinación de las soluciones materiales, verdaderamente dispares, existentes en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Por otro lado, esta coordinación de reglas permite ofrecer un escenario legal coherente que supera el estadio anterior en el que numerosos convenios internacionales en la materia regulaban las obligaciones de alimentos de manera fragmentaria y asistemática. Con el fin de simplificar y acelerar la resolución de los litigios internacionales en materia de alimentos y de suprimir el exequatur, ha visto la luz el Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Dicho Reglamento se encuentra en vigor desde el 30 enero 2009 y es aplicable desde el 18 junio 2011. Se trata del instrumento legal vigente más importante para España en el sector de las obligaciones de alimentos con carácter internacional.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA (A.): “Juez competente para conocer de una demanda de obligación de alimentos a favor de hijos menores. Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera). Caso A contra B. Sentencia de 16 julio 2015”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, n° 39, 2016, pp. 343–372.

ARBITRAJE

CREMADES, B.M.: “The Use and Abuse of ‘Due Process’ in International Arbitration”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, n° 3, 2016, pp. 661–676. ISSN: 1888–5373.

Las solicitudes de debido proceso están presentes en relación con cualquier decisión adoptada por un árbitro a lo largo del proceso arbitral. Sin embargo, con relativa frecuencia los abogados que representan a las partes interponen este tipo de solicitudes de manera amenazadora, sugiriendo que si el árbitro no acepta sus propuestas de procedimiento, incumpliría las reglas que regulan esta institución. Los abogados no dejan de llamar la atención sobre las consecuencias para la ejecución de las decisiones de incumplimiento del debido proceso. Por lo tanto, es de gran interés analizar y distinguir cuando está justificado plantear cuestiones de debido proceso y cuando nos hallamos ante reclamaciones de carácter abusivo, que el árbitro debe rechazar en favor de una gestión arbitral ordenada y efectiva.

BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G. y AGULLÓ AGULLÓ, D.: “Reconocimiento y ejecución internacional de los laudos arbitrales anulados un análisis crítico”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n° 34, 2016, pp. 343–372.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “La financiación por terceros en el arbitraje internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n° 2, 2016, pp. 203–220.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Revitalización del arbitraje en equidad”, *Temas actuales de Derecho internacional. Homenaje al profesor emérito Mario Ramírez Necochea*. Santiago de Chile, Thomson–Reuters, 2016, pp. 415–443. ISBN 9–789563–468311.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Conflicto de intereses del árbitro que presta sus servicios en una firma de abogados de amplia cobertura internacional”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, n° 3, 2016, pp. 889–925. ISSN: 1888–5373.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Barcelona, J.B. Bosch, 2017, 302 pp. ISBN 978–84–947639–2–2.

En la actualidad se observa con carácter general, pues existen excepciones muy sonadas en España, una práctica fluida en torno al control judicial sobre el procedimiento arbitral y sobre el laudo que se aprecia en la capacidad concedida al árbitro para juzgar la validez de su propia competencia o en la admisibilidad de mayores cotas de arbitrabilidad y en una apreciación ponderada de las causales de anulación. Los linderos entre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y el necesario control judicial son variables, pero tienden a estrecharse dentro de un debate doctrinal inacabado y de una práctica jurisprudencial heterogénea que, sin embargo, evidencia un debilitamiento del control ejercido por el juez estatal sobre el procedimiento y sobre el laudo. De la delimitación adecuada de estos linderos depende la existencia misma de la institución arbitral.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “La ordenación del arbitraje comercial internacional en América Latina y el Caribe: entre el particularismo y la unificación”, *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, vol. II, n° 2, 2016, pp. 40–57.

Este artículo trata sobre todo del marco legal del arbitraje comercial internacional en América Latina y el Caribe y la influencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en las leyes de arbitraje adoptadas por la mayoría de los países de la región, que han adoptado un modelo normativo moderna del arbitraje comercial internacional. También incorpora información sobre el marco jurídico en vigor para el arbitraje internacional en América Latina y el Caribe. Por último, muestra el esfuerzo importante en estos países para superar las tendencias nacionales e idiosincrasias formalistas en esta materia. A pesar de la resistencia negativa por los países de la región y de la defensa de un cierto particularismo en la actualidad no existe una actitud hostil hacia el arbitraje comercial internacional.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “El orden público del árbitro en el arbitraje comercial internacional”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho (Homenaje a Nuria Bouza Vidal)*, abril, 2017.

La autonomía de las partes en el arbitraje comercial internacional es una razón convincente para que adopten un convenio de arbitraje, en vez de optar por un litigio jurisdiccional. Sin embargo, la labor de los árbitros pueden verse obstaculizada por varios factores, en concreto, la arbitrabilidad y el orden público. La noción de orden público existe en casi todos los sistemas jurídicos, sin embargo, es uno de los conceptos jurídicos de mayor dificultad de precisión debido a la diversidad de la práctica y de la doctrina en la materia. El alcance del orden público es algo más que un mero utensilio del control judicial, una vez finalizado el proceso ante los árbitros. Se exterioriza a lo largo del proceso arbitral repercutiendo en la determinación de la competencia de los árbitros, en la sustanciación de las actuaciones arbitrales y en la determinación del Derecho aplicable al convenio arbitral, dando lugar a una suerte de “orden público del árbitro”. Por consiguiente, la apreciación del orden público no atañe exclusivamente a los jueces. Los árbitros son tan competentes como éstos últimos para indagar en torno al contenido del orden público subyacente de una determinada ley, en un reglamento o en una práctica arbitral.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Permanencia del acta de misión en la práctica arbitral”, *Temas actuales de Derecho internacional. Homenaje al profesor emérito Mario Ramírez Necochea*. Santiago de Chile, Thomson–Reuters, 2016, pp. 445–473. ISBN 9–789563–468311.

Aunque no se ha generalizado el empleo del Acta de Misión ha ido consolidándose y generalizándose en la práctica arbitral internacional. Dicho empleo ofrece innumerables ventajas pese a su inevitable formalismo y pese al empleo de un esfuerzo adicional para las partes y para el tribunal arbitral. Los modernos Reglamentos de arbitraje, no sólo regulan el acta sino que ofrecen cada vez más precisión en orden a su contenido en un afán superador de las tradicionales críticas al modelo. El Acta de Misión contribuye de manera significativa al éxito del procedimiento arbitral; en particular, por la precisión de las cuestiones en disputa, lo que aumenta la eficacia de la audiencia posterior y, en un número significativo de casos, por demostrar que las posiciones jurídicas de las partes no son tan diferentes, creando así las condiciones para una posible transacción.

FERRARI, F. y ROSENFELD, F.: “Límites a la autonomía de las partes en arbitraje internacional”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. X, nº 2, 2017, pp. 335–386. ISSN: 1888–5373.

El presente artículo examina los límites a la autonomía de las partes en el ámbito del arbitraje comercial internacional. En concreto, el artículo desafía la premisa liberal según la cual el arbitraje constituye tan solo un proceso diádico entre dos partes racionales basadas en la expresión de la autonomía de las partes. Los autores sostienen que el arbitraje genera una red de relaciones entre las partes, los árbitros, las instituciones arbitrales y el público en general. En algunos casos, los intereses de los distintos actores se solapan, mientras que en otros divergen, llegando a crear tensiones que en ocasiones solo pueden resolverse limitando la autonomía de las partes. En este contexto, los autores desarrollan la taxonomía de las limitaciones distinguiendo según su finalidad de proteger los intereses de las partes, de los árbitros, de las instituciones arbitrales o bien del público en general. En opinión de los autores, una comprensión adecuada de estas limitaciones es fundamental si se pretende proteger al arbitraje de los desafíos que enfrenta su legitimidad y apoyar su papel como instrumento primario de resolución de disputas comerciales.

HERRERA PETRUS, Ch.: “Reflexiones sobre el *discovery* y otros aspectos probatorios del *common law* en el arbitraje internacional desde la perspectiva del jurista continental,” *Diario La Ley*, nº 8829, 2016.

LINARES RODRÍGUEZ, E.: “Primera ejecución en España de un laudo OHADA ¿Por qué tiene un juez español que forzar su cumplimiento?”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. X, nº 1, 2017, pp. 131–162. ISSN: 1888–5373.

El Convenio de Nueva York de 1958 permite se busque el reconocimiento y la ejecución de un laudo OHADA en terceros Estados. Sin embargo, admite el empleo de la normativa interna para regir el procedimiento y deja a salvo cuestiones relacionadas con la inmunidad soberana de los Estados. Las nuevas leyes adoptadas en España en materia de cooperación jurídica internacional e inmunidad soberana, establecen la intervención del MAEC cuando un Estado extranjero sea demandado ante tribunales españoles como es el caso *Commercial Bank / Guinea Ecuatorial*. Esta previsión puede implicar un giro de la jurisprudencia hacia posturas más cercanas a la inmunidad absoluta. Como se verá en este artículo, aunque CBGE haya obtenido el executur del laudo en España y logrado el embargo del avión titularidad de Ceiba, las medidas coercitivas de ejecución podrán ser recurridas en revisión por el Estado, quien podrá plantear una estrategia fundamentalmente en dos direcciones: (i) bien demostrando la finalidad soberana del aparato embargado, para defender así su carácter inmune a la ejecución, o (ii) bien alegando que la persona jurídica afectada por el embargo no ha sido parte en el arbitraje y por tanto no es la deudora del laudo. La práctica jurisprudencial internacional ha demostrado que existen grandes posibilidades de que el tribunal termine levantando el embargo si se demuestra fehacientemente alguna de estas dos defensas.

MARTÍN MORAL, M.F.: El “tratamiento del laudo extranjero en el concurso de acreedores. Una especial alusión al laudo sometido a un procedimiento de anulación (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, nº 306/2017, de 12 julio)”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. X, nº 2, 2017, pp. 501–510. ISSN: 1888–5373.

MOURA VICENTE, D.: “La aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. X, nº 1, 2017, pp. 15–40. ISSN: 1888–5373.

En el arbitraje internacional el tribunal no decide en nombre de determinado Estado. Se plantea por ello la cuestión de saber si los árbitros pueden aplicar al fondo del litigio reglas de derecho que las partes no hayan invocado en el proceso. No sirven necesariamente para los tribunales arbitrales las reglas que vinculan a los tribunales estatales en cuanto a esta cuestión. Pero tampoco parece adecuado que las partes tengan la libre disposición del Derecho aplicable en el arbitraje internacional. En este estudio se intenta determinar si y en qué medida el tribunal arbitral puede averiguar y aplicar *ex officio* al fondo del litigio reglas jurídicas no alegadas ni probadas por las partes (*vid.* este Anuario, *supra*, pp. 1359–1364).

PENADÉS FONS, M.: “International Arbitration and vis attractiva concursus”, *EU Law after the Financial Crisis* (Schmidt, J., Esplugues Mota, C. y Arenas García, R., eds.), Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 237–252.

PENADÉS FONS, M.: “El asunto *Genentech* y el alcance de la *second look doctrine* en la Unión Europea”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, nº 3, 2016, pp. 817–833. ISSN: 1888–5373.

REQUEJO ISIDRO, M.: “Gestión de controversias transfronterizas *inter privatos*: la experiencia de los tribunales arbitrales mixtos”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 213–247.

ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

FORCADA MIRANDA, F.J.: “Las comunicaciones judiciales directas y la nueva Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil: una propuesta de guía práctica para el establecimiento y desarrollo de comunicaciones judiciales directas en casos específicos”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2190, 2016, pp. 1–57.

FORCADA MIRANDA, F.J.: *Las comunicaciones judiciales directas en la cooperación jurídica internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, 487 pp. ISBN: 978-84-9169-654-4.

Cuando jueces en activo pertenecientes a distintos Estados se comunican para abordar un asunto transfronterizo en el que hay intereses contrapuestos, la comunicación directa que entre ellos pueda establecerse, al margen de mecanismos tradicionales de cooperación internacional, suscita infinidad de cuestiones que se abordan ahora por primera vez de manera exhaustiva. La presente monografía analiza el fenómeno de las comunicaciones judiciales directas en el marco de la cooperación judicial internacional. Se trata de una problemática que ha cobrado una inusitada actualidad desde el año 2015, a la vista de su regulación positiva en el art. 4 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, y en el artículo 778.4º de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la reforma operada en la misma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. Aparte de analizarse el estado de la cuestión en cuarenta y nueve Estados de todo el mundo, se detalla la aproximación que se ha realizado a esta materia desde diversas instituciones, particularmente la Conferencia de La Haya, Naciones Unidas, La Unión Europea y el Consejo de Europa.

GÓMEZ JENE, M.: “Práctica judicial y extrajudicial de las nuevas normas de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 649–671.

MARCHAL ESCALONA, N.: “El régimen jurídico de las notificaciones en la ley de cooperación jurídica internacional”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 561–595.

MÉNDEZGONZÁLEZ, F.P y PALAO MORENO, G. (dirs.): *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. ISBN: 978–84–9143–637–9.

Con la publicación de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC), se colma una significativa laguna, erigiéndose en una pieza esencial del sistema español de Derecho Internacional privado. Y ello, al agrupar aspectos de la importancia de la notificación y el traslado de los documentos judiciales y extrajudiciales, la práctica y la obtención de pruebas, la información y prueba del derecho extranjero, la litispendencia y la conexidad internacional, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales y los documentos públicos extranjeros. La importancia de la LCJIMC obligaba a presentarla de forma sistemática, haciendo un especial hincapié en los cambios que incorpora, su imbricación dentro de nuestro ordenamiento y su interrelación con los instrumentos convencionales y europeos. Esta obra responde a este objetivo siendo el resultado del esfuerzo coordinado de especialistas universitarios en Derecho Internacional privado y registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en vistas a ofrecer un estudio crítico y contextualizado de los diferentes preceptos que componen la LCJIMC, siendo éste uno de los principales valores de estos Comentarios

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “Los caracteres generales de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, pp. 289–292.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “Hacia una ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 349–390, ISBN 978–84–9143–483–2.

BANCA Y BOLSA

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “Valores negociables y custodia internacional. Algunas cuestiones fundamentales”, *La reforma del sistema de poscontratación en los mercados de valores* (Martínez Flórez, A., Garcimartín Alférez, F.J. y Recalde Castells, A.J., dir.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 797–830. ISBN 978–84–9152–774–9.

La inversión en valores negociables en el contexto internacional se articula a través de cadenas de intermediarios que actúan como depositarios de los valores. La tenencia indirecta de valores plantea problemas jurídicos específicos. Este trabajo analiza desde la perspectiva del Derecho español el régimen jurídico-público de la actividad de custodia de los valores y los aspectos jurídico-reales de la tenencia indirecta, tanto en su dimensión conflictual como material.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.M.: “Incumplimiento de la normativa comunitaria MiFID en cuanto a los deberes de información y evaluación del cliente: consecuencias en el ámbito contractual según la jurisprudencia española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n° 1, 2016, pp. 271–299.

BIENES

DÍEZ SOTO, C.M.: “*Cassirer v. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el holocausto*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 377–403.

FUENTES CAMACHO, V.: “Por fin una nueva ley sobre restitución de bienes culturales”, *La Ley: Unión Europea*, nº 50, 2017.

TORRES CAZORLA, M.I.: “La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales y obras de arte: pasos dados en pos de este objetivo en la Unión Europea y sus implicaciones para España”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1163–1374, ISBN 978–84–9143–483–2.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Extensión de la competencia judicial internacional en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles (y en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos) STJUE de 16 de noviembre de 2016, asunto, C–417/15: *Wolfgang Schmidt y Christiane Schmidt*”, *La Ley Unión Europea*, nº 46, 2017.

Las disposiciones del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, deben interpretarse en el sentido de que una acción de anulación de un acto de donación de un inmueble por incapacidad para otorgarlo del donante no corresponde a la competencia exclusiva del tribunal del Estado miembro en el que se halla el inmueble, prevista en el art. 24, punto 1, de ese Reglamento, sino a la competencia especial prevista en el art. 7, punto 1, letra a), del mismo Reglamento. Una acción para la cancelación en el registro de la propiedad de los asientos relativos al derecho de propiedad del donatario corresponde a la competencia exclusiva prevista en el art. 24, punto 1, del referido Reglamento

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Competencia judicial internacional para la modificación de sentencia en materia de responsabilidad parental y de obligaciones alimenticias (STJUE de 15 febrero 2017, asunto C–499/15: W y V)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 47, 2017.

ANTÓN JUÁREZ, I.: “El litisconsorcio pasivo, la validez de la sumisión expresa y la noción de materia contractual en el sector financiero: nota a la STJUE de 20 abril 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 349–362.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en su sentencia de 20 abril 2016 sobre tres de los artículos más controvertidos en la aplicación del Reglamento 44/2001 (actual Reglamento Bruselas I bis). Estas cuestiones son planteadas al Tribunal de Justicia por la Corte de Casación italiana en torno a un procedimiento en materia financiera. El tribunal italiano solicita que se le aclaren básicamente tres aspectos: 1) si el art. 6.1 del Reglamento 44/2001 (actual art. 8.1º RBI-bis) debe ser aplicado restrictivamente sólo en el caso de riesgo de resoluciones inconciliables o puede ser utilizado cuando procesalmente convenga al demandante aunar demandas ante un único tribunal; 2) si una cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales de un Estado miembro recogida en un folleto de emisión de títulos de crédito cumple con los criterios exigidos por el art. 23 del Reglamento Bruselas I. Es más,

cabría oponer dicha cláusula recogida en el folleto de emisión a un tercero que adquiere los bonos en el mercado secundario; 3) si una acción judicial dirigida a anular un contrato es “materia contractual” en el sentido del art. 5.1º.a Reglamento 44/2001(actual art. 7.1º.a) RBI-bis).

ARENAS GARCÍA, R.: “Competencia por conexidad y litigios en materia de infracción de modelos industriales registrados. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1ª) de 10 enero 2017”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 80 (enero-abril), 2017, pp. 107–126, 2017. ISSN 1579–3494.

ARONGIU BUONAIUTI, F.: “The agreement establishing a unified patent court and its impact on the Brussels I Recast Regulation. The new rules introduced under Regulation (EU) nº 542/2014 in respect of the Unified Patent Court and the Benelux Court of Justice”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 208–222.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Un convenio internacional perdido y hallado en las Islas Baleares: reflexiones sobre el control de oficio de la competencia judicial internacional y las fuentes del Derecho internacional privado español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº. 1, 2017, pp. 366–382.

El presente trabajo examina la importancia de la correcta selección, por jueces y litigantes, de las fuentes normativas que regulan la competencia internacional de los tribunales españoles. En dicho contexto, se estudia también el principio constitucional con arreglo al cual los tribunales españoles sólo pueden decidir sobre el fondo de un litigio internacional si disponen de competencia internacional al efecto, con independencia de la actitud de las partes.

CARA GÁNDARA, R.: “Competencia judicial internacional en procedimiento de nulidad matrimonial iniciado por un tercero tras el fallecimiento de uno de los cónyuges (STJUE de 13 octubre 2016, Asunto C–294/15: *Edyta Mikolajczyk c. Marie Louise Czarnecka y Stefan Czarnecki*)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 44, 2017.

En primer lugar, la STJUE de 13 octubre 2016, asunto C–294/15, *Mikolajczyk* resulta de interés porque es la primera vez que el TJUE resuelve una cuestión prejudicial sobre la inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003 de un litigio en materia de nulidad matrimonial interpuesto por un tercero tras el fallecimiento de uno de los cónyuges. Pero, en segundo lugar y, principalmente, resulta muy oportuna porque nos permite revisar los polémicos foros de competencia en materia matrimonial con motivo de la reciente Propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis presentada por la Comisión Europea el 30 junio 2016.

D’ALESSANDRO, E.: “Recuperación de deudas dentro de la Unión europea. ¿Se permiten objeciones sustantivas al sistema de ejecución europeo?”, *La Ley: Unión Europea*, nº 40, 2016.

Una de las principales novedades introducidas por el Reglamento UE nº 1215/2012 consiste en la derogación del sistema de exequátur. Debido a la adopción de la técnica del título ejecutivo europeo, las sentencias condenatorias, transacciones judiciales o documentos públicos establecidos de un Estado miembro son automáticamente idóneos para iniciar un proceso de ejecución. La automática aplicación de la eficacia ejecutiva de las decisiones condenatorias, transacciones judiciales e documentos públicos, es contrarrestada por la posibilidad que se le otorga al deudor de deducir en el Estado miembro requerido de la ejecución, una petición que el art. 46 del Reglamento UE nº 1215/2012 denomina “denegación de la ejecución”. El considerando nº30 del Reglamento UE nº1215/2012, da un paso más allá, al disponer que “cuando una parte se oponga a la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro, debe poder invocar en el mismo procedimiento, y en la medida de lo posible y de acuerdo con el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, además de los motivos de denegación previstos en el

Reglamento actual, también aquellos que establezca el Derecho nacional dentro de los plazos que este disponga”. El problema que en este trabajo se intenta resolver, se vincula estrechamente con el texto de este considerando: se intentará determinar si el deudor puede deducir en el Estado miembro, en el contexto del procedimiento de denegación a la ejecución referido en el art. 46 del Reglamento UE n° 1215/2012, una reclamación fundada en la inexistencia del derecho actual de crédito que el acreedor quiere satisfacer mediante la ejecución forzada. La solución negativa se basa en la creencia de que tales reclamaciones, especialmente cuando el título ejecutivo europeo proviene de una decisión judicial, son incompatibles con la norma establecida por el art. 52 del Reglamento UE n° 1215/2012, según la cual, la resolución dictada en un Estado miembro en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo en el Estado miembro requerido. Al contrario, en apoyo de la solución afirmativa, está en primer lugar el considerando n° 30 del Reglamento UE n° 1215/2012 y también la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el caso *Prism Investments*. En esa ocasión, dicho Tribunal dejó claro que “una vez que una resolución queda integrada en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, las normas nacionales de este último Estado relativas a la ejecución se aplican de la misma manera que a las resoluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales nacionales”.

DIAGO, M.P.: “Conexidad y litispendencia *ad extra* (art. 33 y 34 Bruselas I bis)”, *Comentario al Reglamento n° 1251/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones*, Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 673–686.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Rigidez *versus* flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*”, *Desarrollos Modernos del Derecho Internacional Privado Libro Homenaje al Dr. Leonel Pereznieta Castro* (V.M. Rojas Amandi, coord.), México, Tirant lo Blanch México, 2017, pp. 229–285. ISBN: 9788491694519.

IRIARTE ÁNGEL, J.L.: “Lugar donde se produce el daño y consecuencias indirectas del hecho dañoso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Culpa y responsabilidad* (L. Prats Albentosa y G. Tomás Martínez), Cizur Menor, Thomson Reuters–Aranzadi, 2017, pp. 579–612. ISBN 978–84–9152–671–1.

JIMÉNEZ BLANCO, pp.: “La *derogatio fori* después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 473–506.

LORENTE MARTÍNEZ, I.: “La fundamentación económica del foro especial en materia contractual contenido en el Artículo 7.1 B) Guión Primero del Reglamento Bruselas I bis”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n° 2, 2016, pp. 278–291.

El foro especial por razón de la materia contenido en el art. 7.1 b) del Reglamento Bruselas I bis es un foro que cumple a la perfección con dos de los principios fundamentales de este Reglamento: el principio de proximidad y el de previsibilidad. De ese modo, resulta ser un foro que facilita la precisión del tribunal competente para las partes implicadas en un litigio. Este foro gira en torno al lugar de situación de la cosa objeto del litigio: se litiga donde las partes han decidido que la cosa objeto de la compraventa debe ser entregada. Se trata de un foro que no responde a la idea de soberanía territorial, sino a la idea de eficiencia para los particulares. Litigar en dicho país significa litigar al coste más reducido posible para ambas partes. Ello potencia la conclusión de contratos internacionales y el intercambio transfronterizo de bienes.

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “Crisis matrimoniales internacionales. Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles y requisitos documentales de la admisibilidad de la demanda de separación judicial o divorcio”, *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, n°. 117, 2016, pp. 17–30.

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “Emisión de obligaciones y cláusulas atributivas de competencia: condiciones de validez y oponibilidad a terceros: STJUE de 20 abril 2016, asunto C-366/13: *Profit Investment SIM SpA*”, *La Ley: Unión Europea*, nº 41, 2016.

Al hilo de la STJUE de 20 abril 2016, *Profit Investment SIM SpA*, este trabajo tiene por objeto analizar, por un lado, y de acuerdo con las exigencias del art. 23 Reglamento 44/2001 (actual art. 25 Reglamento 1215/2012), los requisitos de validez y oponibilidad frente a terceros de una cláusula de prórroga de competencia, en concreto, si la entidad emisora de unos títulos controvertidos puede oponer un pacto de elección de foro incluido en el folleto de emisión de bonos respecto del último suscriptor de esos títulos, que los adquirió a través de un contrato celebrado con una sociedad intermediaria. Por otro, la interpretación del concepto de “...materia contractual...” a efectos de la aplicación del art. 5.1.º a Reglamento 44/2001 (actual art. 7.1º Reglamento 1215/2012) respecto de la acción de nulidad de los actos negociables que dieron lugar a la adquisición de los títulos controvertidos y de restitución del precio pagado por ellos; y, finalmente, valoración del concepto de resoluciones inconciliables que permite, en aplicación del art. 6.1º Reglamento 44/2001 (actual art. 8.1º Reglamento 1215/2012) y respecto de una reclamación de nulidad y de restitución del precio, y otra relativa a la indemnización por daños por responsabilidad derivada de una gestión defectuosa, demandar ante el Tribunal del domicilio del demandado a un codemandado con domicilio en otro Estado miembro.

PENADÉS FONS, M.A.: “La protección de los intereses generales por los tribunales arbitrales y el *forum non conveniens*”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 599–610, ISBN 978–84–9143–483–2.

PÉREZ LLORCA, J.P. (dir.), BLANCO-MORALES LIMONES, P., GARAU SOBRINO, F.F., LORENZO GUILLÉN, M.L., MONTEIRO MURIEL, F.J. (coords.): *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*, Pamplona, Aranzadi, 2016, 1.340 p. ISBN: 978–84–9098–120–7.

REQUEJO ISIDRO, M. y KOECHEL, F.: “Elección de foro a favor de un tercer Estado en el sistema Bruselas”, *La Ley: Unión Europea*, nº 39, 2016.

La decisión del TJUE en *Taser* obliga a reflexionar sobre la relación entre la sumisión tácita como criterio atributivo de competencia judicial conforme al sistema Bruselas, y las cláusulas exclusivas de elección de foro en favor de un tercer Estado incluidas en un contrato. La sentencia suscita también otras consideraciones sobre la necesidad de respetar el efecto útil de los reglamentos; acerca de la extensión de los límites que al efecto de-rogatorio de las cláusulas de elección impone el sistema Bruselas; y (aun-que no es un problema planteado por el tribunal de referencia o abordado por el TJUE) sobre este mismo punto a la luz del Convenio de La Haya de 30 junio 2005 sobre acuerdos de elección de foro.

REQUEJO ISIDRO, M.: “Avotiņš C. Letonia, STEHD, de 23 de mayo de 2016, as. 17502/07”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 40, 2016, pp. 189–291.

REQUEJO ISIDRO, M.: “Business and Human Rights Abuses: Claiming Compensation under the Brussels I Recast”, *Human Rights & International Legal Discourse* (número spécial *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: The Emerging European Union Regime*) (C. Márquez Carrasco y K. Buhmann, eds.), vol. X, nº 1, 2016, pp. 72-92.

REQUEJO ISIDRO, M.: "The Enforcement of Monetary Final Judgments Under the Brussels I bis Regulation. A Critical Assessment", *Brussels Ibis Regulation, Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme – Short Studies in Private International Law* (V. Lazic y S. Stuij, eds.), The Hague, TMC Asser, 2016, pp. 71–95. ISBN 978–94–6265–147–0.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: "Artículo 25 y Artículo 26", *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 545–590, ISBN: 978–84–9098–120–7.

ROSENDE VILLAR, C.: "Validez en el ámbito europeo de las cláusulas de elección de foro fijadas unilateralmente", *La Ley mercantil*, n° 30 (noviembre), 2016.

SALVADORI, M.: "Validez y oponibilidad de la cláusula contractual de prórroga de competencia suscrita entre dos sociedades ante la reclamación a los representantes: acción de responsabilidad por violación del acuerdo de elección de foro (Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 junio 2017, asunto C–436/16: asunto *Leventis y Vafeias*)", *La Ley: Unión Europea*, n° 53, 2017.

SUDEROW, J.: "Acciones derivadas de ilícitos antitrust: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia *CDC Hydrogen Peroxide*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n° 2, 2016, pp. 306–329.

TORRALBA MENDIOLA, E.: "La competencia judicial internacional en las reclamaciones de responsabilidad extracontractual por daños meramente patrimoniales y la inutilidad de la regla de la ubicuidad: STJUE de 16 junio 2016, asunto C–12/15: *Universal Music International Holding*", *La Ley: Unión Europea*, n° 42, 2016.

COMPRAVENTA

SILVA RUIZ, P.F.: "Compraventa: la 'propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea' y la 'Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías' propuestas directivas", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 69, n° 2, 2016, pp. 477–491.

CONSUMIDORES

ESPINIELLA MENÉNDEZ (A.): "Reclamaciones en materia de consumo transfronterizo", *Derechos de los consumidores y usuarios: doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 2807–2840. ISBN 978–84–9119–383–8.

FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.: "La articulación en materia de consumo del sistema conflictual europeo con el Derecho material", *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 581–588, ISBN 978–84–9143–483–2.

GÓMEZ VALENZUELA, E.: "El contrato electrónico celebrado por consumidores en la Unión Europea: cuestiones de ley aplicable", *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones*

internacionales, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 901–912, ISBN 978–84–9143–483–2.

HEREDIA CERVANTES, I.: “Ley aplicable a los contratos internacionales de crédito al consumo”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 302, 2016, pp. 113–148.

CONTRATOS

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: “Cláusulas de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamos bancarios (Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017, asunto C–186/16: *Andriuc y otros/Banca Românesacă SA*)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 53, 2017.

La regla de la relatividad de los acuerdos sobre competencia judicial internacional se confirma en la STJUE 28 junio 2017 sobre la responsabilidad civil derivada de la violación de la cláusula de elección del foro contenida en un contrato de fletamento. En este caso, la acción de indemnización se interpuso tanto contra la sociedad que suscribió una cláusula de prórroga de la competencia a favor de la jurisdicción inglesa, como contra sus representantes legales. Mientras que la competencia general no puede ser válida entre los vinculados por la cláusula de elección de foro diferente, sí puede ser aplicada en relación con los representantes legales de la sociedad que, no siendo parte del contrato en el que se acordó la prórroga de competencia, no pueden alegarla para impugnar la competencia general del domicilio del demandado.

BOUZA VIDAL, N.: “La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el Derecho europeo”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho (Homenaje a Nuria Bouza Vidal)*, abril, 2017.

CASTELLANOS RUIZ, M.J.: “Contratos internacionales de *leasing* de grandes aeronaves civiles”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 92–203.

Aunque el *leasing* como forma de financiación y más concretamente el contrato de leasing ha sido estudiado en multitud de ocasiones, no lo ha sido tanto en relación con las grandes aeronaves civiles. Por ello, en primer lugar, el presente trabajo se centra en las particularidades que presenta el leasing como forma de financiación de las grandes aeronaves civiles, presentando un grado de complejidad mucho más elevado que si el leasing se realizase sobre otro tipo de bien. Y en segundo lugar, se van a analizar los tipos de contratos de leasing, que por realizarse sobre las grandes aeronaves civiles presentan contornos propios. La primera característica que es fundamental para el presente estudio, es que éstos son contratos considerados intrínsecamente internacionales.

CEBRIÁN SALVAT, M.A.: “Normas internacionalmente imperativas y contratos de distribución europeos: ¿la Unión Europea como actor principal de Derecho internacional privado?”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1397–1406, ISBN 978–84–9143–483–2.1397–1406.

FRANZINA, P.: “La scelta tacita della legge applicabile al contratto Secondo il regolamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 221–239.

GARCÍA PÉREZ, R.M.: “El control jurídico-social de la voluntad privada en las iniciativas internacionales y regionales de armonización del Derecho contractual”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 849–878.

MADRID MARTÍNEZ, C.: “Contratos con el Estado: el fracaso del Derecho internacional privado de los contratos. Caso venezolano”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 879–902.

MARCHAL ESCALONA, N.: “Las cláusulas sociales en los contratos públicos: ¿Son contrarias al Derecho de la Unión Europea?”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº 3, 2016.

MARCHAL ESCALONA, N.: “La determinación del precio en los contratos internacionales”, *Derecho contractual comparado (Una perspectiva europea y transnacional)* (Sánchez Lorenzo, S. ed.), vol. II, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2016, pp. 283–320. ISBN 978-84-9135-926-5.

MARTÍN BAUMEISTER, B.: “*Lex mercatoria* islámica, la *sharía* como ley aplicable al contrato de *murabaha* bajo el “Reglamento Roma I”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 754, 2016, pp. 1121–1138.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. y RUEDA VALDIVIA, R.: “Ley aplicable a los contratos internacionales”, *Derecho contractual comparado (Una perspectiva europea y transnacional)*, (Sánchez Lorenzo, S. ed.), vol. II, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2016, pp. 571–626. ISBN: 978–84–9135–926–5.

PAREDES PÉREZ, J.I.: “El carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que establecen el reembolso de un préstamo vinculado a moneda extranjera (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017, Asunto C–186/16: *Ruxandra Paula Andriuc y otros y Banca Românească SA*)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 53, 2017.

El objeto de la controversia de la Sentencia nos sitúa ante la interpretación del ámbito de aplicación del art. 4.2º de la Directiva 93/13/CEE en relación con una cláusula contractual prevista en un contrato de crédito al consumo vinculado a moneda extranjera, en virtud de la cual los prestatarios estaban obligados a reembolsar las cuotas mensuales de los créditos en la misma divisa en que éstos se habían contratado. La Sentencia resulta de gran transcendencia en lo atinente al control de contenido de las cláusulas contractuales definitorias del objeto principal, pues lejos de ver al control de transparencia como un presupuesto previo al control de contenido, el TJUE declara la existencia de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes directamente por no superar la cláusula el control de transparencia material. En otras palabras, el hecho de que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no estén redactadas de manera clara o comprensible fundamentará de por sí su carácter abusivo.

QUIÑONES ESCAMEZ, A.: “Buena fe y lealtad contractual”, *Derecho contractual comparado (Una perspectiva europea y transnacional)* (Sánchez Lorenzo, S. ed.), vol. I, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2016, pp. 133–195. ISBN: 978–84–9135–923–4.

QUIÑONES ESCAMEZ, A.: “Derecho islámico: Los principios de la Sharia en los contratos internacionales”, *Derecho contractual comparado (Una perspectiva europea y transnacional)* (Sánchez Lorenzo, S. ed.), vol. I, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2016, pp. 429–478. ISBN: 978–84–9135–923–4.

QUIÑONES ESCAMEZ, A.: “El Derecho contractual francés (2016)”, *Derecho contractual comparado (Una perspectiva europea y transnacional)* (Sánchez Lorenzo, S. ed.), vol. I, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2016, pp. 243–284. ISBN: 978–84–9135–923–4.

SÁNCHEZ LORENZO, S. (dir.): *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y transnacional)*, 3^{ème} ed., 2 vols., Cizur Menor, Civitas Thomson-Reuters, 2016, 2576 p. ISBN: ISBN 978-84-9135-925-8.

La presente obra contiene un estudio exhaustivo de Derecho contractual comparado, que incluye una síntesis de los principales modelos legales en materia contractual así como un estudio detallado que cada aspecto concreto de la dinámica contractual. La obra constituye el intento más ambicioso tanto en la doctrina española como comparada para ofrecer una visión exhaustiva y completa de la dinámica jurídica contractual desde una perspectiva comparada e internacional. Puesta al día de los 34 capítulos anteriores e incorporación de los nuevos 17 capítulos (1/3 de la obra): La garantía por evicción en la compraventa como elemento integrador del Derecho contractual; el Derecho romano clásico; el Derecho contractual francés (2016); el Derecho contractual alemán; el modelo contractual italiano; el Derecho estadounidense de contratos; del *common law* al Código Uniforme de Comercio como Código global; la armonización del Derecho de los contratos por la OHADA; ley aplicable a los contratos internacionales; la responsabilidad precontractual en Derecho comparado; la forma del contrato; causa y consideración; la ilicitud contractual; el dolo como vicio del consentimiento; la violencia y la intimidación y el abuso de debilidad, confianza o dependencia.

Vaquer Aloy, A.: *Derecho contractual europeo*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017, 333 pp. ISBN: 978-956-7799-39-8.

DERECHO APLICABLE

CALVO CARAVACA, A.L.: “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVIII, n° 2, 2016, pp. 133–156.

DIAGO DIAGO, M.P.: “La prueba del Derecho extranjero tras la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 533–560.

PAREDES PÉREZ, J.I.: *La perspectiva del reconocimiento en el paradigma multilateral de F.K. Von Savigny*, Granada, Comares, 2016, 236 p. ISBN 978-84-9045-469-5.

DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

ESPLUGUES MOTA, C. y otros: *Derecho del comercio internacional*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, ISBN 13: 978-84-9143-253-1.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: “El Derecho del comercio internacional: nuevos retos para el Derecho internacional privado español”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1289–1318, ISBN 978-84-9143-483-2.

DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Estrategias y prioridades de la polivalente gestión de la Unión Aduanera, ante su cincuenta aniversario”, *La Ley: Unión Europea*, n° 44, 2017.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Instrumentos de defensa comercial y nueva metodología antidumping en la Unión Europea”, *La Ley: Unión Europea*, nº 52, 2017.

Los instrumentos de defensa comercial favorecen a que las empresas de la UE tengan ante sí una competencia leal, que constituye un pilar necesario de una economía abierta. El Consejo y el Parlamento Europeo están examinando varias propuestas de la Comisión destinadas a hacer todavía más eficaces los instrumentos de defensa comercial frente a lo que amenaza la igualdad de condiciones: junto con una mayor modernización en términos generales, la Comisión ha propuesto una nueva metodología de cálculo antidumping para hacer frente a importantes distorsiones del mercado y reforzar la capacidad de la Unión de contrarrestar las prácticas desleales de subvención. En este contexto, los negociadores del Parlamento Europeo y del Consejo han alcanzado el 3 octubre 2017 un acuerdo sobre la propuesta que adoptó la Comisión en noviembre de 2016 para modificar la normativa antidumping y antisubvenciones de la UE. Con ello la Unión Europea pretende asegurarse de que sus instrumentos de defensa comercial sigan siendo eficaces para hacer frente a las importantes distorsiones del mercado en determinados países, que pueden desembocar en un exceso de capacidad industrial y que alientan a los exportadores a vender sus productos a precios de dumping en el mercado de la UE. Estos cambios harán posible que Europa disponga de instrumentos de defensa comercial para hacer frente a las realidades del actual entorno comercial internacional (en particular, los excesos de capacidad), al tiempo que respeta plenamente sus obligaciones internacionales en el marco jurídico de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I.: “La firma del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá: un primer y decisivo paso hacia el establecimiento de un renovado marco legal para las inversiones extranjeras en el ámbito europeo y global”, *La Ley: Unión Europea*, nº 42, 2016.

La firma del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá constituye un acontecimiento relevante en un contexto donde la nueva política comercial común del Unión está siendo constantemente cuestionada y donde el logro de resultados concretos está demostrando ser una tarea francamente compleja. El AECEG incluye propuestas novedosas en relación con el establecimiento de las inversiones, la protección de éstas y la resolución de diferencias entre estados e inversores. Esta nueva regulación es un primer y tímido paso hacia el establecimiento de un renovado régimen legal de las inversiones extranjeras en el ámbito europeo y global.

GARCÍA LÓPEZ, J.A.: “Las guerras solares: el fracaso de la política antidumping europea ante China (Sentencia del Tribunal General de 28 febrero 2017, asunto T-157/14: *JingAo Solar y otros / Consejo*)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 48, 2017.

GARCÍA LÓPEZ, J.A.: “El acuerdo económico y de comercio global UE-Canadá (CETA): el impacto de las reglas de origen preferenciales”, *La Ley: Unión Europea*, nº 42, 2016.

IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I.: “Por fin un poco de luz en el farragoso debate competencial en el marco de los nuevos tratados de comercio e inversión de la Unión Europea (Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 50, 2017.

RODRÍGUEZ MAGDALENO, R.I.: “La aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA): ¿preludio de la entrada en vigor?”, *La Ley: Unión Europea*, nº 46, 2017.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ABARCA JUNCO, A.P. y otros: *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid UNED, 2016, 722 pp. ISBN: 978-84-362-71461.

CALVA CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, ISBN 978-84-9045-534-0.

CALVO CARAVACA, A.L. y otros: *Kodex 2016 materiales de derecho internacional privado europeo y español: legislación, jurisprudencia, formularios, doctrina*, Murcia, Diego Marín Librero Editor SL, 2016, 4.189 p. ISBN 13: 978-84-16908-19-6.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S.A. y CONCEPCIÓN, N.: *Derecho internacional privado de la República Dominicana*, Santo Domingo, Funglode, 2017, 498 pp. ISBN: 978-9945-590-65-4.

Involucrada en un proceso de internacionalización cada vez más acusado, la República Dominicana decidió regular los aspectos relacionados con el tráfico privado externos de una manera global. Ese ha sido el propósito de la Ley nº 544-14 de Derecho internacional privado, de 15 octubre 2014 (LDIPr), que incorpora, en un bloque jurídico sistematizado, un conjunto de materias muy diversas que ofrecen un denominador común: la respuesta al carácter transfronterizo de la relación jurídica considerada. Con esta apertura internacional el ordenamiento jurídico dominicano colma un importante vacío legal aportando soluciones que, dentro de la complicación de la materia, son lo suficientemente claras y adaptadas a los requerimientos de las transacciones privadas internacionales.

Lo anterior es particularmente aplicable a la contemplación de una disciplina jurídica construida, en gran parte, con razonamientos basados en una única disposición legislativa derivada del art. 3º del Código de Napoleón, fuente nutricia de numerosas construcciones doctrinales, muchas veces inaccesibles para los no iniciados, y de la referencia a un tratado internacional, el denominado “Codigo Bustamante”, con un ámbito de aplicación muy limitado y con unas soluciones periclitadas en la actual etapa de las transacciones de carácter transfronterizo. Entre los elementos más innovadores de la LDIPr figura la incorporación por el legislador dominicano de muchas soluciones adoptadas por la codificación internacional del DIPr, después de ponderar escrupulosamente las ventajas y desventajas de las distintas alternativas en el entendimiento de que la más aceptable es simplemente aquella que origina un menor número de inconvenientes en la práctica.

Los autores están convencidos de que las dimensiones reducidas de este manual no privan al usuario de contar con los datos esenciales para profundizar en el estudio de los problemas básicos – y no tan básicos– del DIPr, y confían en que le brindarán los elementos para resolver con éxito casos reales. Y aunque la finalidad docente es la única que se ha perseguido, no se les oculta que este enfoque puede beneficiar asimismo al práctico del Derecho. Desde nuestro punto de vista, las necesidades de la práctica legal deben estar muy cerca de la enseñanza del Derecho. Y ello no significa en modo alguno una renuncia a una formación teórica o científica, pues creemos firmemente en que una buena práctica resulta imposible sin una formación sólida de los principios básicos de la ciencia jurídica y de cada una de sus disciplinas. Pero, evidentemente, ningún libro, y este no es una excepción, es capaz de proporcionar una formación global. Tan sólo puede pretender ser un instrumento de trabajo que ayude en esa tarea tan compleja, en que resulta tan esencial el papel del docente como la disposición del estudiante. Confiamos en que el esfuerzo que hemos puesto en depurar este instrumento de trabajo pueda ser útil tanto a unos como a otros; y porque en este quehacer siempre inacabado siempre ayudarán más las críticas que la complacencia, las primeras habrán de ser bien recibidas y agradecidas.

En la intención de los autores este libro debe cumplir una doble función. De un lado, servir de guía útil para quienes se dedican a la práctica del Derecho y necesitan obtener una visión concisa y a

la vez documentada de los problemas generales y espaciales del Derecho internacional privado. De otro, proporcionar al estudiante de Derecho un instrumento de trabajo para abordar la asignatura de DIPr que pueda ayudarle a resolver casos prácticos, proporcionándole, más que sesudas teorías, las claves de un ordenamiento vivo. Modestamente este libro se limita a presentar las claves del Derecho internacional privado positivo dominicano. Nuestra ciencia es inductiva, y para merecer tal calificativo debe tomar como referencia la realidad positiva y no la especulación gratuita. El realismo no está reñido con la reflexión académica. Más bien debe ser su presupuesto básico. El sistema positivo es un indicador de los problemas sociales y nos suministra el escenario de principios y conceptos, de ideas-fuerza, cuya transmisión es la base de la enseñanza. Por suerte, este ideario resiste a cualquier sistema jurídico, por muy voluble que sean sus reglas y por muy cambiante el tiempo simbólico en que se desenvuelve.

ESPLUGUES MOTA, C. y otros: *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017. 679 pp. ISBN 978-84-9169-377-2.

GARAU SOBRINO, F.F.: “El Derecho internacional privado que viene: el futuro ya está aquí”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 303-332.

LEHMANN, M.: “El reconocimiento ¿una alternativa al Derecho internacional privado?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 240-257.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: *Manual de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Alicante, Editorial Club Universitario, 2017, 461 p. ISBN: 978-84-16966-94-3.

PARRA RODRÍGUEZ, C.: *Derecho internacional privado*, Barcelona, Huygens Editorial, 2016, 386 p. ISBN 13: 978-84-15663-65-2.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: *Manual de Derecho internacional privado*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, 295 pp. ISBN: 978-84-309-7228-9.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

ÁLVAREZ GOZÁLEZ, S.: “Consecuencias del Brexit para la cooperación en materia civil: Derecho de la persona, de familia y de sucesiones”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 181-210.

ANTÓN JUÁREZ, I.: “The ten commandments of parallel trade”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 55-76.

ARENAS GARCÍA, R.: “Consecuencias del Brexit para el Derecho internacional privado europeo”, *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 249-276. ISBN 9788491439202.

ARENAS GARCÍA, R.: “Brexit y Derecho de sociedades”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 155-180.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.) y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: *Litigación internacional en la Unión Europea*, II, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, 897 pp. ISBN: 978-84-9177-413-6.

La Ley aplicable a los contratos internacionales celebrados después del 17 diciembre 2009 se determina con arreglo al Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones

contractuales, conocido como Reglamento Roma I. Este Reglamento obliga a todos los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca. El libro incluye: a) análisis completo del Reglamento Roma I contribuye al buen funcionamiento del Mercado interior; porque favorece la previsibilidad del resultado de los litigios y porque potencia la seguridad en cuanto a la ley aplicable; b) análisis de la denominada nueva *lex mercatoria*; c) formularios empleados en la práctica internacional; d) numerosos casos jurisprudenciales que sirven de ejemplos. Es un libro destinado a abogados mercantilistas, empresas y sociedades mercantiles y abogados de empresa.

DE MIGUEL ASENSIO (P.A.): “Brexit y litigios internacionales: primeras reflexiones”, *Diario La Ley*, n° 8791, 2016.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Reglamento Bruselas I: perspectivas en relación con la retirada del Reino Unido”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 71–89.

DE SOUSA GONÇALVES, A.S.: “El principio de la autonomía de la voluntad en los Reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones”, *La Ley: Unión Europea*, n° 40, 2016.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Brexit e insolvencia transfronteriza”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 91–123.

ESPIÑEIRA SOTO, I.: “Acceso a la profesión de notario, discriminación por razón de nacionalidad, función notarial y persecución de fines de interés general (Sentencia del TJUE de 1 febrero 2017, Asunto C 392/15: *Comisión Europea contra Hungría*)”, *La Ley: Unión Europea*, n° 48, 2017.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “España, la Unión Europea y el Derecho internacional privado ante la multiculturalidad”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 971–994, ISBN 978–84–9143–483–2.

FERNÁNDEZ ROZAS (J.C.) (ed.): *30 años de España en la Unión Europea... y en eso llegó el Brexit*, Madrid, Wolters Kluwer, 2016, (publication électronique), ISBN: 978-84-15651-45-1.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración”, *La Ley: Unión Europea*, n° 46, 2017.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Activación del mecanismo de retirada voluntaria del Reino Unido de la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 35–69.

GANDÍA SELLENS, M.A.: “Las consecuencias de un eventual Brexit en el sistema de la patente unitaria”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n° 3, 2016, pp. 69–84.

GARCÍA LÓPEZ, J.A.: “El acuerdo económico y de comercio global UE–Canadá (CETA): el impacto de las reglas de origen preferenciales”, *La Ley: Unión Europea*, n° 42, 2016.

HEREDIA CERVANTES, I.: “Brexit y derecho internacional privado: algunas previsiones sobre lo imprevisible”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, n° 38, 2017, pp. 495–506.

JIMENO BULNES (M.) (dir.): *Aproximación legislativa versus Reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, J. Bosch, 396 p. ISBN: 978-84-945803-5-2.

LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: “Las normas generales del Derecho internacional ante el objetivo de combatir la evasión fiscal”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n° 2, 2016, pp. 258–277.

MANERO SALVADOR, A.: “El Reglamento sobre obstáculos al comercio un marco actualizado con una sólida trayectoria”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 38, 2016.

OTERO GARCÍA CASTRILLON, C. (dir.): *Justicia civil en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2017, 294 pp. ISBN: 9788491480839.

PENADÉS FONS, M.: “Brexit y régimen de ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 125–154.

REQUEJO ISIDRO, M.: “El inestable edificio del espacio europeo de justicia”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2016, pp. 359–406.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIX, n° 1, 2017, pp. 139–165.

Cumplidos diez años desde la entrada en vigor del Reglamento (CE) 2201/2003, y con numerosos pronunciamientos del TJUE en estos años que han ido perfilando sus disposiciones, ha llegado el momento de revisar este Reglamento en profundidad. La Comisión ha presentado en 2016 una versión refundida del texto en la que se identifican seis problemas fundamentales que considera preciso abordar: la sustracción internacional de menores, la eliminación del executur, la ejecución de las decisiones extranjeras, la cooperación de autoridades, el acogimiento transfronterizo y la intervención del menor. Como indica la propuesta, la finalidad de esta revisión en última instancia sería la de proteger el interés superior del menor. Ahora bien, muchas de las nuevas disposiciones introducen medidas que conllevan una armonización de las normas procesales de los Estados miembros, reduciendo una integración más intensa que sin duda permite potenciar el principio del reconocimiento y la confianza mutuos. Este trabajo analiza las novedades introducidas (en los seis puntos previstos y en otros muchos elementos del Reglamento) y la tensión entre la protección del interés superior del menor y el refuerzo del reconocimiento mutuo en el espacio judicial civil europeo.

CEBRIÁN SALVAT, M.A.: “Las operaciones contractuales complejas en Derecho internacional privado europeo”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 333–378.

GARDEÑES SANTIAGO, M.: “El método de reconocimiento desde la perspectiva del Derecho internacional privado europeo y español”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 379–424.

VAQUERO LÓPEZ, C.: “Mecanismos de Derecho internacional privado europeo para la protección de los trabajadores en supuestos de deslocalización de empresas”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 425–471.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL TRABAJO

CASADO ABARQUERO, M.: “La dimensión de las leyes de policía de terceros Estados una aproximación a la sentencia del TJUE de 18 octubre 2016”, *Culpa y responsabilidad* (L. Prats

Albentosa y G. Tomás Martínez, coords.), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 187–200 ISBN 978–84–9152–671–1, pp. 99–123.

VAQUERO LÓPEZ, C.: “La determinación del lugar de ejecución de la prestación laboral del personal de vuelo como foro de competencia judicial internacional (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C–168/16 y C–169/16: *Sandra Nogueira y otros contra Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osácar contra Ryanair Designated Activity Company*)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 54, 2017.

DERECHO INTERTERRITORIAL

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “Una renovada visión de los conflictos internos: la ley 5/2015 de Derecho civil vasco y la interacción entre bloques normativos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVIII, 2016, pp. 23–49.

La nueva normativa civil vasca abre de nuevo el debate doctrinal acerca de la necesidad de que el inexistente sistema español de Derecho interregional sea objeto de atención por parte del legislador estatal para poder dar respuesta a los conflictos derivados de la interacción entre bloques normativos. Nuestro sistema jurídico estatal se ubica en el grupo de los ordenamientos complejos o plurilegislativos, caracterizado por la convivencia de diversos sistemas legislativos territoriales y por la presencia en su seno de conflictos internos de carácter interregional e interlocal. En particular, la dimensión de los denominados conflictos interlocales debe ser objeto de regulación para evitar que se desnaturalice la esencia misma de los Derechos civiles especiales en los que, como ocurre con el Derecho civil vasco, la pluralidad interna se manifiesta dentro de su propio territorio. La auténtica piedra angular sobre la que se construye el desarrollo orgánico del renovado Derecho civil vasco viene asentada en el reconocimiento legislativo de la existencia de una vecindad civil vasca.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “El ámbito de aplicación de la Ley Civil Vasca”, *La Ley 5/2015, de 25 de Junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*, Academia Vasca de Derecho, Bilbao, Ed. Dykinson, 2016, pp. 33–41. ISBN: 978–84–7752–591–2.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “El Derecho privado europeo y sus repercusiones en el Derecho Civil Vasco”, *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Bilbao, Parlamento Vasco. Colección Informes y Documentos, Serie Maior, 2016, pp. 165–187, ISBN: 978–84–939774–4–3.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “Participación de la sociedad civil en la diversidad cultural”, *La diversidad cultural. Análisis sistemático e interdisciplinar de la Convención de la UNESCO*, Madrid, Ed. Trotta, 2016, pp. 214–222, ISBN: 978–84–9879–657–5.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “Vecindad civil vasca y conflictos de leyes”, *Derecho Civil Vasco desde la perspectiva de Gipuzkoa*, Donostia–San Sebastián, Diputación Foral de Gipuzkoa, 2016, pp. 41–63, ISBN: 978–84–7907–751–8.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “La ‘eficacia territorial’ del Derecho civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, nº 3, 2017., pp. 35–62.

El presente trabajo aborda un problema que surge cuando se aplica la ley española a un supuesto internacional. En tanto que sistema plurilegislativo, la *lex fori* española es plural y se precisa identificar la

realmente aplicable. El trabajo critica una práctica judicial consistente en despreciar las correspondientes normas sobre identificación de esa ley aplicable. En lugar de ello algunos jueces aplican directamente la ley que se corresponde con el territorio en el que se sitúa el órgano judicial. Este tipo de comportamiento es relativamente frecuente en Cataluña. El Código civil catalán proporciona el argumento formal, cuando su art. 111-3 señala que “El derecho civil catalán tiene eficacia territorial”. Los casos analizados ponen de manifiesto que esta forma de entender el problema no solo es contraria al sistema español de resolución de los conflictos de leyes sino también a las normas de reglamentos europeos y tratados internacionales que establecen cómo identificar esa ley últimamente aplicable. Ejemplos tratados son los arts. 47 y 48 del Convenio de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental o el art. 16 del Protocolo de La Haya de 2007 sobre alimentos. Esta práctica judicial ya había sido criticada con anterioridad sobre bases teóricas y el presente análisis trata de poner en primer plano sus efectos prácticos, probablemente mucho más comprensibles.

ARENAS GARCÍA, R.: “Articulación del Derecho estatal y autonómico. Problemas de aplicación”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 1148–1152.

ARENAS GARCÍA, R.: “Crónica de Derecho interterritorial: Derecho civil valenciano”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 1171–1175.

ARENAS GARCÍA, R.: “Crónica de Derecho interterritorial: Uniones extramatrimoniales”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 1194–1197.

FONT I SEGURA, A.: “Crisis de pareja y regímenes económicos”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 1137–1141.

FONT I SEGURA, A.: “Crónica de Derecho interterritorial: sucesiones”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 1159–1163.

FONTANELLAS MORELL, J.M.: “La apertura de un segundo frente en la problemática interregional de la prescripción: las acciones de origen contractual”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 1209–1216.

GARCÍA RUBIO, M.P.: “Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 4, nº 3, 2017., pp. 1–33.

El trabajo aborda una vez más el aparentemente irresoluble problema del futuro del Derecho civil español desde el punto de vista de su estructura territorial. La controvertida línea que señala el art. 149.1.8ª de la Constitución se presenta hoy más borrosa que nunca. Ni la actuación del legislador estatal y de los legisladores autonómicos, ni las últimas sentencias emanadas del Tribunal Constitucional contribuyen a su clarificación. La postura de la autora pasa por un cambio de rumbo que, en último término, puede exigir una reforma constitucional.

IRIARTE ÁNGEL, J.L.: “Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, vol. 93, nº 761, 2017, pp. 1501–1527.

PUIG BLANES, F.P.: *Crisis de familias transnacionales y Derecho civil de Aragón: ideas esenciales*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2016, 222 p. ISBN 13: 978-84-92606-35-1.

QUINZÁ REDONDO, P.: “La plurilegislación del Derecho civil español ante el derecho internacional privado de la Unión Europea”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI*

Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 562–572, ISBN 978–84–9143–483–2.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “El Tribunal Constitucional declara nulos todos los artículos de la Ley, 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n° 2, 2016, pp. 330–347.

ZABALO ESCUDERO, M.E.: “Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n° 3, 2016.

DERECHO MARITIMO

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “Entre La Haya, Hamburgo y Rotterdam: la compleja opción legislativa interna ante las cuestiones de jurisdicción y arbitraje en el Derecho marítimo”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 597–646.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “Derecho del transporte marítimo y Derecho internacional privado español”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 705–726, ISBN 978–84–9143–483–2.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “Responsabilidad por daños al medio marino: cauces de actuación procesal internacional”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho (Homenaje a Nuria Bouza Vidal)*, abril, 2017.

SIERRA NOGUERO (E.): *El seguro de responsabilidad civil derivada de la navegabilidad de buques. Especial referencia a los seguros obligatorios*, Madrid, Fundación Mapfre, 2016, 473 p. ISBN: 978–84–9844–604–3.

El libro se estructura en ocho apartados: a) el mercado asegurador y reasegurador de responsabilidad civil derivada de la navegación de un buque; b) la responsabilidad civil derivada del ejercicio de la navegación marítima como interés asegurable en Derecho español; c) el seguro obligatorio de responsabilidad civil genérica por reclamaciones de Derecho marítimo del convenio LLMC 1976/1996 (texto refundido de la ley de puertos del estado y de la marina mercante y RD 1616/2011); d) coberturas y riesgos de contaminación por hidrocarburos; e) coberturas de riesgos de muerte y lesiones de pasajeros (Reglamento CE 392/2009, Convenio de Atenas 2002, directrices OMI 2006); e) el seguro obligatorio de responsabilidad civil de las embarcaciones de recreo o deportivas (RD 607/1999 y ley de contrato de seguro; f) coberturas de riesgos de responsabilidad civil, en las embarcaciones pesqueras de bajura de Galicia (Ley 11/2008); y g) otros seguros pendientes de entrada en vigor.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

ESPINAR VICENTE, J.M.: “Jurisdicción internacional y delitos contra la humanidad”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 747–764.

FAGGIAN, V.: “El principio de reconocimiento mutuo en el espacio europeo de justicia penal: Elementos para una construcción dogmática”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 38, 2016.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J.: “La orden europea de protección a la luz de la Ley 23/2014, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: emisión y ejecución en España”, *La Ley: Unión Europea*, nº 41, 2016.

GONZÁLEZ CANO, M.I.: *Cooperación judicial penal en la Unión Europea*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2016, 522 p. ISBN 13: 978-84-9119-450-7.

JORDANA SANTIAGO, M.: “El papel de Eurojust en la resolución de los conflictos de jurisdicción: ¿hacia un modelo efectivo de persecución penal en la Unión Europea respetuoso con los derechos humanos?”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 621-632, ISBN 978-84-9143-483-2.

OLLÉ SESÉ, M. y GIMBERNAT DÍAZ, E.: “Orden europea de detención y entrega y tratos inhumanos o degradantes: STJUE de 5 abril 2016, asuntos C-404/15 y C-659/15 PPU: *Aranyosi y Căldăraru*”, *La Ley: Unión Europea*, nº 40, 2016.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Resolución judicial y autoridad judicial en la orden de detención europea”, *Diario La Ley*, nº 8876, 2016.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Extradición y ciudadanía Europea”, *Diario La Ley*, nº 8834, 2016.

DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL

SOTO MOYA, M.: “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº 3, 2016.

DERECHOS HUMANOS

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Trabajadores extranjeros en situación irregular e instituciones de garantía salarial”, *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Lisboa, Juruá, 2016, pp. 285-300. ISBN 978-989-712-395-5.

PÉREZ ALBALADEJO, M. y RUBIO LARA, P.A.: “Delito de trata de seres humanos a la luz del Derecho internacional y su influencia en la legislación española”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2016, pp. 169-224.

SARRIÓN ESTEVE, J.: “Las libertades fundamentales del mercado interno, su sinergia positiva con los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea, y una anotación sobre el ámbito de aplicación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 260-270.

SEATZU, F. y FANNI, S.: "The right to palliative care: a "mirage" in the jurisprudence of the ECTHR and IACTHR?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 5–16.

EXTRANJERÍA

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: "Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68–2, 2016, pp. 321–328.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "Medidas prioritarias de protección de los menores migrantes en la Unión Europea", *La Ley: Unión Europea*, nº 48, 2017.

La UE está firmemente comprometida en la promoción de los derechos de la infancia y en velar por la satisfacción de sus necesidades básicas como parte integrante de sus políticas interior y exterior. A través de la comunicación de 12 abril 2017 la Comisión propone una serie de medidas con la finalidad de ayudar a los Estados miembros a atender las necesidades de los menores en todas las fases del proceso migratorio. En este contexto, debe tomarse en consideración el interés superior del menor como eje del sistema y especialmente la protección de los derechos fundamentales de los menores. La Comunicación va dirigida tanto a los menores inmigrantes como a los solicitantes de asilo, tanto acompañados como no acompañados.

FERNÁNDEZ ROJO, D.: "La detención de extranjeros en situación irregular: impacto de la Directiva 2008/115/CE y la jurisprudencia del TJUE en la legislación española", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 53, 2016, pp. 233–258.

FRATEA, C.: "La protección de los migrantes internacionales a la luz de los más recientes desarrollos de la Directiva sobre el derecho de reagrupación familiar", *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1153–1164, ISBN 978–84–9143–483–2.

RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Cizur Menor, Thomson Reuters–Aranzadi, 2017. ISBN 9788491524809.

FAMILIA

COMBALÍA SOLIS, Z., DIAGO DIAGO, M.P. y GONZÁLEZ VARAS, A. (dirs): *Derecho e Islam en una sociedad globalizada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 310 pp. ISBN 9788491195283.

DIAGO DIAGO, M.P.: "El islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar", *Derecho e Islám en una sociedad globalizada* (Combalía Solís, Z. y otros, coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 45–84.

GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.) y HERRANZ, M. y VARGAS, M. (coords.): *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 423 pp. ISBN: 978-84-9169-293-5.

El incremento de las relaciones personales y familiares internacionales hacía necesaria una adecuación del Derecho internacional privado español, tarea que el legislador acomete, por Leyes 15/2015, de la Jurisdicción voluntaria, 29/2015 de Cooperación jurídica internacional y 8/2015 y 26/2015, de modi-

ficación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Al mismo tiempo la Unión Europea ha perseverado en su objetivo de facilitar la libre circulación de personas en los aspectos más personales, como son los litigios derivados de las crisis familiares, pendiente de revisión del Reglamento 2201/2003 y los recientes Reglamentos 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales y 2016/1104 sobre regímenes económicos de las parejas registradas. Son muchos los elementos de innovación y el anclaje de las nuevas normas no siempre va a ser fácil. En esta obra se trata de dar una lectura coherente sobre algunos de los cambios más relevantes para comprender el impacto en el sistema español de Derecho internacional privado. Esta obra colectiva incluye las siguientes contribuciones: P. Arenas García, “Principios inspiradores del sistema actual de competencia judicial internacional en materia de persona y familia”; P. Jiménez Blanco, “Alcance de la autonomía de la voluntad en los procesos sobre persona y familia”; M.D. Adam Muñoz, “La competencia Judicial Internacional en el Reglamento (UE) 2016/1103 del consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales”; B. Campuzano Díaz, “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿Se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional?”; I. Heredia Cervantes, “Eficacia de documentos públicos y actos de jurisdicción voluntaria en España”; S. Salvador Gutiérrez, “El acceso al Registro Civil de títulos extranjeros: problemas prácticos”; M. Medina Ortega, “Reconocimiento mutuo de los actos de estado civil relativos al Derecho de familia en la Unión Europea”; A. Quiñones Escamez, “Nuevas formas de celebración del matrimonio, nuevos tipos de Uniones y nueva regulación de sus efectos”; I. Paz-Ares Rodríguez, “Autonomía de la voluntad y matrimonio: problemas prácticos”; B. Añoveros Terradas, “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas”; H. Mota, “La armonización de la ley aplicable a los regímenes matrimoniales en la unión europea: *the long and winding road*”; L. Pérez Martín, “Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas, una oportunidad perdida para la mediación”; P. Quinza Redondo, “La ‘cláusula de excepción’ del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial”; M. Vargas Gómez Urrutia, “El puzzle se complica. Efectos patrimoniales de las uniones registradas y Reglamento (UE) 2016/1104. Problemas de calificación y coordinación entre los instrumentos europeos conexos”; S. Andhofer Biosca, “Las reformas legales de 2015 ante los nuevos desafíos en la protección internacional de menores”; A. Duran Ayago, “Responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes?”; G. Esteba de la Rosa, “Conversión y transformación de la adopción internacional tras la reforma de la Ley 54/2007 por la Ley 26/2015”; M. Herranz Ballesteros, “El ámbito de aplicación de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, tras la reforma de julio de 2015”; D. Ortiz Vidal, “El nuevo concepto de adopción internacional, después de la entrada en vigor de la ley 26/2015, de 28 julio, de modificación del sistema protección a la infancia y a la adolescencia”; Lorena Sales Pallarés, “El (difícil) equilibrio de los intereses en presencia: orígenes biológicos vs. legales en la gestación por sustitución”.

QUIÑONES ESCAMEZ, A: “La réception du Code de la famille marocain par l’ordre juridique espagnol”, dans *Le Code marocain de la famille en Europe. Bilan comparé de dix ans d’application* (Foblets, M.E., ed.) Paris-Bruxelles, LGDJ (lextenso)-La Charte, 2016, pp. 139–255 et p. 615–665, D/2016/0147/418.

FILIACIÓN

ADAM MUÑOZ, M.D.: “La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 34–54.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XCII, t. I, 2016, pp. 227–262.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Gestación por sustitución y orden público”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho (Homenaje a Nuria Bouza Vidal)*, abril, 2017.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “La gestación por sustitución en el Derecho internacional privado español. Un ejemplo más de la controvertida aplicación de conceptos jurídicos indeterminados”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 673–710.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución en California: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 febrero 2014 (247/2014)”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Yzquierdo Tolsada, M., coord.), vol. 6, Madrid, Dykinson, 2016 (2013–2014), pp. 395–410. ISBN 978–84–9085–869–1.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVIII, n° 2, 2016, pp. 157–182.

Este trabajo examina varios aspectos del art. 9.4º.I Cc en su redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El análisis permite descubrir que esta norma de conflicto ha optado por dar preferencia a la residencia habitual sobre la nacionalidad del hijo y que dicha opción de política jurídica es correcta desde un punto de vista constitucional y desde una perspectiva de eficiencia. La residencia habitual conduce a aplicar una ley que asegure una buena administración de la justicia y unos costes conflictuales reducidos para las partes. El trabajo también explora el carácter materialmente orientado del art. 9.4º Cc a la hora de fijar la ley aplicable a la determinación de la filiación.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a ley (Método del reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho (Homenaje a Nuria Bouza Vidal)*, abril, 2017.

GARANTÍAS

CARO GÁNDARA, R.: “La transmisión de propiedad en garantía o fiducia *cum creditore* en el comercio internacional: su validez y eficacia en España”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 249–302.

HEREDIA CERVANTES, I.: “La adhesión de España al Protocolo aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo”, *Público privado en el Derecho aeronáutico: Retos presentes y futuros* (M. Alba Fernández y A. Fortes Martín, coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 209–257. ISBN 978–84–9119–813–0.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “Claves para la aplicación en España del Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico: análisis del estado de implementación y cuestiones críticas (Parte I y Parte II)”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n° 3, 2016.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.: “Las operaciones internacionales de financiación garantizada sobre equipo aeronáutico: el Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo”, *Público privado en el Derecho aeronáutico: Retos presentes y futuros* (M. Alba Fernández y A. Fortes Martín, coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 171–208. ISBN 978–84–9119–813–0.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN

GUTIÉRREZ ESPADA, C.: Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 5–33.

LAZARRI, A.: “‘Pelando la cebolla’: breves reflexiones sobre la complejidad de la inmunidad jurisdiccional en Derecho internacional”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 645–654. ISBN 978–84–9143–483–2.

INSOLVENCIA

ALBA FERNÁNDEZ, M.: Armonía y armonización en el régimen de la insolvencia transfronteriza y los derechos con garantía real sobre el buque o la aeronave, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 25, 2016, pp. 93–112.

BALLESTEROS BARROS, A.M.: “Reflexiones sobre la codificación del derecho de la insolvencia transfronteriza: armonización vs. unificación”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 589–598, ISBN 978–84–9143–483–2.

CERDÁ ALBERO, F. y ARA TRIADÚ, C.: “Análisis preliminar del nuevo Reglamento Europeo 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 115, nº 4, 2016, pp. 903–937.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Las acciones de reintegración en el Reglamento europeo de insolvencia: precisiones sobre ley aplicable”, *La Ley: Unión Europea*, nº 50, 2017.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Los concursos transfronterizos”, *El derecho a la insolvencia: el concurso de acreedores*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 1087–1118. ISBN 978–849–143–367–5.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M.: “La incidencia del Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia en el futuro del Derecho concursal español”, *Anuario de Derecho concursal*, nº 40, 2016, pp. 165–177.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “El nuevo Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia. Cuestiones seleccionadas”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 26, 2017, pp. 17–34.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “El régimen de las garantías reales sobre activos en el extranjero”, *Las ejecuciones en el concurso de acreedores: VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia* (Rojo Fernández Río, A. y otros, dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016 2016, pp. 335–358. ISBN 978–84–9135–982–1.

ORTEGA RUEDA, J.D.: “Derechos reales sobre bienes del deudor derivados de gravámenes tributarios en los procedimientos de insolvencia europeos (STJUE de 26 octubre 2016, asunto C-195/15: *SCI Senior Home contra el Ayuntamiento de Wedemark*)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 44, 2017.

PENADES FONS, M.: “Comunicación de créditos y ejecuciones individuales de créditos fiscales extranjeros en el Reglamento europeo de insolvencia (STJUE de 9 de noviembre de 2016, asunto C 212/15: *ENEFI Energiahátékonysági Nyrt c. Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Brașov [DGRFP]*)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 46, 2017.

TORRALBA MENDIOLA, E.: “Las acciones de responsabilidad de los administradores en el Ámbito internacional: ¿Societarias o concursales?”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 38, 2016, pp. 67–84.

INTERNET

CARASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Internet y derechos de la personalidad: los retos para el Derecho internacional privado europeo y español”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 807–830, ISBN 978–84–9143–483–2.

DE MIGUEL ASENSIO, P.: “Restricciones nacionales a la publicidad en Internet y Derecho de la Unión”, *La Ley: Unión Europea*, nº 49, 2017.

DE MIGUEL ASENSIO, P.: “Reputación de las sociedades: tutela frente a la difusión de información lesiva a través de Internet”, *La Ley: Unión Europea*, nº 53, 2017.

SUQUET CAPDEVILA, J.: “El lugar del hecho dañoso en Internet: criterios de atribución de competencia judicial internacional (STJUE de 21 diciembre 2016, asunto C-618/15: *Concurrence SARL v Samsung Electronics France SAS y Amazon Services Europe Sàrl*)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 47, 2017.

INVERSIONES

BIDAURRAZAGA GARCÍA, G.: *Impulso de la legislación contractual de la República Popular China sobre las transacciones e inversiones económicas de naturaleza internacional celebradas en China* (tesis doctoral), Universidad del País Vasco. Servicio Editorial, 2016, 375 p. ISBN 13: 978–84–9082–455–9.

BOTTINI, G.: “El planeamiento estratégico de las inversiones y la jurisdicción internacional”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 44, 2016, pp. 41–47.

CABRERA RODRÍGUEZ, J.: “From Washington to Luxembourg... stopping over at Strasbourg? enforcement of ICSID awards under EU law”, *Spanish Yearbook of International Law*, nº 20, 2016, pp. 49–69.

CABRERA RODRÍGUEZ, J.: “ICSID Awards before US and German Courts: A Comparative Approach”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, nº 3, 2016, pp. 765–788. ISSN: 1888–5373.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “La necesaria adaptación de los acuerdos internacionales de inversiones y el arbitraje de inversiones al ‘desarrollo sostenible’”, *Desarrollo sostenible en el siglo XXI: economía, sociedad y medio ambiente* (Larraz Iribas, B. y Fernández Pérez, A., coords.), Madrid, Iprolex, 2016, pp. 87–124, ISBN 978–84–941055–4–8.

IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I.: “La firma del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá: un primer y decisivo paso hacia el establecimiento de un renovado marco legal para las inversiones extranjeras en el ámbito europeo y global”, *La Ley: Unión Europea*, nº 42, 2016.

IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I.: “El capítulo sobre inversiones del Acuerdo Económico y Comercial Global de la Unión Europea y Canadá (CETA): análisis crítico de una iniciativa inacabada”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. X, nº 1, 2017, pp. 41–107. ISSN: 1888–5373.

El Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA) constituye el primer gran acuerdo firmado por la Unión Europea que incorpora la regulación de las inversiones extranjeras sobre la base del nuevo marco competencial diseñado por el Tratado de Lisboa. Son muchas las novedades que introduce el CETA, tanto en la parte sustantiva de la protección de las inversiones, como en la parte que regula el polémico mecanismo de arreglo de diferencias inversor–Estado. El presente trabajo aborda un análisis crítico de este Acuerdo y, por tanto, del nuevo modelo de regulación que propone e impulsa la Unión Europea en este ámbito. En el mismo se identifican muchas de las claves que permiten comprender y valorar el alcance y la importancia de la aportación que realiza el CETA al desarrollo de ese “nuevo” Derecho de las inversiones extranjeras en construcción.

PASCUAL VIVES, F.: “El futuro del arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 33, 2017.

El trabajo reflexiona sobre las críticas que ha recibido la inclusión del arbitraje de inversión en los acuerdos internacionales que celebra la Unión Europea con terceros sujetos, haciendo una mención especial al CETA y al TTIP. Se estudia el debate que se ha suscitado en sede comunitaria a propósito de la conveniencia de mantener este sistema especial de arreglo de las controversias relativas a inversiones y, en particular, se examina la práctica parlamentaria española. Por último, se exploran algunos de los problemas jurídicos que podrían derivarse de la exclusión del arbitraje de inversión de los futuros acuerdos celebrados por la Unión Europea, así como los efectos del Brexit en la política convencional europea.

PIERNAS LÓPEZ, J.J.: “Entre la espada y la pared: Estados miembros de la Unión Europea y arbitraje internacional. Repercusiones del caso *Micula* para la interrelación de España y la Unión Europea en la esfera internacional”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 611–620, ISBN 978–84–9143–483–2.

RODRÍGUEZ–ARANA MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ G., J.I.: *Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, 256 p. ISBN 13: 978–84–7351–548–1.

VICENTE BLANCO, D.F.: “Las normas sobre inversiones en la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversiones (TTIP): El riesgo de inseguridad jurídica de una regulación imprecisa”, *Revista de estudios europeos*, nº 67, 2016.

LIBRE COMPETENCIA

BEVERAGGI DE LA SERNA, W.: "The joint and several liability of the parent company on competition matters, a European approach", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 1, 2016, pp. 36–46.

CALVO CARAVACA, A.L.: "Derecho antitrust europeo y sanciones civiles la nulidad (art. 101.2º TFUE)", *Culpa y responsabilidad* (Prats Albentosa, L. y Tomás Martínez, G., dirs.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters–Aranzadi, 2017, pp. 149–172. ISBN 978–84–9152–671–1.

CALVO CARAVACA, A.L.: "El principio *ne bis in idem* en el Derecho europeo de la competencia (a propósito de la STJUE 14 febrero 2012, *Toshiba*, c–17/10)", *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra–Salcedo Fernández del Castillo*, vol. 1, t. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 281–316. ISBN 9788491439523.

CALVO CARAVACA, A.L. y RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: "Derecho antitrust europeo en el sector farmacéutico: introducción y abuso de posición dominante", *Tratado de derecho farmacéutico: estudio del régimen jurídico de los medicamentos* (Faus Santasusana, J. y Vida Fernández, J., coords.), Cizur Menor, Thomson Reuters–Aranzadi, 2017, pp. 1183–1260. ISBN 9788490599952.

MATRIMONIO Y UNIONES DE HECHO

AÑOVEROS TERRADAS, B.: "El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las Uniones registradas", *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 821–845.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *La Ley: Unión Europea*, nº 40, 2016.

GARCÍA HERRERA, V.: "Los matrimonios de conveniencia", *Actualidad civil*, 2016, nº 4, 2016, pp. 4–15.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.: "El valor del acuerdo en el Reglamento (UE) 2016/1104 sobre efectos patrimoniales de las Uniones registradas. Una traslación a la realidad jurídica de la Comunidad Valenciana", *Revista de Derecho civil Valenciano*, nº 20, 2016.

VINAIXA MIQUEL, M.: "La autonomía de la voluntad en los Recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)", *Indret, Revista para el Análisis del Derecho (Homenaje a Nuria Bouza Vidal)*, abril, 2017.

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

ESTEBAN DE LA ROSA, F.: "Régimen de la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo transfronterizos tras el nuevo marco europeo y la Ley 7/2017", *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. X, nº 2, 2017, pp. 387–424. ISSN: 1888–5373.

El carácter global del comercio de consumo en línea ha hecho aparecer nuevas estrategias para la garantía de los derechos de los consumidores, como la consistente en permitir la propia resolución en línea de los litigios. El nuevo Derecho europeo, contenido en la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento 524/2013/UE, ha supuesto la acogida a nivel regional de esta tendencia. Este estudio analiza el impacto de los nuevos textos europeos sobre el sistema de Derecho internacional privado. Por una parte, revela la necesidad de hacer ajustes en el referido sistema a fin de conseguir, entre otros objetivos, un ámbito de aplicación espacial para el principio de libertad acorde con la intención perseguida por el legislador europeo, de superar la interpretación que descarta la remisión a un arbitraje de consumo extranjero o de integrar las lagunas de regulación que ha hecho aflorar el nuevo sistema. Por otra, pone el foco en la necesidad de comprobar si el régimen actual resulta en conformidad con las exigencias que provienen de los derechos proclamados por el art. 47 CEDF y el art. 19 TUE. En esta perspectiva se proponen soluciones de *lege ferenda* asociadas a las necesidades especiales de la gestión en línea de reclamaciones transfronterizas a través de la plataforma europea.

FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.: “La resolución de litigios en línea aplicada a la comercialización de servicios turísticos”, *La Ley: Unión Europea*, nº 42, 2016.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 99–124.

El Derecho de los negocios internacionales es testigo de una creciente preferencia hacia las cláusulas escalonadas multifunción para el arreglo de controversias (MTDRCs) debido a la naturaleza adaptable de tales procesos en una amplia gama de conflictos. Sin embargo, la falta de claridad sobre su aplicabilidad persiste en algunas jurisdicciones. En este estudio se analiza la naturaleza conceptual de las cláusulas de varios niveles y se detallan los beneficios de las mismas. Pese a algunos problemas de funcionamiento estas cláusulas han llegado a ser reconocidas como un método comúnmente aceptado para la solución de las controversias en los contratos comerciales, particularmente en los contratos de construcción.

PAREDES PÉREZ, J.I. y MENÉNDEZ GONZÁLEZ, A.: “La reforma de la normativa española a la luz de la Directiva 2013/11/UE, relativa a la Resolución Alternativa de Litigios en materia de consumo”, *Impacto de los nuevos instrumentos europeos en el ámbito de la mediación y el arbitraje de consumo en los Estados miembros: los casos de España, Irlanda y el Reino Unido* (Palao Moreno, G., dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 139–176, ISBN 978–84–9119–090–5.

PAREDES PÉREZ, J.I.: “Análisis crítico del Anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo”, *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo. Perfiles hispano-italianos* (Tomillo Urbina, J.L., dir.), Granada, Comares, 2016, pp. 237–290, ISBN 978–84–9045–454–1.

RODRÍGUEZ GARCÍA (L.F.): *Mediación comercial internacional*, Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2016, 204 p. ISBN 13: 978–84–9085–833–2.

MEDIO AMBIENTE

CALVO CARAVACA, A.L. y RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “Competencia y procedimiento en el ejercicio de acciones civiles sobre derechos de obtenciones vegetales”, *Derecho de las obtenciones vegetales* (García Vidal, A., dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1051–1110. ISBN 9788491438441.

GARCÍA ÁLVAREZ, L.: *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Madrid, Dykinson, 2016, 277 pp. ISBN: 978–84–9085–684–0.

LARRAZ IRIBAS, B. y FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (coords.): *Desarrollo sostenible en el siglo XXI: economía, sociedad y medio ambiente*, Madrid, Iprolex, 2016, 230 pp. ISBN 978-84-941055-4-8.

MENORES

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor: STJUE 27 octubre 2016, C-428/15: D.”, *La Ley: Unión Europea*, nº 43, 2016.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Competencia judicial internacional para la modificación de sentencia en materia de responsabilidad parental y de obligaciones alimenticias STJUE de 15 febrero 2017, asunto C-499/15: W y V”, *La Ley Unión Europea*, nº 47, 2017.

El presente trabajo comenta la STJ 15 febrero 2017 (asunto C-499/15). En él se plantean las alternativas que se barajan en materia de modificación de las medidas adoptadas por un órgano jurisdiccional en materia de responsabilidad parental y de alimentos y coincide con el TJ en cuanto a la solución otorgada en materia de competencia judicial internacional. Es decir, que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que han adoptado una resolución firme en materia de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos en lo que respecta a un menor de edad no siguen siendo competentes para conocer de una demanda de modificación de las medidas establecidas en esa resolución en el caso de que la residencia habitual del menor esté situada en el territorio de otro Estado miembro. Los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de esa demanda son los órganos jurisdiccionales de este último Estado miembro.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 77-91.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “La mediación en la sustracción internacional de menores desde la perspectiva europea”, *Desarrollos Modernos del Derecho Internacional Privado Libro Homenaje al Dr. Leonel Pereznieto Castro* (V.M. Rojas Amandi, coord.), México, Tirant lo Blanch México, 2017, pp. 317-338. ISBN: 9788491694519.

FORCADA MIRANDA, F.J.: “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I y Parte II)”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº 3, 2016.

GANDÍA SELLENS, M.A.: “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 799-820.

MORGADES GIL, S.: “La protección de los niños en el Sistema Europeo Común de Asilo y en el régimen español de protección internacional: acotaciones de la jurisprudencia de Estrasburgo a las previsiones del Derecho de la Unión Europea”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1175-1186, ISBN 978-84-9143-483-2.

REQUEJO ISIDRO, M.: “El derecho al respeto a la vida privada y familiar y el secuestro internacional de menores. Los Estados miembros de la UE ante el TEDH: estado de la cuestión

(2016)”, *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia–San Sebastián*, vol. XVI, 2017, pp. 283–320.

REQUEJO ISIDRO, M.: “La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre estado competente y estado responsable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 482–505.

Los instrumentos de la segunda generación del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) incorporan el interés superior del menor como consideración primordial. En consonancia con ello prevén medidas de protección de los menores, en particular de los no acompañados, a adoptar primero por el Estado miembro que determina el Estado miembro responsable de decidir sobre la solicitud de asilo, y luego por este mismo. Por su parte, inspirado también en el interés superior del menor el Reglamento Bruselas II bis regula la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Habida cuenta de la convergencia es legítimo preguntarse por las relaciones entre los textos. Si del examen resulta una falta de alineación de los instrumentos susceptible de afectar negativamente a los menores a los que presuntamente quieren proteger será preciso reflexionar sobre cómo resolver los conflictos.

NACIONALIDAD

GUZMÁN PECES, M. y ESPINAR VICENTE, J.M.: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Dykinson, 2017, 230 pp. ISBN: 978-84-9148-419-6.

Esta monografía pretende ofrecer una visión global y sistemática del actual régimen de la nacionalidad y extranjería en nuestro país. En los últimos años, los dos sectores se han caracterizado por continuos cambios legislativos, de ámbito nacional y europeo fundamentalmente, lo que ha generado cierta incertidumbre en los estudiosos y prácticos en esta materia. Este trabajo es fruto de una dilatada e intensa investigación de los autores en esta disciplina y como tal, se ha elaborado con la doble intención de proponer interpretaciones abiertas a la polémica científica y, la de ofrecer una ordenación del sistema, aportando soluciones a los aplicadores del Derecho. Los autores estructuran el trabajo en torno a siete capítulos y dos partes claramente diferenciadas. La Primera parte comprende los Capítulos I a IV, dedicados a la atribución de la nacionalidad española, al establecimiento de los mecanismos de opción, adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la ciudadanía y, para finalizar se analizan los conflictos de ciudadanía. En la Segunda parte los Capítulos V a VII, abordan el estudio de los derechos y libertades de los extranjeros en España y, del régimen jurídico de su acceso, establecimiento, de su salida y expulsión del territorio nacional. Finalmente se incorporan cinco Anexos, de gran utilidad para los profesionales en este ámbito.

PARRA RODRÍGUEZ, C. y otros: *Nacionalidad y extranjería*, Barcelona, Huygens Editorial, 2016, ISBN 13: 978-84-15663-61-4.

SULTÁN BENGUIGUI, A.: “Ley de nacionalidad de sefardíes una deuda histórica”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 56, 2016, pp. 299–332.

NOMBRE

FORNER I DELAYGUA, J.J.: “Ciudadanía de la Unión Europea: apellido que contiene elementos nobiliarios e incompatibilidad con los principios esenciales del Derecho alemán: STJUE de 2 junio 2016, asunto C-438/14: *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe, Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*”, *La Ley: Unión Europea*, nº 42, 2016.

FORNER I DELAYGUA, J.J.: “Ciudadanía de la Unión Europea: cambio de apellidos, doble nacionalidad y adecuación del Derecho nacional al Derecho de la UE (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 junio 2017, asunto C-541/15: *Mircea Florian Freitag* con intervención de Angela Freitag, VicaPavel, Stadt Wuppertal, Oberbürgermeister der Stadt Wuppertal,)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 52, 2017.

OBLIGACIONES NO CONTRACTUALES

MOURA VICENTE, D.: “El enriquecimiento sin causa en el reglamento de Roma II”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 292–305.

ORDEN PÚBLICO

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Sobre la discriminación sucesoria por razón de sexo en el Derecho iraní y el orden público español (Comentario a la Resolución de la DGRN de 20 julio 2016)”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº 4, 2016, p. 47–60.

LARA AGUADO, A.: “Reconocimiento, sí, *ma non troppo*: El orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº 4, 2016.

PERSONA Y ESTADO CIVIL

REQUEJO ISIDRO, M.: “La aplicación privada del derecho para la protección de las personas físicas en materia de tratamiento de datos personales en el Reglamento (UE) 2016/679”, *La Ley mercantil*, nº 42, 2017.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “Le statut personnel des marocains à l’égard de l’ordre juridique espagnol: observations générales et propositions *de lege ferenda*”, *Paix et Sécurité Internationales*, nº 4, 2016, pp. 117–136.

PROCESO

DOMÍNGUEZ RUIZ, L.: “La reforma de los procesos europeos de escasa cuantía y monitorio: Reglamento (UE) 2015/2421, de 16 diciembre 2015”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, nº 59, 2016.

En enero de 2016 ha entrado en vigor el Reglamento 2015/2421 por el que se reforma el Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía. Esta norma también reforma del Reglamento sobre el proceso monitorio europeo, para ponerlo en relación con el proceso europeo de escasa cuantía en el caso de presentación de oposición por el demandado al requerimiento europeo de pago. No obstante, el nuevo Reglamento no será aplicable hasta julio de 2017. En el presente trabajo se analizan las modificaciones introducidas por este nuevo Reglamento, en ambos procedimientos, y los motivos que han originado las mismas.

GUTIÉRREZ CARDENETE, A.: “Aplicación del Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notifi-

cación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n° 2194, 2016, pp. 1–44.

LARA AGUADO, A.: “La reforma de la traducción e interpretación oficial en Derecho internacional privado español”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n° 32, 2016.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “La patente europea con efecto unitario y su régimen jurídico”, *Revista de Direito Intelectual*, 2016 (1), pp. 143–167.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Infracciones de marcas de la Unión, modelos y dibujos comunitarios: avances en materia de competencia judicial y ley aplicable”, *La Ley: Unión Europea*, n° 52, 2017.

ESPINOSA CALABUIG, R.: “Obtenciones vegetales y cálculo de una indemnización razonable: STJUE de 9 junio 2016, asunto C–481/2014: *Jørn Hansson / Jungpflanzen Grünwald GmbH*”, *La Ley: Unión Europea*, n° 42, 2016.

GANDÍA SELLENS, M.A.: “Arbitration and Mediation for Patent–Validity Disputes: Inconsistencies within the European System”, *European and International Cross–Border Private and Economic Relationships and Individual Rights* (Heiderhoff, B. y Queirolo, I., eds.), Ariccia, Aracne Editrice, 2016, pp. 125–140.

GANDÍA SELLENS, M.A.: “Competencia judicial internacional y derechos de marca y diseño en el Benelux: STJUE de 14 julio 2016, asunto C–230/15: *Brite Strike Technologies Inc. c. Brite Strike Technologies SA*”, *La Ley: Unión Europea*, n° 41, 2016.

GANDÍA SELLENS, M.A.: “The International Jurisdiction Of Spanish Courts In Cases Of Alleged Patent Infringement”, *Max Planck Institute Luxembourg Working Paper Series*, n° 2, 2016, pp. 1–17.

GANDÍA SELLENS, M.A.: “La arbitrabilidad de la validez de los derechos de patentes: desencuentros paralelos en la legislación española y europea”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1407–1417, ISBN 978–84–9143–483–2.

LÓPEZ–TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: “Sobre la competencia y el procedimiento a seguir por la Sección 2ª de la Comisión de Propiedad Intelectual para adoptar medidas contra páginas web albergadas en el extranjero”, *Diario La Ley*, n° 8889, 2016.

LORENTE MARTÍNEZ, I.: “Marcas nacionales y mercado europeo”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 891–900, ISBN 978–84–9143–483–2.

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: *La ley aplicable a la titularidad original de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras creadas en el marco de una relación laboral*, Santiago de Compostela, De

conflictu Legum. Estudios de Derecho Internacional Privado, 2016, 492 p. ISBN: 978-84-1654-00-1.

MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P.: “Modernización del régimen jurídico de la marca de la Unión Europea”, *La Ley: Unión Europea*, nº 50, 2017.

PROTECCIÓN DE ADULTOS

ÁLVAREZ TORNÉ, M.: “Current issues in the protection of adults from the perspective of Private International Law”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº 32, 2016.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES EXTRANJERAS

CORDERO ÁLVAREZ, C.I.: “La rebeldía del demandado en el control de las garantías procesales como causa de denegación del reconocimiento en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional: Una visión comparada con el sistema Bruselas”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº 32, 2016.

ESPINAR VICENTE, J.M. y PAREDES PÉREZ, J.I.: “Análisis crítico del art. 45 de la Ley 29/2015: resoluciones extranjeras susceptibles de modificación”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 507–531.

GANDÍA SELLENS, M.A.: “Reconocimiento y divorcios privados – Reflexiones a la luz del Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Sahyouni c. Mamisch*”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº 4, 2016, pp. 37–46.

MARIOTTINI, C.M.: “The 2010 Speech Act and Judicial Comity in the Recognition and Enforcement of Foreign Defamation Judgments in the United States”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 903–914.

MORENO CORDERO, G.: “Alcance temporal y dimensión normativa del nuevo criterio de competencia territorial para el exequátur en la Ley de cooperación jurídica internacional: Perspectiva jurisprudencial”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº 4, 2016.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La reforma del Reglamento (CE) nº 2201/2003: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 767–784.

RESPONSABILIDAD

ELVIRA BENAYAS, M.J.: “La responsabilidad social corporativa y los reglamentos de la Unión Europea sobre competencia judicial internacional y ley aplicable”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1121–1130, ISBN 978-84-9143-483-2.

GARRIGA SUAÚ, G.: “El codeudor *no solvens* en el marco de la responsabilidad extracontractual múltiple”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 785–797.

MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: “Nuevas perspectivas en la calificación como contractual o extracontractual de las acciones de responsabilidad en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 69, nº 2, 2016, pp. 437–475.

SEGUROS

BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “Competencia judicial internacional y seguro de responsabilidad civil en el Reglamento (UE) 1215/2012”, *Culpa y responsabilidad* (L. Prats Albentosa y G. Tomás Martínez, coords.), Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 99–123. ISBN 978-84-9152-671-1.

GÓRRIZ LÓPEZ, C.: “Control del Estado de origen vs. protección de los intereses de los asegurados (STJUE de 27 abril 2017, asunto C-559/15: *Onix Asigurări SA e Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni*)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 51, 2017.

SOCIEDADES

ARENAS GARCÍA, R.: “Fusiones internacionales, libertad de establecimiento y derechos de los acreedores. Cuestiones abiertas por la STJ (Sala Tercera) de 7 abril 2016 (as. C-483/14, *KA Finanz AG y Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 570–592.

La sentencia *KA Finanz* ofrece al Tribunal de Luxemburgo la oportunidad de pronunciarse sobre varias cuestiones relevantes en materia de fusiones internacionales. En concreto sobre las relaciones entre el Derecho rector de las obligaciones de las que son parte las sociedades que intervienen en la fusión y la que se aplica a este operación; la determinación del Derecho rector de la fusión y ciertos límites en las posibilidades de regular las garantías de los acreedores en las fusiones internacionales. Además, interpreta qué ha de entenderse por titulares de títulos a los que correspondan derechos especiales (art. 15 de la Directiva 78/855/CEE).

ARENAS GARCÍA, R.: “El legislador europeo y el Derecho internacional privado de sociedades en la UE”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIX, nº 1, 2017, pp. 49–73.

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha mostrado que la libertad de establecimiento que recoge el Derecho de la UE condiciona no solamente el Derecho sustancial de sociedades de los Estados miembros, sino también las reglas sobre conflicto de leyes en materia societaria. Ante la inexistencia de normas de Derecho derivado en materia de determinación del Derecho aplicable a las sociedades en la UE y con el fin de mejorar la seguridad jurídica sería conveniente que el legislador europeo elaborase normas que regulasen la determinación de la *lex societatis* de las sociedades constituidas en Estados miembros de la UE, la concreción de las materias que regularía esta *lex societatis* y el cambio de *lex societatis* como consecuencia de la transferencia del domicilio social. Entre las materias reguladas debería incluirse necesariamente la capacidad de la sociedad y la responsabilidad de los administradores sociales, delimitando en este punto el alcance de la regulación específicamente societaria y de la relativa a procedimientos de insolvencia.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Movilidad transfronteriza de sociedades y libertades europeas de circulación”, *Estudios sobre Derecho de Sociedades: Liber Amicorum Profesor Luis Fernández de la Gándara*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 675–695. ISBN 978-84-9059-629-6.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “GEDIP’S Proposal on the Law Applicable to Companies”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 52, n° 4, 2016, pp. 949–976.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “La emisión de obligaciones bajo ley extranjera”, *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada: Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio* (Roncero Sánchez, A y otros, dirs.), vol. 1, t. I, 2016, pp. 835–847. ISBN 978–84–9099–510–5.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “De nuevo sobre el traslado de sede social al extranjero comentario al caso *Polbud*”, *La Ley mercantil*, n° 41 (noviembre), 2017.

SÁNCHEZ DE CASTRO MARTÍN-LUENGO, E.: “La delimitación del fraude o abuso en la Directiva Matriz-Filial (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2017, C–6/16, asunto *Eqiom SAS – Enka SA.*)”, *La Ley: Unión Europea*, n° 52, 2017.

SÁNCHEZ HUETE, M.A.: “Tributación de grupo de sociedades y libertad de establecimiento: Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 octubre 2015 asunto C–66/14”, *La Ley: Unión Europea*, n° 34, 2016.

TAPIA HERMIDA, A.J.: “Efectos de la absorción transfronteriza de una entidad de crédito sobre los titulares de obligaciones subordinadas emitidas por la entidad absorbida”, *Revista de Derecho de sociedades*, n° 47, 2016, pp. 281–293.

SUCESIONES

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público”, *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Saõ Paulo, Colegio Notarial de Catalunya, Marcial Pons, 2016, ISBN: 978–84–9123–083–0, pp. 135–159.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIX, n° 1, 2017, pp. 19–48.

En este trabajo se aborda el tema clásico de la “cuestión previa” en DIPr. El punto de partida es la Pregunta núm. 13 del Libro Verde Sucesiones y Testamentos. Falta acuerdo en torno a la respuesta a la cuestión previa. Esta es la justificación de cualquier problema teórico. Sin embargo, tampoco hay consenso en torno al concepto de la cuestión previa. Y esto es algo que dificulta cualquier discusión rigurosa. En este escenario, se propone rechazar la teoría (*rectius*, teorías) de la cuestión previa y adoptar un enfoque casuístico. Este enfoque ad hoc se fundamentaría, entre otras razones, en las múltiples reglas y excepciones (muchas de ellas muy razonables) propuestas por los autores, en especial la doctrina alemana. En algunos casos el “reconocimiento” (y no la ley aplicable) puede ser el enfoque más adecuado; en otros, cualquiera de las propuestas clásicas [...] proporcionará la mejor respuesta, dependiendo de las circunstancias y del interés preponderante en el supuesto; también es posible evitar el problema a través de una “calificación” funcional de la situación. La debilidad de esta propuesta, la falta de seguridad jurídica, es manejable y, en cualquier caso, la propuesta no es más débil que el escenario actual sumamente heterogéneo.

AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: “El nuevo reglamento de sucesiones. Aspectos escogidos”, *España y la Unión Europea en el orden internacional: XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Universidad de Sevilla, 15 y 16 octubre 2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 573–580, ISBN 978–84–9143–483–2.

CALVO CARAVACA, A.L.: “Residencia habitual y ley aplicable a la sucesión *mortis causa* internacional”, *Estudios jurídicos: Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017, pp. 203–234. ISBN 978–84–92884–58–2.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n° 1, 2016, pp. 47–75.

La residencia habitual del causante es uno de los criterios clave en el funcionamiento del Reglamento sucesorio europeo. Opera tanto como foro de competencia internacional como punto de conexión que determina la Ley aplicable a las sucesiones *mortis causa*. La residencia habitual del causante es un criterio líquido propio de tiempos líquidos como los actuales, caracterizados por la velocidad, el cambio, la movilidad y la fugacidad de las relaciones personales y sociales. Es un criterio que facilita la libre circulación de personas en el escenario internacional. Es por tanto, un criterio apropiado para el Derecho internacional (europeo) del siglo XXI. Sin embargo, al mismo tiempo, la residencia habitual es un criterio móvil, inestable, cambiante y líquido que exige del jurista un trabajo poderoso para determinar el país donde se concreta.

COLOMER BEA, D.: “Conflicto de leyes y doble imposición en materia de sucesiones transfronterizas. Análisis del Reglamento (UE) 650/2012 y de la Recomendación 2011/856/UE”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, n° 58, 2016, pp. 75–116.

FONT I SEGURA, A.: “La delimitación de la excepción de orden público y del fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho (Homenaje a Nuria Bouza Vidal)*, abril, 2017.

GARAU JUANEDA, L.: “El Reglamento (UE) n° 650/2012 en materia sucesoria su integración en el Derecho interregional español”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, n° 16, 2016, pp. 61–72.

IRIARTE ANGEL, F. de B.: “La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales”, *Actualidad civil*, n° 6, 2016, pp. 30–43.

IRIARTE ÁNGEL, F. de B.: “Las sucesiones de los extranjeros en España y su tratamiento en la doctrina más reciente de la DGRN, una mirada crítica”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, n° 754, 2016, pp. 986–999.

IRIARTE ANGEL, F. de B.: “Competencia de los Tribunales españoles y forma de los testamentos después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales”, *Actualidad civil*, n° 12, 2016, pp. 30–41.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El ordenamiento aplicable a la sucesión *mortis causa* en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Derecho y fiscalidad de las sucesiones mortis causa en*

España: una perspectiva multidisciplinar, Cizur-Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2016, pp. 249-264, ISBN: 978-84-9098-741-4.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: *La administración de la herencia en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2017, 130 pp. ISBN: 978-84-9045-502-9.

SÁNCHEZ ARISTI, R.: “El Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n° 42, 2016, pp. 95-103.

YBARRA BORES, A.: “La elección del Derecho inglés como Ley aplicable a la sucesión en relación a los británicos residentes en España”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n° 4, 2016.

TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “El concepto autónomo de ‘crédito no impugnado’ del Reglamento sobre el Título Ejecutivo Europeo: STJUE de 16 junio 2016, asunto C-511/2014: *Pebros Servizi Srl c. Aston Martin Lagonda Ltd.*”, *La Ley: Unión Europea*, n° 40, 2016.

TRANSPORTE

BELINTXON MARTIN, U.: “Derecho europeo, transporte internacional por carretera y operaciones conexas: Especial mención al régimen jurídico aplicable a la carga y descarga de las mercancías”, *Auctoritas Prudentium*, n° 14, 2016, pp. 26-45.

BELINTXON MARTIN, U.: “La efectiva liberalización del sector del transporte por carretera en la UE y el acceso a la profesión de transportista: ¿Licencia Comunitaria Única?”, *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 241-255.

Este Tomo del Anuario Español
de Derecho Internacional
Privado se terminó de
imprimir el día 29 de
octubre de
2017

