Anuario español de Derecho
internacional privado

Presentación

Respaldado 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 españoles 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.

Reconocimientos

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, la última vez en 2020. Asimismo, em 2018 en Anuario fue evaluado favorablemente para su inclusión e **Scopus** por el Content Selection & Advisory Board (CSAB). Por último, también en 2018 el Anuario fue indexado en el ***Emerging Sources Citacion Index.***

Normas editoriales

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.

En dicha web el lector puede encontrar los textos íntegros de las decisiones de los tribunales y ortros materiales que se relacionan en el presente volumen.

Anuario español de Derecho internacional privado

Tomo XXI

Ipro*lex*

2021

Edición:
Ipro*lex*, 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:
Profesora Dra. Pilar Jiménez Blanco
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.
Miembro del *Institut de Droit International*

Comité científico

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

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

Rafael Arenas García
Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona

Jürgen Basedow
Ex–Director del Max–Planck–Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo), Miembro del *IDI*

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

Pedro A. de Miguel Asensio
Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid

Marc Fallon
Professeur ordinaire à l'Université Catholique de Louvain, Miembro del *IDI*

Burkhard Hess
Director del Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, Asociado del *IDI*

Rui M. de Gens Moura Ramos
Catedrático de la Universidad de Coimbra. Ex Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal Miembro del *IDI*

Leonel Pereznieto Castro
Profesor de la Universidad Nacional de México

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

Hans Van Loon
Ex Secretario General de La Academia de La Haya de Derecho internacional privado
Miembro del *IDI*

Consejo de redacción

Juan José Álvarez Rubio (Catedrático de la Universidad del País Vasco); **Nerina Boschiero** (Profesora Ordinaria, Università degli Studi di Milano); **Rodolfo Dávalos Fernández** (Profesor Principal de la Universidad de La Habana); **Pilar Diago Diago** (Catedrática Universidad de Zaragoza); **Adriana Dreyzin de Klor** (Profesora titular, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina); **Ángel Espiniella Menéndez** (Catedrático de la Universidad de Oviedo); **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), **Toshiyuki Kono** (Professor of Faculty of Law, Universidad de Kyushu, Fukuoka/Japón); **Stefan Leible** (Catedrático de la Universität Bayreuth); **Dário Moura Vicente** (Catedrático de la Universidad de Lisboa), **Guillermo Palao Moreno** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Marta Requejo Isidro** (Catedrática de Derecho internacional privado y Letrada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Secretaria

Pilar Jiménez Blanco

Catedrática de Derecho internacional privado
de la Universidad de Oviedo

Redactores

Beatriz Añoveros Terradas (Profesora titular de la Universitat Ramon Llull); **Albert Font i Segura** (Profesor titular de la Universitat Pompeu Fabra); **Víctor Fuentes Camacho** (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 de la Universidad de Alicante); **Aurelio López–Tarruella Martínez** (Profesor titular de la Universidad de Alicante); **Crístian Oró Martínez** (Dirección de Investigación y Documentación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea); **José Ignacio Paredes Pérez** (Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid); **Eduardo Picand Albónico** (Profesor de la Universidad de Chile); **Benedetta Ubertazzi** (Full–Tenured Aggregate Professor Universitá di Macerata).

Comité evaluador de la calidad científica[*]

Marie–Élodie Ancel (Professeur Université Paris 2 Panthéon–Assas); **Pilar Blanco–Morales y Limones** (Catedrática de la Universidad de Extremadura); **Alfonso Luis Calvo Caravaca** (Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid); **Javier Carrascosa González**, Catedrático de la Universidad de Murcia); **Fernando Castedo Álvarez** (Abogado del Estado); **Bernardo Mª Cremades Sanz–Pastor** (Abogado)**; Manuel Desantes Real** (Catedrático de la Universidad de Alicante); **Jose Mª De Dios Marcer** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Barcelona); **José Mª Espinar Vicente** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Joaquim–Joan Forner Delaygua** (Catedrático de la Universidad de Barcelona); **Mª Paz García Rubio** (Catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela); **Eloy Gayán Rodríguez** (Profesor titular de la Universidad de A Coruña); **Mónica Guzmán Zapater** (Catedrática de la Uned); **Miguel A. Michinel Álvarez** (Catedrático de la Universidad de Vigo); **José Manuel Otero Lastres** (Magistrado del Tribunal de Cuentas); **Elisa Pérez Vera** (Consejera de Estado); **José Picón Martín** (Notario de Madrid); **Fausto Pocar** (Profesor emérito de la Universidad de Milán); **Andrés Rodríguez Benot** (Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide); **Juan Sánchez Calero Guilarte** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Ignacio Solís Villa** (Notario de Madrid); **Alberto Tapia Hermida** (Catedrático de la Universidad Complutense); **Blanca Vilá Costa** (Catedrática de la Universidad Autónoma de Barcelona); **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 ap. 21 de los criterios de calidad editorial Latindex.

Colaboran en el presente tomo

Santiago Álvarez González
Vésela Andreeva Andreeva
Isabel Antón Juárez
Rafael Arenas García
María José Castellanos Ruiz
Pedro A. De Miguel Asensio
Ángel Espiniella Menéndez
Carlos A. Esplugues Mota
Ana Fernández Pérez
José Carlos Fernández Rozas
Albert Font i Segura
Miguel Gardeñes Santiago
Pilar Jiménez Blanco
Eva Jiménez Palma
Raúl Lafuente Sánchez
Nerea Magallón Elósegui
Nuria Marchal Escalona
Cátia Marques Cebola
Javier Martínez Calvo
Manuel Medina Ortega
Antonio Merchán Murillo
Gisela Moreno Cordero
José Núñez Cerviño
Carmen Parra Rodríguez
Lucas Andrés Pérez Martín
Teresa Rguez. de las Heras Ballell
Juliana Rodríguez Rodrigo
Raúl Ruíz Rodríguez
Mercedes Sabido Rodríguez
María Jesús Sánchez Cano
Sixto A. Sánchez Lorenzo
Eduardo Tellechea Bergman

Lurdes Varregoso Mesquita

Sumario

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS
In memoriam Alegría Borrás (1943–2020) 19–23

CARLOS A. ESPLUGUES MOTA
In memoriam José Luis Iglesias Buhigues (1940–2020) 25–28

Estudios

NEREA MAGALLON ELOSEGUI
El Reglamento (UE) 1104/2016 en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas y las parejas de hecho en el País Vasco 31–64

CARMEN PARRA RODRÍGUEZ
El cambio de paradigma de la discapacidad: el modelo inclusivo en las relaciones familiares transfronterizas ... 65–88

NURIA MARCHAL ESCALONA
El derecho del menor a relacionarse con sus abuelos en contextos internacionales de violencia de género 89–109

MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ
La tutela colectiva de los consumidores en Derecho internacional privado español: ordenación de algunos aspectos procesales..... 111–145

ISABEL ANTÓN JUÁREZ
Responsabilidad civil internacional por daños causados por un robot quirúrgico 147–180

Eva JIMÉNEZ PALMA
La fiducia inmobiliaria de administración y el concepto de "obligaciones contractuales" en el Reglamento Roma I 181–209

ISSN 1578–3138

Notas

JAVIER MARTÍNEZ CALVO Y Mª JESÚS SÁNCHEZ CANO
La tensión entre la libre autonomía de la voluntad y la protección del interés superior de la persona con discapacidad intelectual en el Derecho internacional y en el ordenamiento interno español 213–236

GISELA MORENO CORDERO
La descoordinación conflictual y la autonomía de la voluntad como catalizadores de situaciones de inadaptación en el régimen sucesorio del cónyuge supérstite 237–268

Mª JOSÉ CASTELLANOS RUIZ
Funcionamiento de los Registros internacionales sobre aeronaves, tanto tripuladas como no tripuladas (drones) .. 269–302

Unión Europea

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
Orden público europeo en Derecho de familia 305–326

ANTONIO MERCHÁN MURILLO
La sucesión digital internacional y el Reglamento sucesorio europeo 650/2012 327–357

MANUEL MEDINA ORTEGA
Los menores no acompañados en la regulación de la inmigración por la Unión Europea 359–373

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN
Protección de los MENA al alcanzar la mayoría de edad: incumplimiento de España de sus obligaciones internacionales y alcance de la reforma del Reglamento de Extranjería 375–404

RAÚL RUÍZ RODRÍGUEZ
La acción colectiva europea y el Derecho internacional privado a raíz del escándalo Dieselgate 405–429

AEDIPr, t. XXI, 2021
ISSN 1578–3138

VÉSELA ANDREEVA ANDREEVA
La pérdida económica del inversor como daño extra–contractual y criterio para determinar la CJI a los efectos del art. 7.2º Reglamento 1215/2012 (STJUE 12 de mayo de 2021, Asunto C–709/19, *Vereniging van Effecten–bezitters y BP plc*,) 431–454

América latina

EDUARDO TELLECHEA BERGMAN
La Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay y la aplicación del Derecho extranjero. Un desarrollo de conceptos enraizados en los orígenes del sistema de Derecho Internacional Privado uruguayo y de la región 457–483

Textos legales

Unión Europea 487

Legislación española 494
Disposiciones generales 494
Comunidades Autónomas 506

Convenios internacionales 509

Jurisprudencia

Dirección de JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS Y SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ 511

Comentarios de SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, PEDRO A. DE MIGUEL ASENSIO, ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, PILAR JIMÉNEZ BLANCO, NEREA MAGALLÓN ELÓSEGI, NURIA MARCHAL ESCALONA Y JOSÉ NÚÑEZ CERVIÑO

Jurisprudencia internacional y europea 511

Tribunal Europeo de Derechos Humanos 511
Tribunal de Justicia Unión Europea 511

Jurisprudencia española 525

Adopción 525
Alimentos 528
Arbitraje 529
Asilo 531
Bienes 531
Competencia judicial internacional 532
Consumidores 538
Contratos 539
Derecho del trabajo 540
Derecho marítimo 540
Divorcio 545
Documentos 548
Extranjería 548
Filiación 548
Inmunidad 551
Insolvencia 552
Matrimonio 552
Menores 553
Nacionalidad 559
Nombre 560
Propiedad intelectual 562
Relaciones entre cónyuges y régimen económico matrimonial 562
Responsabilidad 565
Responsabilidad parental 569
Reconocimiento y ejecución 572
Seguridad Social 573
Sucesiones 574
Transporte 577

Crónica de Derecho interterritorial

Coordinación y comentarios de ALBERT FONT I SEGURA Y RAFAEL ARENAS GARCÍA 579

RAFAEL ARENAS GARCÍA
Alimentos, crisis matrimoniales y regímenes económicos 581

Relación de decisiones 588

RAFAEL ARENAS GARCÍA
Vecidad civil 591
Relación de decisiones 594

RAFAEL ARENAS GARCÍA
Uniones no matrimoniales 596
Relación de decisiones 599

ALBERT FONT I SEGURA
Filiación, adopción y capacidad 601
Relación de decisiones 603

ALBERT FONT I SEGURA
Sucesiones 604
Relación de decisiones 607

ALBERT FONT I SEGURA
Obligaciones y derechos reales 612
Relación de decisiones 616

ALBERT FONT I SEGURA
Articulación del Derecho estatal y pluralidad normativa 618
Relación de decisiones 619

Doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Comentarios de SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO 623

Resoluciones e de Instrucciones 625

Adopción 625
Contratos 625
Derechos reales 626
Documento extranjero 628
Filiación 634
Matrimonio 636
Nombre y apellidos 639
Poderes de representación 641
Régimen económico matrimonial 648

Sociedades 658
Sucesiones 660

Foros internacionales

Unión Europea

RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ

Actividades de la Comisión Europea en materia de Derecho internacional privado en el periodo mayo 2019–agosto 2021 683

Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado

Crónica de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado 695

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL

Crónica de la actividad de Unidroit 2020–2021 703

Cámara de Comercio internacional

Modelo de Condiciones Generales de Venta en Línea (B2C) 709
Revisiones del Reglamento de Arbitraje de la CCI 709
Reglas Uniformes para las Operaciones Comerciales Digitales (URDTT) . 710
Nuevas orientaciones sobre las declaraciones medioambientales en el marketing y la publicidad 711

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

LURDES VARREGOSO MESQUITA Y CÁTIA MARQUES CEBOLA

Mediación mercantil ante la globalización. Impacto internacional y rectos futuros de la Ley Modelo de la CNUDMI y de la Convención de Singapur 713

International Law Association

Directrices ILA/Kyoto sobre propiedad intelectual y Derecho internacional privado (29 noviembre 2020)..... 731

Materiales de la práctica

Dirección de ANA FERNÁNDEZ PÉREZ 743

Unión Europea 746
España 765

Consejo de Ministros 765
Consejo de Estado 766
Defensor del Pueblo 770
Fiscalía General del Estado 773

Noticias

Unión Europea 782
América Latina 798
España 801

Bibliografía

Bibliografía española de Derecho internacional privado (2020–2021) 809
Comentarios bibliográficos 863

In memoriam Alegría Borrás (1943–2020)

El 15 de diciembre de 2020 falleció en Barcelona en su casa natal de la calle Mauricio Serrahima, donde vivió, primero con sus padres y luego con su esposo José María Vallverdú, y donde nacieron sus dos hijos, Alberto y Luis. La trayectoria académica de la profesora Borrás se inicia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, que recibió a una atractiva joven cuya imagen no corresponde a las adustas fotos que suelen acompañar a las obras científicas de las académicas acrisoladas. Tras cursar brillantemente la Licenciatura en Derecho (1964), obtuvo es esta Universidad una plaza de profesora ayudante de Derecho internacional público y privado, realizando su tesis de doctorado bajo la dirección del Profesor Manuel Díez de Velasco, sobre la doble imposición internacional. Desde la perspectiva académica, superó con éxito, en diciembre de 1974, uno de los concursos nacionales más duros que le permitió acceder a la plaza de Profesor adjunta en su Universidad, consolidándose en los años posteriores su prestigio en la comunidad científica española. En 1982 obtuvo la Cátedra de la Universidad Córdoba para ocupar en pocas semanas la de la Universidad Autónoma de Barcelona. Por último, en 1985, tras un nuevo concurso, ganó la Cátedra de la Universidad de Barcelona, donde se mantuvo hasta su jubilación.

La personalidad desbordante de la profesora Borrás y su intensa actividad, fueron cualidades que tuvieron honda repercusión en la presencia española en numerosos foros internacionales como el Grupo Europeo de DIP, del que llegó a ocupar su presidencia, y donde mantuvo una estrecha colaboración con el Profesor Julio D. González Campos que se prolongaría con posterioridad en la Conferencia de La Haya DIP y en múltiples trabajos científicos.

La mayor parte de la obra científica de A. Borrás se ha realizado en su etapa de madurez. La lectura de la relación de publicaciones que figuran en sus dos Cursos de La Haya resulta particularmente expresiva. Si en una primera etapa estuvo muy condicionada por las exigencias del acceso a la carrera académica, posteriormente no pudo quedar al margen de determinadas circunstancias históricas que vivió intensamente, esencialmente la entrada en vigor de la Constitución de 1978, el ingreso de España en la Comunidad Europea y el proceso catalán a la autonomía. Sus estudios están profundamente vinculados a su proceso de codificación internacional y a su participación en la misma, siendo presididos por el "Informe Borrás" (aprobado por el Consejo en 1998), que ha llegado a tener una difusión universal por su claridad y rigor, y siendo imprescindible para

AEDIPr, t. XXI, 2021 pp. 19–23
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.01

la interpretación de la normativa del "Sistema Bruselas I". Dicho sistema sería abordado reiteradamente en trabajos posteriores, junto a los resultados de la codificación en la Conferencia de La Haya. Una trayectoria académica y diplomática tan relevante no podía pasar desapercibida en su tierra natal y con todo merecimiento fue honrada con la incorporación, como miembro de número, a la prestigiosa Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

Han sido muchas las tesis que avaló imprimiendo un estilo propio que marcaría el devenir posterior de sus discípulos (Lidia Santos, Joaquín Juan Forner Delaygua, Cristina González Beilfuss, Cristina Pellisé de Urquiza, Beatriz Añoveros Terradas, Georgina Garriga Suau, Jose Maria Fontanellas Morell, Maria Font Mas o María Álvarez Torn). Sus numerosos discípulos y amigos le ofrecieron en 2013 un libro homenaje titulado *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás* (Madrid–Barcelona, M. Pons, 2013).

El final de los años ochenta marcó el comienzo de una importante actividad de la profesora Borrás fuera de las fronteras españolas. En 1992 impartió docencia como profesora invitada en la Universidad de París V y un año más tarde de 1993 en la Estrasburgo, extendiéndose tan actividad a otros círculos: la Universidad de Sofía en 1997, la de Porto Alegre en 1999 y la de Nijmegen (1998 y 2002).

Pero indudablemente su actividad esencial se desarrolló en el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr. Pocos juristas a lo largo de su más de centenaria historia han desempeñado un papel más relevante que el que ejerciera Alegría Borras en la desde sus primeras intervenciones. En ellas destacaron la claridad de su exposición, el rigor de sus respuestas y la agudeza de sus preguntas, y su conocimiento global del Derecho internacional privado. Por eso entre los asistentes fue siempre muy respetada por sus juicios, sus comentarios y su capacidad para llegar a compromisos. Participó como delegada de España en el Grupo especial de expertos para la preparación de un Convenio sobre la ley aplicable a las sucesiones (1986–1987) y como miembro de la Comisión de cláusulas federales desde 1986 de la que fue nombrada Presidenta en 1992. También desempeñó un importante papel en la Comisión especial sobre la aplicación de los Convenios de La Haya sobre notificaciones y sobre obtención de pruebas en el extranjero (1989), en las Comisiones especiales sobre la aplicación y sobre la revisión del Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores (1989, 1993, 1995, 1997 y 2006), donde fue elegida en 1993 y en 1997 Vice–presidenta, en las Comisiones especiales para la preparación de un Convenio sobre adopción internacional (1991–

1992), en las Comisiones especiales para la preparación de un Convenio sobre la protección internacional de los niños (1993–1996) y en la Comisión especial sobre reconocimiento y ejecución de decisiones (1994). Participante en la Comisión especial sobre asuntos generales preparatoria de la XVII Sesión Diplomática (1992), en la XVIII Sesión Diplomática de la Conferencia (1996) fue elegida Vicepresidenta, participando activamente en la preparación de un Convenio sobre la protección internacional de adultos (1996–1999), cuya acta final fue firmada el 2 de octubre de 1999, convirtiéndose en Convenio el 13 de enero de 2000. También ejerció un importante papel en las Comisiones especiales y reuniones informales para la preparación de un Convenio sobre la competencia judicial y las decisiones extranjeras, después de un Convenio sobre los acuerdos de elección de foro, siendo elegida en 2004 miembro del Comité de redacción. Y por si esta fuera poco su presencia se hizo sentir en las Comisiones especiales para la preparación de un Convenio sobre ley aplicable a ciertos derechos sobre los valores en cuenta depositados en un intermediario (2000 y 2001). El puesto de Vicepresidenta se extendió a la XIX Sesión diplomática (junio 2001) y posteriormente tuvo un destacado cometido, junto al profesor J.D. González Campos, en la Comisión especial sobre asuntos generales y política de la Conferencia. Asimismo, ocupó un puesto relevante a lo largo de la XX Sesión diplomática (2005), siendo elegida Presidenta de la Comisión especial sobre la aplicación del Convenio en materia de adopción internacional y participando en las Comisiones especiales para la preparación de un Convenio sobre el cobro internacional de alimentos (2003, 2003, 2005, 2006, 2007), donde fue elegida co–relatora del Convenio.

La intensa labor de codificación desempeñada en la Conferencia de La Haya fue paralela a su activa participación en lo que más adelante se calificaría de "comunitarización del DIP", destacando su papel como delegada de España, a partir de 1993, en la elaboración del Título IV del Tratado de Maastricht, concretamente en el apartado relativo a la asistencia judicial internacional en el Grupo de trabajo sobre la transmisión de actos entre los Estados miembros (1993–1997) y en el Grupo de trabajo sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial. Fue relatora del Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de nulidad, divorcio y separación. También participó en el Grupo de trabajo para la preparación de un instrumento comunitario sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales, julio de 1998, en el Grupo *ad hoc* para la revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano (1998–1999) y en los Grupos de trabajo para la transformación en Reglamentos de los Convenios de DIP (1999–2001). Durante la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea (1er semestre 2002) fue nombrada Presidenta

del Comité para la coordinación con la Conferencia de La Haya, del Comité para la revisión del Convenio de Lugano y del Comité para la preparación de un instrumento comunitario creando un título ejecutivo europeo. También desempeñó el puesto de Jefa de la delegación española en el Comité de cuestiones de Derecho civil (Asuntos generales).

Por entonces ya era delegada de España en el Comité permanente del Convenio de Lugano, actividad que compaginaría con su presencia en el "grupo X2" sobre cooperación judicial en materia civil. Más tarde representaría a nuestro país en el Comité Permanente del Convenio de Lugano sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial desde 1996, participando en las reuniones del Comité en Lugano (1997), Interlaken (1998), Montreux (1999), Basilea (2000), StGallen (2001), Berna (2002), Lugano (2003), Neuchatel (2004), Zurich (2005), Lugano (2006 y 2007) y Lucerna (2008). También representó a España en la Sesión diplomática para la revisión del Convenio de Lugano, Lugano, 10–12 octubre 2006 y en la Sesión diplomática para la firma del Convenio de Lugano revisado (30 octubre 2007). Redactó el primer informe sobre la jurisprudencia de los tribunales internos en aplicación del Convenio en colaboración con el Prof. H. Tagaras (Grecia) y el Sr. A. Markus (Suiza), 1999 y el 7º informe con el Prof. F. Pocar (Italia) y el Sr. A. Markus (Suiza), 2005.

La trayectoria hasta aquí expuesta de la Dra. Borrás evidencia que en múltiples foros internacionales ha representado y defendido firmemente los intereses de España y del idioma castellano contando para ello con la confianza desde 1985 de los sucesivos gobiernos de la nación, lo que es poco habitual y en particular del Ministerio de Justicia, en las tareas de codificación y del Ministerio de Educación, donde desempeñó un importante papel, sobre todo en los últimos años, en la selección del profesorado universitario como miembro del Consejo Nacional para la Evaluación de la Investigación (1996) y Presidenta de su Comisión de Ciencias jurídicas (1997); una experiencia sin duda mucho menos gratificante que la anterior. Y a ello debe agregarse su importante labor como Vocal permanente de la Comisión General de Codificación del Gobierno de España, por Orden del Ministro de Justicia de 7 de marzo 2005, integrándose en la sección Primera, de Derecho civil y participando en la elaboración de la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos. Esta labor recibió las correspondientes distinciones propias de "la Patria agradecida", como son la Cruz Distinguida de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort (1996) y la Encomienda de la Orden de Isabel la Católica (1997). En su última etapa de su vida, recibió el Premio Puig Salellas 2018, máximo galardón que otorga

el Colegio Notarias la Cataluña y el Premio a la Excelencia en el Jurista promovido por la Fundación Pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (12 febrero 2020). Fue su última intervención pública donde sorprendió a todos los asistentes por la energía en la que defendió sus convicciones sobre el futuro del Derecho internacional privado.

A los reconocimientos nacionales se sumó el reconocimiento internacional. Asociada del IHLADI en 1977, y miembro en 1992, cabe añadir su pertenencia a la *Académie Internationale de Droit Comparé* desde 2007.

Capítulo aparte merece su ingreso en el *Institut de Droit International* que Alegría Borrás superó brillantemente en la 73ª Sesión de Santiago de Chile, en octubre 2007.

Toda esta trayectoria no podía menos que tener una traducción exacta en la docencia y así se incluyó en los planes de estudio de la Universidad de Barcelona una asignatura optativa del segundo ciclo denominada "Dret interregional". Desde el punto de vista institucional su catalanismo se hizo patente en labores que trascienden lo académico con su participación en la Comissió Jurídica Assessora del Gobierno de Cataluña (1986–2005) y en el Patronat Català Pro Europa del Gobierno de Cataluña, 1985–2000, quedando refrendado con su nombramiento como vocal del Pleno de la Comisión de Codificación de Cataluña, el órgano colegiado en materia de Derecho civil cuyo objeto es la elaboración de propuestas de revisión, actualización y desarrollo del Derecho privado de Cataluña, en especial del Derecho civil.

Como colofón a las grandes adversidades aportadas en el año 2020 la comunidad científica recibió con profunda tristeza y gran sentimiento de dolor el fallecimiento la profesora Alegría Borrás. Una gran internacionalista, una gran persona y una verdadera "fuerza de la naturaleza".

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS *

* Director del Anuario.

In memoriam José Luis Iglesias Buhigues (1940–2020)

Dicen que siempre resulta fácil hablar de aquellos que no están ya entre nosotros y que, además, en el caso de España, es aún más sencillo porque todo es hipérbole. Quizás yo constituya la excepción a esa regla que se apunta general, porque aún hoy, confrontar sobre el papel la figura y el recuerdo de mi amigo el Profesor José Luis Iglesias Buhigues, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia, me genera un enorme dolor y un gran pesar; la presencia constante de su ausencia no ha hecho sino agrandarse con el transcurso de los meses, como lo ha hecho, también, su imagen y su recuerdo.

Todas las personas somos una y varias a la vez. También el Profesor Iglesias es uno y otros diferentes al mismo tiempo. Y aunque diversos en las distintas facetas de su vida, en todos los posibles José Luises se hacen patentes tres rasgos que lo definen de forma nítida: su intransigencia ante la injusticia y el despotismo, su amor –sin frenos ni límites– al proceso de integración europea, y su enorme bondad, en el sentido más noble y hermoso de la palabra.

José Luis Iglesias Buhigues nació en los populares poblados marítimos de Valencia el 16 de febrero de 1940. El orgullo de su origen marcó su forma de ser y de aproximar la vida, tanto en el plano personal como profesional. Vital, jovial, abierto y generoso, a la vez que profundamente tímido y celoso de su intimidad, fue siempre consciente de que el éxito se cimenta en el esfuerzo y la dedicación decidida y honrada a lo que uno desea, desde el pleno respeto a los demás. Y que los atajos, obtenidos o regalados, no siempre aseguran la plenitud, especialmente, en la esfera académica.

Tras estudiar el bachillerato en el Liceo Sorolla de Valencia, un colegio laico y autorizado, José Luis cursó la licenciatura de Derecho en la Universidad de Valencia y posteriormente obtuvo el título de Doctor en la misma institución, con una tesis doctoral, dirigida por el Profesor Adolfo Miaja de la Muela, sobre "La noción de supranacionalidad de las Comunidades Europeas. Análisis jurídico de los Tratados de Paris y Roma y de su aplicación práctica"; primera defendida en España sobre la materia, y que obtuvo la calificación de Sobresaliente Cum Laude. En octubre de 1965 se vinculará a la entonces Cátedra de Derecho Internacional Público y Privado de la Facultad de Derecho de Valencia, a donde volverá décadas después, como Catedrático de Derecho internacional privado, tras estar destinado como profesor adjunto en la Universidad Complutense de Madrid,

AEDIPr, t. XXI, 2021 pp. 25–28
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.02

profesor agregado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada y Catedrático, ya de Derecho internacional privado, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante; Facultades, estas dos últimas, de las que será Decano.

En tiempos de gris plomo, esa misma luminosidad mediterránea que acompañó su infancia, le hará marchar a la convulsa Paris de finales de los sesenta del siglo pasado, donde obtendrá el Diplôme del Institut des Hautes Etudes Internationales (Universidad de Paris). A él se unirá, posteriormente, el Diplôme de la Faculté internationale pour l'Enseignement du droit Comparé (Sección "Organisations européennes") (Universidad de Estrasburgo) y, con el tiempo, el muy prestigioso Diplôme de la Académie de Droit International de la Haya (section Droit International Privé), del que siempre estuvo especialmente orgulloso.

Inconformista por naturaleza y profundamente crítico de la realidad española del momento, el Profesor Iglesias entenderá desde temprano el proceso de integración europeo, como una oportunidad histórica para restañar antiguas y profundads heridas en el viejo continente. Y, también, como la posibilidad de sacar a España del aislamiento sempiterno que le había caracterizado; acabando, desde el respeto al otro y el reconocimiento del derecho a ser diferente, con la alargada sombra del negro régimen que la sojuzgaba. Europa y la actual Unión European serán, sin lugar a dudas, la principal línea argumental de su obra académica, y el motivo último que le conducirá, una vez que España pase a ser miembro de pleno derecho de la actual Unión, a incorporarse como funcionario en su estructura institucional.

Bruselas será para José Luis Iglesias un antes y un después, tanto personal como profesionalmente hablando. En ella pasará los años de máxima plenitud vital, y será ella la que le ofrezca la posibilidad de crear Derecho internacional privado a través de su condición de Consejero Jurídico en el Servicio Jurídico de la Comisión Europea, del que llegará a ser uno de los directores. O de su participación como Representante de España en el Grupo Conjunto CEE–AELE EXEQUATUR, para la elaboración del Convenio de Lugano sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, como Miembro–Consejero de la Delegación de la Comunidad Europea en la Conferencia Diplomática de Lugano, para la adopción de dicho Convenio o, más tarde, como Miembro del Grupo de Expertos de la Comisión Europea PRM–III/IV (Group of Experts on the property consequences of marriage and other forms of union and on succession and wills in the European Union) desde su creación en diciembre de 2005. En todos estos ámbitos, el Profesor Iglesias tendrá la oportunidad de aplicar sus conocimientos teóricos a la regulación de

situaciones reales y verá reconocido su talante cordial e integrador, así como también, en ocasiones, su amable tozudez.

El académico convertido en legislador dará muestra en todo momento de su curiosidad, de su integridad y espíritu critico, y de su bonhomia, participando de forma activa en la consolidación y fortalecimiento del proceso de integración europeo en todas sus dimensiones. Su huella está presente en múltiples trabajos de investigación sobre temas variados del Derecho internacional público y del privado de los últimos cincuenta años y, lo que es más difícil y constituye el sueño inalcanzable de muchos, en algunas de las más relevantes reglas comunitarias sobre las que se articula nuestra disciplina desde hace tres décadas.

Su vuelta a la Universidad de Valencia tras su jubilación en la Unión se producirá con la perenne sonrisa en los labios, y con la misma mirada de niño curioso –y pícaro– que le acompañó durante toda su vida. Confrontado con una Universidad radicalmente distinta de la que había dejado casi veinte años atrás, retomará su actividad docente e investigadora con el entusiasmo, el celo y la dedicación que siempre le acompañó. Los tres lustros que permanecerá en activo en Valencia, en las distintas categorías que la insondable jungla universitaria le ofrecerá –catedrático en activo, emérito y profesor honorario– permitirán visualizar al Profesor Iglesias más pleno y desinhibido. Sin necesidad de demostrar ya nada a nadie más que a sí mismo, rodeado del cariño y del respeto de sus colegas del área y de la Facultad, se convertirá pronto en el referente insustituible de un grupo investigador en el que se combina la madurez con la juventud.

En Valencia, su impoluta trayectoria académica encontrará en los últimos años de su carrera dos colofones de muy distinta índole, pero igualmente queridos por el maestro. En primer lugar, el Manual de Derecho internacional privado, elaborado junto a los Profesores Palao y Esplugues; una idea compartida, que supuso para él un hito personal y académico, y del que fue copartícipe en 14 ediciones. Y, por otro, en segundo lugar, el libro homenaje que el colectivo de Derecho internacional privado español le ofrecerá en 2012, justo hace diez años. Una obra que honra su trayectoria vital y profesional, y refleja –como nada– el respeto a su figura y la amistad de sus compañeros de Derecho internacional privado y público español.

Mas siendo todo lo anterior muy importante, y reflejando de forma nítida la vocación académica de José Luis y su dedicación durante toda una vida al Derecho internacional privado, no dejo de pensar, conociéndolo como creo que lo hacía, que no es más que mero oropel. Trascendente, trabajado y muy querido, pero oropel. Al menos para mí, y pienso que, en su fuero interno, también para él, el José Luis Iglesias que se fue dejándome un café

pendiente, supera con mucho a sus obras y a su estancia en la Unión. Limitar su trayectoria al estricto perímetro de su despacho en la Facultad supone reducir su figura de manera intolerable.

El reconocimiento de su condición de maestro no impide que me quede, y no necesariamente de forma excluyente, con otros José Luises que me resultan aún más próximos, queridos y añorados. El José Luis atleta, as de las carreras cortas. El José Luis tuno. El amigo preparado en todo momento para compartir una paella y un vaso de tinto en su querido "Famós". El polemista inagotable, pelín puñetero, e invencible, capaz de defender sus posiciones hasta la extenuación. El colega cercano y generoso, constantemente dispuesto a compartir su saber y sus contactos con los compañeros que lo requerían. El catedrático amable y prestigioso cuyo despacho estaba siempre abierto a todos los jóvenes de la Facultad para comentar, sin límite de tiempo, cualquier duda o cuestión que pudieran tener. Todos estos José Luis Iglesias son imprescindibles para aproximar de forma certera la figura de un hombre sencillo y próximo, en el que convivían en armonía muchas y variadas realidades, y que se ha ido rodeado del cariño y del reconocimiento de todos.

Su marcha, inesperada y súbita, ha supuesto la pérdida de una persona dedicada en cuerpo y alma a la ciencia del Derecho internacional privado, y ha dejado huérfana al área de Derecho internacional privado de Valencia, amputándome sin anestesia parte de mi realidad. Con estas líneas, que tan generosamente me solicita el Profesor José Carlos Fernández Rozas, quiero rendir homenaje a su figura y a su recuerdo. Y con él, a toda una generación de académicos, no siempre suficientemente rememorada y valorada, sin cuya presencia no se entiende la actual realidad del Derecho internacional privado español. Ellos fueron los que nos allanaron el camino para el hoy que vivimos. Y es un acto de justicia reconocerlo y recordarlo.

Valencia, 11 de enero de 2022.

Carlos ESPLUGUES MOTA*

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

AEDIPr, t. XXI, 2021, 25–28
ISSN 1578–3138

Estudios

Recibido: 30 julio 2021
Aceptado: 7 octubre 2021

El Reglamento (UE) 1104/2016 en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas y las parejas de hecho en el País Vasco

Nerea MAGALLÓN ELOSEGUI*

Sumario: I. Introducción. II. La constitución de la unión registrada: una cuestión "preliminar" excluida del ámbito de aplicación del Reglamento 1104. 1. La constitución de la unión en el Reglamento 1104 como una cuestión previa en clave conflictual. 2. La ley aplicable a la constitución de la unión registrada en el ordenamiento español. 3. La constitución de la unión registrada en la Ley vasca de parejas de hecho. 4. El reconocimiento de la unión registrada constituida en el extranjero como método que desplazaría la necesidad de plantear cuestión previa. III. La ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas transfronterizas y la Ley vasca de parejas de hecho. 1. La inexistencia de una definición completa de unión registrada y el ámbito de aplicación del Reglamento 1104. 2. La ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas de carácter trasfronterizo y la remisión a ordenamientos plurilegislativos. 3. La aplicación de la Ley vasca de parejas de hecho a los efectos patrimoniales de la unión registrada. IV. Conclusiones.

RESUMEN: La aprobación del Reglamento europeo sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas vuelve a poner de manifiesto los problemas derivados de la ausencia en el ordenamiento español de una regulación material y conflictual sobre parejas de hecho. En este trabajo se analiza cuál es la ley aplicable cuando el instrumento europeo señala la ley española ante la pluralidad de leyes coexistentes derivada de la actividad legislativa desarrollada en las Comunidades Autónomas. En concreto, examinaremos qué posibilidades hay de aplicar la Ley vasca de parejas de hecho y cuáles son las opciones más acordes con los principios que subyacen en este ámbito.

PALABRAS CLAVE:: UNIONES REGISTRADAS–EFECTOS PATRIMONIALES– PAREJAS DE HECHO PAIS VASCO–ORDENAMIENTOS PLURILEGSLATIVOS–CONFLICTOS DE LEYES INTERNOS.

The Council Regulation (EU) 2016/1104 in matters of the property consequences of registered partnerships and unmarried couples in the Basque Country

* Profesora e investigadora Ramón y Cajal de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

AEDIPr, t. XXI, 2021, pp. 31–64
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.03

Abstract: The endorsement of the European Regulation on the patrimonial effects of registered partnerships reveal again the problems arising from the non–attendance in the Spanish legal system of a material and conflictual regulation on unmarried couples. This paper analyses which law is applicable when the European instrument refers to Spanish law to confront the plurality laws derived from the legislative activity at the Autonomous Communities. Specifically, we will examine what possibilities exist to applying the Basque Law on unmarried couples and which options are agree with the basics principles underlying this field

KEYWORDS: REGISTERED PARTNERSHIPS–COUNCIL REGULATION–PROPERTY CONSEQUENCES–UNMARRIED COUPLES–BASQUE COUNTRY– STATES WITH MORE THAN ONE LEGAL SYSTEM–TERRITORIAL CONFLICTS OF LAWS

I. INTRODUCCIÓN

1. La entrada en vigor y posterior aplicación del Reglamento (UE) 2016/1104 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 efectos patrimoniales de las uniones registradas[1] (Reglamento 1104), a partir del 29 de enero de 2019, nos ha recordado la especial relevancia que posee la regulación de las parejas de hecho y las incertidumbres preexistentes al respecto en el ordenamiento español desde el punto de vista de Derecho Internacional privado.

Siendo un tema que alcanzó gran protagonismo en nuestro país a principios del siglo XXI, con la proliferación de leyes autonómicas que regulaban las parejas de hecho, ha ido perdiendo visibilidad ya sea por el hartazgo de aquellos que pusimos el acento en los problemas que causaba la ausencia de una ley estatal sustantiva y de una norma de conflicto específica que designara la ley aplicable a las "uniones estables", "parejas de hecho no casadas", "uniones civiles de parejas" u otras instituciones análogas (a partir de este momento uniones estables), o por la mediática aprobación de la denominada Ley de matrimonio homosexual[2].

2. En la actualidad, a la diversidad de leyes existentes a nivel internacional y la coexistencia de leyes a nivel autonómico, se ha unido la norma de origen europeo resucitando parte de los problemas derivados de su regulación en el ordenamiento español e introduciendo otros vinculados a la interacción entre los distintos instrumentos normativos. El Reglamento 1104 se compone de normas de competencia, de ley aplicable y de reconocimiento,

[1] DO L183, de 8.7.2016.

[2] Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, BOE 2.7.2005.

pero en este trabajo nos vamos a centrar, únicamente, en las novedades que aporta al sistema de Derecho Internacional privado español en el ámbito de Derecho aplicable.

3. La complejidad se plantea, desde el punto de vista de la convivencia entre normas emanadas de distintas fuentes y de la delimitación de sus respectivos ámbitos de aplicación. A la diversidad material característica de esta materia y a la diversidad conflictual de los ordenamientos europeos, se le añade un intento de unificación europeo aderezado por la inexistencia de una norma de conflicto española y por los múltiples criterios utilizados por las leyes autonómicas que delimitan sus respectivos ámbitos a través de normas unilaterales. La posibilidad de que a través del Reglamento 1104 la resolución de un conflicto de leyes internacional apele al sistema de resolución de conflictos de leyes internos está supeditada, en nuestro ordenamiento, a una pluralidad legislativa heterogénea que debe ser ordenada por una norma de conflicto estatal que no existe.

4. El análisis de este trabajo toma como punto de partida la regulación de uniones estables en el País Vasco, cuya Ley 2/2003, de 7 de mayo[3], reguladora de las parejas de hecho ha visto modificado su ámbito de aplicación personal a través de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil vasco (Ley de Derecho Civil vasco), estableciendo nuevas incertidumbres[4]. La Ley de Derecho Civil vasco sustituye el criterio de la vecindad administrativa de uno de los integrantes de la unión, utilizado por la Ley vasca de parejas de hecho, por el criterio de vecindad civil que se une a la inscripción obligatoria en el Registro como requisito para constituir una unión registrada conforme a la normativa vasca.

5. Los dilemas suscitados tras citada modificación afectan directamente a la hipotética aplicación de la Ley vasca de parejas de hecho para ordenar los efectos patrimoniales de las uniones registradas de carácter trasfronterizo y vienen marcados por el encuentro entre conflictos de leyes internacionales y conflictos de leyes internos auspiciado por el advenimiento del Reglamento europeo.

6. La finalidad de este trabajo es analizar la relación entre el ordenamiento vasco y el instrumento europeo en este complejo entramado

[3] BOPV, nº 100, de 23/05/2003.

[4] *Vid.,* L. Garau Juaneda, "Un paso más en la errática determinación del ámbito de aplicación de las normas autonómicas en materia de parejas de hecho: la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco", *Bitácora Millenium*, nº 6, julio–diciembre 2017 y A. Urrutia y F. de B. Iriarte Ángel, "La espinosa cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho registradas y los conflictos internos: una visión desde el País Vasco", *Bitácora Millenium*, nº 7, 2018.

normativo, exponiendo las dificultades derivadas tanto de la coexistencia de normas como de la ausencia de las mismas. Todo ello, no solo con el objetivo de insistir en las deficiencias del sistema de Derecho Internacional privado y de Derecho Interregional español, sino de proponer posibles vías de avenencia que faciliten la proyección practica de ambas normas sobre la realidad social de las uniones estables en el País Vasco.

7. La eventual confluencia entre la Ley vasca de parejas de hecho y el Reglamento 1104 responde a dos momentos distintos que debemos diferenciar, ambos afectados por la desidia legislativa del legislador estatal en materia de uniones estables. En primer lugar, atenderemos al método para delimitar la ley aplicable a la constitución de la pareja como cuestión previa (II). La determinación de la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la pareja exige validar su existencia y la ausencia de una norma de conflicto estatal que ordene la ley aplicable a su constitución nos lleva a analizar en qué situaciones puede llegar a ser determinada conforme a la Ley vasca de parejas de hecho. En segundo lugar, su encuentro se suscita al tiempo de determinar la ley aplicable a sus efectos (III). Sabiendo que el legislador estatal no ha previsto norma de conflicto aplicable a los efectos patrimoniales y que, sin embargo, las Comunidades Autónomas han desplegado su capacidad normativa hasta las últimas consecuencias la potencial aplicación del Reglamento 1104 a la resolución de conflictos de leyes a nivel interno queda abierta a través de la remisión a ordenamientos plurilegislativos. El desconcierto que se plantea es, sin duda, difícil de sortear sin la ayuda del legislador estatal, pero, mientras su falta de diligencia perdure, propondremos las soluciones más acordes con los principios que, en nuestra opinión, subyacen a la regulación de las uniones estables (IV).

II. La constitución de la unión registrada: una cuestión "preliminar" excluida del ámbito de aplicación del Reglamento 1104

1. La constitución de la unión en el Reglamento 1104 como una cuestión previa en clave conflictual

8. El Reglamento 1104 limita su ámbito de aplicación material a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, excluyendo claramente, a tenor de su primer artículo, una serie de cuestiones entre las que se encuentra su existencia, validez y reconocimiento. A pesar de ello, la determinación de la existencia, o no, de una pareja registrada es crucial

porque de ello dependerá la confirmación del estatus que conlleva la consecución de los efectos patrimoniales legalmente establecidos. El Reglamento 1104 se ocupa de la ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas transfronterizas y, por tanto, señalará la ley que regula los efectos derivados de esa unión, pero no establece quiénes pueden constituir una unión registrada, ni qué requisitos debemos considerar para determinar la existencia valida del tipo de unión de la que van a emanar tales efectos.

9. Efectivamente, el Reglamento 1104 extrae de su ámbito de aplicación material "la existencia, validez, y reconocimiento de una unión registrada" dejando fuera las normas de conflicto en este campo. Ello, en cierto modo, le permite esquivar una mayor determinación de su ámbito de aplicación *ratione personae*[5] pero, al mismo tiempo, comporta la necesidad de convenir cuándo nos hallamos ante una unión registrada y el método que vamos a utilizar para atender a ese requerimiento. La ausencia de armonización europea sobre el concepto de unión registrada[6] nos insta a plantear las distintas opciones que se nos presentan con el objetivo de establecer cuándo se realizará tal determinación conforme a la Ley vasca de parejas de hecho[7].

10. Partiendo de un primer planteamiento en clave conflictual, la cuestión que abordamos se dirige a concretar qué instrumento vamos a utilizar para señalar la ley que establecerá si nos hallamos ante la existencia de una unión registrada. Tal y como se extrae del considerando 21 del Reglamento 1104, la constitución de la unión registrada es una cuestión preliminar que queda excluida de su ámbito de aplicación y, por ende, permanece sometida al Derecho nacional de los Estados miembros, "incluidas sus normas de Derecho Internacional privado". La sustracción de esta cuestión del ámbito de aplicación del Reglamento 1104, y la inexistencia de otro instrumento de origen europeo en la materia, nos conduce a buscar la solución en los ordenamientos autónomos de los Estados miembros y, entre ellos, en el ordenamiento español. El Reglamento de uniones registradas reproduce la solución adoptada por el Reglamento 1103/2016, del Consejo de 24 de

[5] De esta forma consiga guardar cierta neutralidad frente a las enormes diferencias existentes en las legislaciones de los Estados miembros en temas tan sensibles como la orientación sexual de las parejas, tal y como pone de manifiesto, M. Soto Moya, "El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado", *REEI*, nº 35, 2018, pp. 15–16.

[6] E. Rodríguez Pineau, "Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta del Reglamento del Consejo", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 937–955, esp. pp. 946–947.

[7] Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho de la Comunidad Autónoma País Vasco, BOPV, nº 100, de 23 de mayo de 2003.

junio, 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[8] que, también, excluye de su ámbito de aplicación "la existencia, validez o reconocimiento del matrimonio" (art. 1.2.b) y, a través de idéntica formulación, la remite a los ordenamientos nacionales[9].

11. Ahora bien, del tenor del considerando 21, entre las distintas opciones existentes para establecer la ley aplicable a la constitución de la pareja cuando se planteada como una cuestión previa sometida a las normas del ordenamiento jurídico del foro, se pueden extraer dos posibilidades. Por un lado, prosiguiendo en clave conflictual, cabe deducir que el Reglamento se ha decantado por *lex formalis fori* o solución independiente de la cuestión principal, que recurre a las normas de conflicto del ordenamiento jurídico del foro para establecer cuál es la ley aplicable a la cuestión previa –en nuestro caso a la constitución de la pareja– como si se hubiera planteado en calidad de cuestión principal. Conforme a ello, la cuestión previa es apreciada como una cuestión independiente que merece el mismo tratamiento que la cuestión principal[10]. De esta forma, el Reglamento 1104 prescinde de la posibilidad de acudir a *lex formalis causae*, o solución dependiente, que trasladaría la solución de la cuestión previa a las normas de conflicto de la ley aplicable a la cuestión principal, es decir, a las normas de conflicto del ordenamiento que regula los efectos patrimoniales según el Reglamento 1104.

12. El tratamiento de la cuestión previa de forma autónoma se fundamenta en la interdependencia de ambas cuestiones y en la ubicación cronológica de la cuestión previa o preliminar en un momento anterior a la cuestión principal. Esta opción, presupone la subordinación de la cuestión principal a la cuestión previa que es relegada a un momento posterior. En las uniones registradas mencionada subordinación se traduce en que no causará efectos aquello que no existe, así que no se derivarán efectos patrimoniales si la existencia de la pareja registrada no es válida, con lo que cronológicamente la constitución de la pareja es anterior a sus efectos

[8] DO L183 de 8.7.2016.

[9] *Vid.* P. Jiménez Blanco*, Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: un estudio del Reglamento nº 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 41–42; R. Arenas García "Concepto y tratamiento del matrimonio en el Derecho internacional privado europeo", *La Ley: Derecho de familia*, nº 26, abril–junio 2020, pp. 22 ss.

[10] P. Lagarde, "La règle de conflit applicable aux questions préleables", *Rev.crit.DIP.* 1960, pp. 460–484, p. 460; E. Pecourt García, "Problemática de la cuestión preliminar en Derecho Internacional Privado", *Revista de Derecho español y americano*, 1966, pp. 11–60.

patrimoniales[11], aunque se plantee con carácter posterior y como consecuencia de la fijación de dichos efectos[12]. Esta opción ya ha sido elegida, previamente, por el legislador europeo en el Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III)[13], que se refiere a la capacidad jurídica y la validez del matrimonio (entre otros asuntos) como cuestiones preliminares que deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en cada Estado miembro[14].

13. Ahora bien, el Reglamento no está redactado en los mismos términos que el considerando 20 del Reglamento Roma III, sino que opta por una remisión global al ordenamiento jurídico del foro incluidas sus normas de Derecho Internacional privado que, a diferencia del anterior, no alude específicamente a sus normas de conflicto. Ello nos permite concebir una interpretación más flexible que dejaría abierta la posibilidad de acudir directamente a la ley material del ordenamiento del foro para resolver la cuestión previa. Si así fuera, la remisión realizada al ordenamiento jurídico del foro tomado en su totalidad no se referiría en exclusiva a sus normas de conflicto y se trasladaría la decisión al juez del foro que deberá decidir resolver la cuestión de la existencia de la pareja registrada recurriendo a las normas de conflicto de su ordenamiento o directamente conforme a su ley material. Pero está opción no nos parece adecuada y tampoco soluciona ninguno de los interrogantes que se suscitan.

2. La ley aplicable a la constitución de la union registrada en el ordenamiento español

14. Siguiendo la primera opción de las estipuladas con anterioridad cuando el juez español haya establecido la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la pareja registrada, antes de aplicar la ley material

[11] En el mismo sentido proyectado sobre los efectos sucesorios y una filiación adoptiva, *vid.,* P. Lagarde, "La règle de conflit…", *loc. cit.,* p. 460.

[12] E. Pecourt García, "Problemática…", *loc. cit.,* p. 16; P. Lagarde, "La règle de conflit…", *loc. cit.,* p. 461; PH. Francescakis, *La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé,* Paris, 1958, p. 211.

[13] DO L 343 de 29.12.2010.

[14] Considerando 10: "Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas de conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate". Al respecto S. Álvarez González, "¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?", *REDI*, vol. LXIX, 2017, 1, pp. 19–48, que establece que el legislador europeo ha optado por la solución independiente de la cuestión previa, p. 38.

señalada por el Reglamento 1104, deberá atender a la validez de la constitución de la unión acudiendo a las normas de conflicto del foro (*lex formalis fori*) que señalaran la ley material cuyos requisitos deberá cumplir para corroborar su existencia. En este momento resurge la enorme disparidad que caracteriza desde un punto de vista material a las uniones *more uxorio* y se traslada al régimen de Derecho Internacional privado de los Estados (miembros) que apuestan por distintas soluciones. Así, algunos ordenamientos como el francés, el alemán o el belga tienen normas de conflicto particulares y específicas dirigidas a determinar la ley aplicable a la existencia de las uniones estables (ya sean registradas o no), otros hacen extensiva la normativa existente en materia de matrimonio y algunos, como el ordenamiento español, ni tienen normativa específica ni prevén cómo se debe proceder[15].

15. Según el Reglamento 1104, cuando un juez español se disponga a establecer qué ley aplicar a los efectos patrimoniales de una unión registrada de carácter transfronterizo deberá acudir para validar la unión al ordenamiento jurídico español, en principio, a sus normas de conflicto. No obstante, en el ordenamiento jurídico español no existen normas de conflicto, ni internacionales ni estatales, que designen la ley aplicable a la constitución de la pareja registrada (tampoco a las uniones estables) así que ante el vacío legal habremos de construir una solución que puede partir de las normas existentes, mediante la aplicación analógica de otra norma de conflicto, o buscar una norma de conflicto autónoma[16].

16. Con tal objetivo, emprendemos el camino haciendo una previa calificación de la relación jurídica que subyace a la unión *more uxorio*[17] en la que prescindimos de las posibilidades que rodean a las parejas de hecho "fácticas"[18] para centrarnos en las parejas registradas. Lo primero que

[15] Puede verse un estudio de Derecho comparado en torno a la constitución de la unión en los Estados miembros que conocen la institución de registrada en C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea,* Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 96–140 y M. Martín Casals, "Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho", *ADC,* 1995, pp. 1709–1808; H. Gaudemet–Tallon, "Le désunion de couple en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 226, 1991, pp. 9 ss.

[16] C. González Beilfuss, *Parejas…*, *op.cit.,* p. 111. Posibilidades analizadas con anterioridad por la autora *vid.,* N. Magallón y O. Fotinopoulou, "La pensión d viudedad y las parejas de hecho: análisis de la remisión efectuada por el art. 174.3 de la LGSS a las CCAA con Derecho civil propio para regular los requisitos de acceso a la prestación de la Seguridad Social", *Revista de Derecho social,* nº 48, 2009, pp. 185–217.

[17] H. Gaudemet–Tallon, "La désunion de couple en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 226, 1991, p. 9 ss; C. González Beilfuss, *Parejas…op.cit.,* p. 94–95.

[18] *Vid.,* S. Sánchez Lorenzo, "Las parejas no casadas ante el Derecho Internacional privado", *REDI*, vol. XLI, pp. 487–532; P–Y, Gautier, "Les couples internationaux des concubins", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991–1993, pp. 524–539; N. Magallón Elosegui, "Las leyes de parejas de hecho y sus distintos criterios de aplicación: un problema de Derecho interregional", en *Guía práctica sobre*

subrayamos es que la configuración legal de las uniones registradas ha supuesto una "institucionalización" de la pareja que comporta un cambio cualitativo del que emana un nuevo modelo formal vinculado a esa configuración legal. Ciertamente, desde el momento en el que concurre una norma y que su ámbito no abarca todas las situaciones sino solo las que cumplen los requisitos estipulados por ley, nos encontramos ante un nuevo fenómeno familiar que, como tal, se merece una conexión autónoma y específica, al menos en cuanto a su constitución[19].

17. En concreto, respecto a la constitución de la unión registrada, el sometimiento a un "acto fundacional" en el que la pareja presta su consentimiento, entendido como elemento obligatorio para la aplicación de la norma, que, en cierto modo, modifica el estatus de la pareja y del que derivan una serie de efectos, nos hace inclinarnos por la ley del lugar del Registro en el que se ha inscrito la pareja por primera vez[20]. La ley del Registro se erige en *lex celebrationis* y, en calidad de ley conforme a la que se ha constituido la unión en cumplimiento de los requisitos allí estipulados, se concibe como ley que debe regir su existencia. La concurrencia de un acto formal avalado por la autonomía de la voluntad de las partes justifica definitivamente la aplicación de dicha ley a su constitución[21]. Además, la inscripción de la pareja en un Registro determinado supone la vinculación de la pareja con ese territorio, ya sea por la voluntad de conformar el tipo de pareja existente en ese lugar, o porque para el acceso al registro se exige algún tipo de vinculación con el mismo como la residencia o nacionalidad.

---

el régimen jurídico de las parejas de hecho, R. Castillejo (dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2012, pp. 165–196, p. 183–185.

[19] En el mismo sentido, *vid.,* E. Pérez Vera, "Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español", en *Estatuto personal y Multiculturalidad de la familia*, J. L. Iriarte y A. Calvo Caravaca (drs.), Madrid, Colex 2000, p. 138.

[20] No se ha optado por la ley del Registro de su residencia porque ello podría llevarnos a un Estado que desconozca la institución, tal y como pone de manifiesto en referencia al art. 26 del Reglamento 1104, M. Soto Moya, "El Reglamento…", *loc. cit.,* p. 26, en el mismo sentido M. A., Cebrián Salvat, "Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho Internacional privado español", *CDT*, vol, 10, nº 1, 2018, pp. 127–143, p. 139.

[21] A favor de esta opción, M.E. Zabalo Escudero, *La legislación autonómica sobre parejas de hecho y los conflictos de leyes internos,* Manuales de formación continuada, nº 28, CGPJ, 2004, pp. 63–65. Esta misma solución se contempla en el ordenamiento alemán, en el art 17 EGBGB tal y como pone de relieve A. Quiñones Escámez en "Eficacia extraterritorial de las uniones de pareja: nuevas normas de Derecho Internacional Privado en la Ley alemana (2001), *RJC,* vol. 101, nº 3, 2002, pp. 833–858 y en el ordenamiento francés cuyo art. 517.7.1. establece que "Les conditions de formation et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matèrielles de l'Etat de l'autorité qui a procédé à son enregistrement", *vid.,* P. Hammje, "Réflexions sur l'article 515–7–1 du Code Civil (Loi nº 2009–526 du 12 mai 2009, article 1º)", *Rev. crit. dr. int. pr.*, nº 3, 2009, pp. 483–491; también art. 60, Loi portant le Code de Droit International Privé, de 16 de julio de 2004.

18. Designada la ley del Registro en el que se ha inscrito la unión por primera vez para validar la existencia de la misma y hallándose dicho Registro en territorio español la constitución de la pareja se regulará por la ley material española (globalmente considerada)[22]. Sin embargo, en el ordenamiento español existen casi tantas leyes sustantivas de parejas de hecho como Comunidades Autónomas (CC AA) y no concurre una ley estatal en este ámbito lo que nos sitúa ante la siguiente pregunta: ¿qué ley de las coexistentes en el territorio español se aplicará? y ¿por qué?

19. Nos encontramos ante un conflicto internacional cuya resolución queda supeditada a la de los conflictos de leyes internos aunque no pierde su condición de conflicto derivado de una situación internacional[23]. En estos supuestos, la solución al problema de remisión a un ordenamiento plurilegislativo la deberemos buscar, en el caso de normas de origen europeo, instrumento por instrumento, y en las pautas sobre cómo resolver los problemas de aplicación de la norma de conflicto integradas en el CC, para el supuesto de aplicación de normas de conflicto de origen interno.

Para dilucidar el ordenamiento jurídico aplicable de los coexistentes en el ordenamiento jurídico español acudiremos al art. 12.5º Cc que establece cómo proceder cuando la ley señalada por la norma de conflicto de origen interno es la de un ordenamiento plurilegislativo. El legislador español ha optado por un sistema de remisión indirecta[24], en tanto instituye que: cuando una norma de conflicto señale a la legislación de un Estado plurilegislativo la identificación de la ley aplicable se realizará conforme a la legislación de ese Estado[25]. Por tanto, el sistema de resolución de conflictos

[22] A. Borrás, "Les ordres plurilegislatifs dans le droit international privé actuel", *Recueil des Cours*, t. 249, 1994–V, pp. 145–368.

[23] Se resalta esta idea con el objetivo de subrayar que no se convierte en un conflicto interno sino que se plantea desde la perspectiva de la "potencial" interrelación entre ambos niveles: " Las normas de conflicto que han identificado la ley aplicable como la de un Estado plurilegislativo no pasan el testigo a las normas internas, para que estas asuman la tarea como si se tratase de un caso meramente interno", tal y como pone de manifiesto S. Álvarez González, "El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o simplemente llamativos", *Revista de Derecho Civil*, vol. II, nº 4, 2015, pp. 7–82, esp. p. 14.

[24] M.P. Andrés Sáenz de Santa María, "El art. 12.5º del Código Civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo", *RGLJ*, 1978, pp. 59–75, esp. p. 60.

[25] Sobre los modelos para establecer la cuál es la ley aplicable entre las coexistentes en un modelo plurilegislativo: P. Quinza Redondo y G. Chistandl, "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *InDret,* julio, 2013; S. Álvarez González, "El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones y la remisión…", *loc. cit.,* pp. 7–82; N. Magallón Elósegui, "El Reglamento de sucesiones y los sistemas plurilegislativos: el caso español", *Jado*, año XII, nº 25, 2013, pp. 343–355.

internos o Derecho interregional establecerá cuál de las leyes coexistentes en el territorio español será la definitivamente aplicable.

20. Como ya sabemos el ordenamiento jurídico español no contiene un sistema específico de Derecho Interregional y se limita a hacer una remisión al sistema de Derecho Internacional Privado con alguna leve matización dirigida a adecuar el régimen de resolución de conflictos internacional a aquellos conflictos de leyes producidos a nivel interno que no satisface las exigencias del sistema. La acuciante necesidad de hacer frente a esta laguna[26] se pone definitivamente de manifiesto con la promulgación de los últimos Reglamento europeos de Derecho de familia y sucesiones y, de modo particular, en el ámbito de las uniones *more uxorio*[27]. Es menester recordar que la configuración del Derecho Interregional se articula en torno a la vecindad civil como criterio de determinación de la ley personal que delimita la sujeción a un ordenamiento civil común o foral (arts. 14 y 16 Cc) y, sin embargo, la regulación sobre parejas estables desarrollada en el interior de nuestras fronteras no ha sido abordada únicamente por las CC AA con competencia en Derecho civil foral o especial. Asimismo, la naturaleza personal de la vecindad civil como criterio de sujeción a los distintos ordenamientos civiles sobre el que se cimienta el sistema de Derecho interregional no resulta operativa cuando el punto de conexión elegido es de naturaleza territorial, como es el caso de la ley del Registro designada para ordenar la constitución de la unión registrada. En definitiva, acorde al art. 16 Cc, en lo que a las uniones registradas respecta, consideramos, que la ley del Registro servirá para establecer la ley aplicable a la constitución de la unión tanto a nivel internacional como a nivel interno.

3. La constitución de la unión registrada en la Ley vasca de parejas de hecho

21. La aplicación de la ley del lugar donde la pareja se ha registrado por primera vez como norma de conflicto de resolución de conflictos de leyes internos nos constriñe a hacer una primera clasificación de las distintas normas de parejas de hecho que depende del fundamento competencial que subyace bajo la actividad normativa de los legisladores autonómicos. Teniendo en cuenta que no todas las CC AA tienen competencia en Derecho

[26] La exigencia de elaborar una Ley de Derecho interregional viene siendo reivindicada por la doctrina desde hace tiempo, entre otros: A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Colección *De Conflictu Legum*, nº 10, Santiago de Compostela, 2007; S. Álvarez González, "Derecho interregional. Claves para una reforma", *AEDIPr*, t. 3, 2003, pp. 37–73.

[27] M.P. García Rubio, "Parejas de hecho y lealtad constitucional", *Estudios de derecho civil: homenaje al Prof. Francisco Javier Serrano* (T. Torres García, coord.), Universidad de Valladolid ed., 2004, pp. 35–64.

civil no todas han podido regular la constitución de la unión y el tipo de efectos que entraña de la misma manera. El reparto competencial es un primer condicionante especialmente relevante y demanda una primera preselección de leyes materiales potencialmente aplicables. La norma de conflicto, como herramienta para designar el ordenamiento aplicable en aras a concretar la existencia de la pareja y la ulterior ley aplicable a sus efectos patrimoniales en el ámbito privado, no sirve como fundamento jurídico valido para justificar la aplicación de normas que emanan de CC AA desprovistas de competencia en este ámbito.

22. Un segundo requisito, vinculado al anterior, es que las leyes potencialmente aplicables deberán referirse a parejas que se han sometido al Registro como condición obligatoria, puesto que se trata de validar, precisamente, la existencia de las uniones registradas. Y, por último, deberán ser leyes que prevean efectos patrimoniales, aunque está circunstancia opera con posterioridad porque está vinculada a la cuestión principal, es decir, a la ley aplicable a los efectos patrimoniales y será tratada en el siguiente epígrafe.

23. Como decíamos, la diversidad que caracteriza a las leyes de parejas de hecho en cuanto a su regulación sustantiva y, consecuentemente, la regulación de sus efectos es resultado de los distintos títulos competenciales utilizados por los legisladores autonómicos para promulgar sus normas[28]. Así queda reflejado en las Exposiciones de Motivos de las leyes autonómicas que justifican su desarrollo legislativo en base a distintos fundamentos. De hecho, las CC AA que carecen de competencia en materia civil basan la aprobación de las leyes de parejas de hecho en los principios de igualdad y libertad y se cimientan en la equiparación de los derechos jurídico–públicos a los matrimonios[29]. Mientras, gran parte de las leyes emanadas de CC AA con competencia en Derecho civil, como la vasca, la catalana y la navarra aluden, además, a su competencia para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil foral o especial[30]. Esta especial coyuntura supone la coexistencia de leyes autonómicas que presentan una regulación de alcance más o menos limitado a ámbitos de Derecho público con otras que también incluyen aspectos de Derecho privado y nos permite hacer una primera diferenciación entre las leyes que equiparan total, o parcialmente, las

[28]Sobre este tema *vid.*, N. Magallón Elósegui y O. Fotinopoulou Basurko, "La pensión de viudedad…", *loc.cit.*, pp. 185–217, esp. pp. 208–210

[29] Aluden a los artículos de sus Estatutos de autonomía que invocan estos principios, la ley canaria, la ley asturiana, la valenciana y la madrileña. La ley andaluza se remite a su competencia sobre orientación y planificación familiar (art. 13.2º Estatuto andaluz).

[30] En sus Preámbulos la ley vasca se refiere al art. 10.5º EAPV, la ley catalana alude de manera más genérica al desarrollo de su Derecho civil y la navarra al art. 48 de Amejoramieno del Fuero.

uniones estables con los matrimonios en su relación con la Administración pública de las que también se ocupan de los efectos civiles derivados de las mismas. La posibilidad de que una ley de parejas de hecho constituya efectos públicos o privados dependerá del alcance de la competencia legislativa del Parlamento Autonómico de la que procede[31].

24. Esta argumentación podría extenderse, en cierto modo, al análisis de los distintos criterios de aplicación utilizados por las leyes autonómicas para delimitar su ámbito de aplicación y dilucidar su interacción con el Reglamento 1104. Podríamos entender que aquellas leyes que ordenan aspectos administrativos, fiscales o de Derecho público donde impera el criterio de territorialidad supeditarán su aplicación a requisitos de carácter territorial y que, sin embargo, las que despliegan efectos civiles recurrieran a la conexión vecindad civil. El problema se halla en que la existencia de las uniones estables en aquellas CC AA con competencia en materia civil comporta efectos públicos y privados, pero ambos quedan sometidos al cumplimiento de los mismos requisitos. Si las leyes autonómicas dispusieran de un criterio u otro para delimitar su ámbito de aplicación en función del alcance de su competencia, vecindad civil y vecindad administrativa se emplearían para ordenar cuestiones con distinta repercusión referidas, por un lado, a los efectos vinculados con las Administraciones públicas y, por otro, a los efectos civiles derivados de las leyes[32]. De esta forma evitaríamos la necesidad de adquirir la vecindad civil de un territorio para disfrutar de los aspectos de carácter público de la unión[33] y la extensión de los efectos privados procedentes de la misma y, por tanto, de su potencial sujeción a un ordenamiento jurídico civil foral o especial, a aquellos que no tengan la vecindad civil de este territorio. No obstante, las leyes autonómicas no han seguido estrictamente estos parámetros.

25. Justamente, la Ley vasca de parejas de hecho, inmersa en la dicotomía que envuelve a los efectos jurídico–privados y jurídico–públicos, ha coqueteado con ambos tipos de criterios en aras a delimitar su ámbito de aplicación. Es cierto que nació con vocación de transversalidad y se proyecta sobre distintos ámbitos tanto del Derecho público como de Derecho privado, así que, a pesar de la dualidad de sus efectos, se hallaba entre las

[31] De lo contrario pueden resultar inconstitucionales, *vid*., R. Bercovitz Rodríguez–Cano, "La competencia para legislar sobre las parejas de hecho", *Derecho privado y Constitución*, nº 17, 2003, pp. 61–88, esp. pp. 67–69.

[32] C. Bayod Lopéz, "Pareja estable y requisitos de capacidad. Ámbito de aplicación de la ley aragonesa de parejas de hecho no casadas (Ley 6/1999 de 26 de marzo)", *RGLJ*, 2002, nº 4, pp. 557–559.

[33] M.E. Zabalo Escudero. "La legislación autonómica…", *loc. cit.,* p. 52.

normas que tuvieron que optar por escoger un criterio u otro para delimitar su ámbito de aplicación y ello no resultaba una tarea fácil.

26. La Ley vasca de parejas de hecho equipara, en sus Disposiciones adicionales, las parejas de hecho a los matrimonios tanto en las relaciones jurídicas de carácter público, como en todas aquellas normas legales y reglamentarias aprobadas con anterioridad. De esta forma, extiende la aplicación de las normas legales y reglamentarias autonómicas que afecten a la regulación del matrimonio a las parejas de hecho y entre ellas las disposiciones de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco[34].

Además de esta remisión de carácter general, la Ley de parejas de hecho vasca contiene artículos específicos concernientes a la regulación de la relación y el régimen económico–matrimonial, el acogimiento de menores, la adopción y al régimen sucesorio[35]. De hecho, actúa en calidad de ley especial y, por tanto, en las uniones registradas prevalecerán los preceptos atinentes a los efectos patrimoniales recogidos en ella sobre el régimen estipulado en la Ley de Derecho civil vasco que tendrá un carácter general y subsidiario.

27. Pero donde adquiere una especial relevancia la coexistencia entre ambas leyes es en la confluencia de sus respectivos criterios de aplicación. La Ley vasca reguladora de parejas de hecho, al tiempo de su promulgación, delimitaba su ámbito de aplicación, a través de su art. 2, mediante dos requisitos. Por un lado, se aplicaba a las parejas de hecho inscritas en el Registro administrativo creado a tal efecto y, por otro, su inscripción solo podía llevarse a cabo por aquellas parejas en las que al menos uno de sus miembros tuviera vecindad administrativa en el territorio de la CCAA vasca, sin distinguir entre nacionales y extranjeros. De esta forma, el legislador autonómico optó por un doble criterio: únicamente ordenaba las uniones registradas (amparando la proyección de la norma europea) y escogía la vecindad administrativa a pesar de contener preceptos que afectan a los efectos de Derecho privado derivados de la unión. La distinta naturaleza y alcance que tiene la vecindad administrativa en comparación con la vecindad civil[36], nos obligaba a examinar en qué medida podía aplicarse la normativa civil vasca a una pareja constituida conforme a la Ley vasca de

[34] BOE 14.7.2015. Al tiempo de la promulgación de la ley de parejas de hecho vasca estaba en vigor la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco.

[35] En materias en las que la competencia legislativa reside en el legislador estatal.

[36] J.C. Fernández Rozas, "Nacionalidad, vecindad civil y vecindad administrativa: consideraciones sobre su desarrollo constitución", *REDI,* vol. XXXIII, nº 1, 1981, pp. 141–159, esp. pp. 153–159.

parejas de hecho según la pretendida equiparación a la que alude en sus disposiciones adicionales[37].

28. La respuesta a esta cuestión comprende dos interpretaciones distintas. La primera construida sobre la delimitación del ámbito de aplicación de la norma vasca de parejas de hecho conduce a que, una vez constituida la pareja, cumplido el doble de requisito de vecindad administrativa de uno de los miembros e inscripción en el Registro, se aplicarán para regular la unión todas las normas sustantivas (ya sean anteriores o posteriores) que le equiparán al matrimonio desplegando, consiguientemente, todos sus efectos públicos o privados. Sin embargo, ello supone la directa aplicación del Derecho civil vasco a las parejas de hecho, obviando la conexión vecindad civil como criterio de sujeción al Derecho Civil foral o especial. La segunda tesis se basa en la aplicación cumulativa de ambas conexiones por separado. De modo que se requiere vecindad administrativa de uno de los integrantes e inscripción para sujetarse a la Ley vasca de parejas de hecho y vecindad civil con el objeto de extender las disposiciones afectadas contenidas en la Ley de Derecho Civil vasco. Según esta interpretación la remisión contenida en las disposiciones adicionales de la Ley de parejas de hecho vasca no comprendería la aplicación de la Ley de Derecho civil vasco a las parejas de hecho porque ello supondría utilizar la vecindad administrativa para señalar la aplicación de la legislación civil obviando la competencia del legislador estatal para dictar normas para resolver conflictos de leyes. Así que la aplicación de la Ley de Derecho Civil vasco a una unión registrada (con vecindad administrativa de uno de sus integrantes) dependerá también de su vecindad civil[38].

29. A pesar de la interpretación anterior, los efectos patrimoniales de la unión registrada contenidos en la propia ley de parejas de hecho sí desplegaban sus efectos sobre las uniones registradas que cumplían los

[37] Anteriormente en, N. Magallón, B. Lasa e I. Iruretagoiena, "Análisis de la Ley Vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho: una aproximación internacional–privatista", *REVAP*, nº 67, 2003, pp. 301–328.

[38] S. Álvarez González, "¿Derecho Interregional en dos escalones?", *Libro homenaje a Idelfonso Sánchez Mera,* Madrid, 2002, vol. II, pp. 1787–1808; J.J. Pérez Milla, "Efectos patrimoniales de las uniones registradas autonómicas y Reglamentos de la Unión Europea: respondiendo a problemas complejos", *Revista de Derecho Civil Aragonés,* nº 25, 2019, pp. 129–156, esp. p. 145. En este mismo sentido se pronuncia el Dictamen nº 78/2002 de la Comisión Jurídica del Gobierno Vasco, "Consulta 94/2002, relativa al Anteproyecto de parejas de hecho", en su párrafo 69 referido a la aplicación del régimen sucesorio: "Esto es, en una interpretación cabal, creemos que no pretende extender el régimen sucesorio de la Ley 3/1992 a todas las parejas de hecho, sino que viene a disciplinar los efectos de la equiparación en lo que respecta al régimen sucesorio de las parejas de hecho con las parejas unidas en matrimonio incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho Civil del País Vasco, respetando lógicamente los puntos de conexión, personales y territoriales establecidos en dicha Ley".

criterios establecidos según la norma, es decir, vecindad administrativa de uno de los integrantes e inscripción. El art. 5 de la Ley vasca de parejas de hecho establece el régimen económico matrimonial de la pareja en defecto de pacto y perduraba como un efecto de carácter patrimonial vinculado a la vecindad administrativa como condición de aplicación. Esta paradoja entronca con el debate anterior poniendo en evidencia la relevancia de la correcta delimitación de los ámbitos de aplicación de las leyes autonómicas y, así, ha sido comprobado por el legislador autonómico vasco que ha aprovechado la promulgación de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil vasco que modificaba la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil foral del País Vasco[39] para modificar el criterio utilizado por la Ley vasca de parejas de hecho.

30. La Ley de Derecho Civil vasco en su Disposición Adicional segunda establece una nueva redacción del art. 2 de la Ley vasca de parejas de hecho relativa al concepto de pareja de hecho y a su ámbito de aplicación. Mediante este precepto sustituye la vecindad administrativa establecida por el precepto como requisito para acceder a la inscripción en el Registro por la vecindad civil de uno de los integrantes de la pareja. De este modo modifica el ámbito de aplicación personal de la Ley vasca de parejas de hecho que pasa a depender de la vecindad civil *sine qua non* de uno de los integrantes de la pareja[40]. Consecuentemente los efectos derivados de la misma, ya sean públicos o privados, solamente se desplegarán cuando concurra dicha condición. Se unifica el criterio elegido tanto en la Ley vasca de parejas de hecho como en la Ley de Derecho Civil vasco superando la posibilidad de ampliar su aplicación directamente a aquellas uniones en la que ninguno de los miembros poseyese vecindad civil y evitando la extensión de sus efectos patrimoniales a la unión en virtud de la vecindad administrativa, pero, a su vez, impide el despliegue de los efectos de carácter público en aquellas parejas que no la posean.

31. Una vez atendidas a las distintas cuestiones vinculadas a la interacción entre el Reglamento 1104 y la Ley vasca de parejas de hecho en lo que al ámbito de la constitución de la unión registrada como cuestión previa se refiere llegamos a varias conclusiones. La ley aplicable a los efectos patrimoniales de una unión registrada con carácter trasfronterizo requiere

[39] BOE 6.2.2012.

[40] Disposición adicional 2ª Ley de Derecho 5/2015 Civil vasco "(…) Las disposiciones de la presente ley serán de aplicación a las parejas de hecho constituidas en los términos del art. 3 y siguientes de la ley"./ A tal efecto podrán inscribirse aquellas parejas de hecho en las que al menos uno de sus integrantes tenga vecindad civil vasca". Al respecto, A. Urrutia y F. de B. Iriarte Ángel, "La espinosa cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho registradas y los conflictos internos: una visión desde el País Vasco", *Bitácora Millenium*, nº 7, 2018.

la validación de esa unión conforme a la ley del foro. Cuando se plantee ante un juez español, la inexistencia en el sistema español de Derecho Internacional privado de normas de conflicto específicas sobre la constitución de la unión registrada puede suplirse mediante la aplicación de la ley del lugar de la constitución de la unión, o ley del Registro donde se ha inscrito por primera vez. Si mediante esta norma de conflicto se señala la ley española, la coexistencia de casi tantas leyes de parejas de hecho como CC AA[41] nos obliga a acudir al sistema de resolución de conflictos internos de carácter autónomo para señalar cuál de ellas será la definitivamente aplicable. Y entre ellas, a las leyes que contemplen la obligación de acudir al Registro para formalizar la unión y que contengan normas sobre efectos patrimoniales de la unión. La aplicación analógica de las normas de Derecho Internacional privado para resolver los conflictos de leyes internos nos conduce a utilizar también la conexión del lugar donde se ha llevado a cabo el Registro de la pareja por primera vez para escoger entre las leyes potencialmente aplicables. Si la unión se ha inscrito en el Registro de parejas de hecho vasca, conforme a la última modificación de la Ley de Derecho Civil vasco, la validez de su constitución terminará dependiendo de que uno de los miembros ostente vecindad civil vasca.

4. El reconocimiento de la unión registrada constituida en el extranjero como método que desplazaría la necesidad de plantear cuestión previa

32. La ambigüedad que caracteriza la redacción del considerando 21 del Reglamento 1104 permite plantear una última posibilidad, que ha ido cobrando fuerza[42], en lo que a la existencia y validez de la constitución de la unión registrada se refiere y que simplifica el proceso en supuestos internacionales. Nos referimos al desplazamiento o superación de la visión de la cuestión previa como un problema vinculado a la norma de conflicto y la progresiva consolidación del método de reconocimiento de un estatus válidamente adquirido en un Estado distinto al del foro conforme a un Derecho extranjero. De este modo, según esta interpretación se sortearía la búsqueda de la norma de conflicto aplicable a la cuestión previa que se sustituiría por la determinación de

[41]Hasta hace poco Murcia no contaba con Ley de pareja de hecho, recientemente Ley 7/2018 de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región, BOE 30.07.2018. La Rioja no tiene regulación específica, pero cuenta con Decreto 10/2013, de 15 de marzo, por el que se regula el Registro de Parejas de Hecho, BOR nº 41, 27.03.2013.

[42] STJUE 1 de abril de 2008, as.C–267/06: *Maruko vs. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen,* establece a través de su considerando 69: "(…) que el órgano jurisdiccional remitente estima que la pareja inscrita, sin ser idéntica al matrimonio, sitúa a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a la prestación de supervivencia controvertida en el procedimiento principal".

qué condiciones de reconocimiento se van a exigir a una situación creada en el extranjero conforme a un ordenamiento distinto al del foro[43], y la consiguiente aceptación total o parcial de los efectos otorgados por una autoridad pública extranjera[44].

Se trata de trasladar la existencia y validez de la constitución de la unión a la sede del reconocimiento, en la medida en que ya se han constituido en otro país lo relevante es el reconocimiento de esa unión en el Estado del foro. La unión se ha tenido que constituir válidamente conforme a un Derecho extranjero que prevea el Registro como requisito obligatorio. La ley aplicable a la validez de su existencia seguiría siendo la Ley del Registro, pero no correspondería al juez del foro comprobar el cumplimiento de los requisitos requeridos por la misma puesto que deberá reconocer o no la unión sin entrar a valorar el fondo conforme a la existencia de una situación análoga[45]. El método de asimilación de efectos, sin embargo, no garantiza la equiparación de los efectos cuando no existen en el ordenamiento del foro con lo que la eficacia de la unión más allá de sus fronteras puede ser distinta dependiendo del Estado requerido y de la extensión de sus efectos en función de la existencia de figuras análogas[46]. Las distintas posibilidades a las que nos enfrenta la enorme diversidad en materia de parejas de hecho nos hace no entrar a analizar con más detenimiento esta posibilidad, que excede del objetivo del trabajo que nos ocupa[47].

---

[43] *Vid.* P. Mayer, "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Melanges en l'honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005; M. Lehmann, "Recognition as a substitute for conflits of Laws?, pp. 11–43, en *General principles of European private international law,* S. Leyble dir., Kluewer Law, 2016, a favor de otorgar el reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero y así alcanzar mayor armonía en las soluciones siempre que se inscriban en documentos oficiales o registros públicos y que existan las condiciones y salvaguardias adecuadas, como una conexión suficiente entre la situación jurídica y el Estado miembro de origen del documento o registro, así como una excepción de orden público bien definida.

[44] A. Quiñones Escámez, "Propositions pour la formation la reconnaissance et l´éfficacité internationale des union conjugales ou de couple", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 96, nº 2, 2001, pp. 358–382, esp. pp. 372–373 y "Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos", en *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional privado* (M. Guzmán y C. Espluges, dirs.) Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 169–188; S. Corneloup, "Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnennent des règlements européens de droit international privé", *Travaux Com fr. dr. it. pr.*, 2010–2012, Paris, Pédone, 2013, pp. 189–222; esp. pp. 223–229.

[45] *Cf.* A. Quiñones Escámez, "Propositions…", *loc. cit.,* pp. 372–373 E. Rodríguez Pineau, "Los efectos…", *loc. cit.*, p. 948.

[46] M. Lehmann, "Recognition as…", *loc. cit.*, p. 11.

[47] K. Boele Woelki y A. Fuchs (eds.), *Legal recognition of same sex couples in Europe*, Amberes–Oxford, Intersentia, 2003.

III. LA LEY APLICABLE A LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS TRANSFRONTERIZAS Y LA LEY VASCA DE PAREJAS DE HECHO

1. La inexistencia de una definición completa de unión registrada y el ámbito de aplicación del Reglamento 1104

33. Como ya hemos mencionado, el Reglamento 1104 no realiza una definición autónoma de "unión registrada" aunque la acota levemente al referirse a ella como "el régimen de vida común ordenado por ley y cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley" (art.3.a). De esta forma, el legislador europeo elige disponer únicamente un instrumento aplicable a los efectos patrimoniales de las parejas registradas cuya unión ha sido previamente formalizada ante una autoridad pública (cdo. 16) dejando fuera de su ámbito de aplicación a las parejas de hecho o uniones libres de carácter fáctico con repercusiones transfronterizas[48] que dependerán de la ley aplicable establecida por el derecho conflictual de los Estados.

A pesar de la ausencia de una definición más concreta, el Reglamento 1104 no abarca cualquier situación de convivencia de las múltiples variantes que existen en los ordenamientos jurídicos europeos y versa únicamente sobre las uniones registradas restringiendo su ámbito de aplicación *ratione personae*[49]. Lo mismo sucede con otros Reglamentos europeos como el de sucesiones o el de regímenes matrimoniales en los que no se definen conceptos que, sin embargo, resultan esenciales para su aplicación, entre los que se encuentran el concepto de viudo/a o de hijos y descendientes, ascendientes o de cónyuge[50].

34. Tal y como establece su considerando 17, el Reglamento 1104 no ha querido delimitar un contenido real del concepto de unión registrada sino que prefiere dejarlo en manos del Derecho autónomo de los Estados miembros, salvaguardando la enorme disparidad material existente y evitando realizar una definición europea carente de consenso[51]. Los Estados miembros establecen de forma unilateral quienes pueden configurar una

[48] En el Libro Verde sobre conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia las cuestiones de competencia jurisdiccional y de reconocimiento mutuo, COM (2006)400 final de 17.9.2006, se planteaban todas las opciones. Sobre la heterogeneidad existente vinculada a este fenómeno, C. González Beilfuss, *Parejas de hecho…*, *op.cit.*, pp. 18–57.

[49] C. González Beilfuss, *Parejas de hecho…op.cit.,* pp. 93–138;

[50] Al respecto, S. Álvarez González, "¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?", *REDI,* vol. LXIX, nº 1, 2017, pp. 19–48.

[51] E. Rodríguez Pineau, "Los efectos patrimoniales…", *loc. cit.,* pp. 937–955, C. González Beilfuss, *Parejas de hecho…, op.cit.,* pp. 18–57.

unión registrada y ordenan los requisitos necesarios para acceder al Registro. Normalmente se trata de requisitos que comportan algún tipo de vinculación con el territorio del lugar del Registro, nacionalidad o residencia de alguno o de ambos convivientes, delimitada, o no, temporalmente; aunque también hay ordenamientos en los que no se requiere vínculo alguno para poder solicitar su inscripción[52]. Además, hay ordenamientos jurídicos en los que se exige que la pareja de hecho ostente una determinada orientación sexual y que limitan la posibilidad de formalizar su unión, únicamente, a las parejas homosexuales y otros que no reparan en ello[53].

35. En el ordenamiento español no existe un Registro de parejas de hecho estatal y no todas las leyes autonómicas exigen la inscripción como requisito obligatorio para supeditarlas a su norma. Ello supone una primera limitación en su potencial interacción con el Reglamento 1104 que, como ya hemos mencionado en el epígrafe anterior, únicamente, ordenará los conflictos de leyes entre normas que prevean la inscripción como requisito obligatorio[54] dejando fuera aquellas que se ciñen a la convivencia estable[55].

36. Por otro lado, desde un punto de vista material el Reglamento 1104, se circunscribe a "todos los aspectos de Derecho civil" de los efectos patrimoniales de la unión registrada (cdo. 48) extrayendo de su ámbito de aplicación aquellos ámbitos de Derecho civil distintos de sus efectos patrimoniales (art. 1.2º Reglamento 1104). Tampoco integra las cuestiones administrativas (art. 1.1º Reglamento 1104) de modo que, cuando se refiere a "uniones registradas como régimen de vida común regulado por ley", alude a leyes sustantivas que dotan de efectos patrimoniales a las uniones registradas. A pesar de que la existencia y validez de la unión registrada ha sido analizada como una cuestión previa que se extrae de su ámbito de aplicación, en el marco del Reglamento 1104, no cabe disociar la cuestión relativa a la constitución de la unión de sus efectos patrimoniales. Esta

[52] *Vid.,* K. Thorn, "The German Conflict of Laws rules on registred partnership" en K. Boele Woelki y A. Fuchs (eds.), *Legal recognition of same sex couples in Europe*, Amberes–Oxford, Intersentia, 2003, p.137

[53] *Vid., Document de travail des services de la Commission. Annexe au Livre Vert sur le règlement des conflits de lois en matière de règime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétece judiciare et de la reconnaissance mutuelle*, SEC (2006) 952, de 17 de julio de 2006; también A. Rodríguez Benot, "Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Union Europea", *CDT*, vol. 11, nº 1, pp. 8–50, esp. p. 25.

[54] En este trabajo no vamos a analizar la naturaleza declarativa o constitutiva del Registro, ni su categoría como Registro civil o meramente administrativo. al respecto *vid.*; J.J. Pérez Milla, "Efectos patrimoniales de las uniones registradas autonómicas y reglamentos de la Unión Europea: respondiendo a problemas complejos", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, nº 25, 2019, pp. 129–156, esp. pp. 146–154.

[55] Cataluña.

salvedad se ratifica en varias ocasiones en el propio texto del Reglamento 1104. De hecho, en su art. 22 cuando se refiere a la posibilidad de que la unión elija la ley sustantiva queda limitada a "una ley que atribuya efectos patrimoniales a las uniones registradas", con el objetivo de evitar que sea señalada una ley que no prevea efectos[56].

37. El art. 33 del Reglamento 1104 consolida esta interpretación de manera determinante en materia de conflictos de leyes territoriales. En este precepto señala expresamente la posibilidad de que la ley designada por el Reglamento 1104 sea la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales (como sucede en el ordenamiento jurídico español) pero se refiere expresamente a unidades territoriales "con sus propias normas jurídicas en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas", por tanto, que componen una pluralidad legislativa de carácter privado.

En el Considerando 54 también alude a la aplicación de sus disposiciones dentro de un Estado miembro en el que coexistan dos o más regímenes jurídicos o conjuntos de normas que deben ocuparse, indubitablemente, de "las materias reguladas en este Reglamento". La conjunción de ambos preceptos nos lleva a realizar una primera e importante consideración sobre la potencial interacción entre el Reglamento 1104 y las leyes de parejas de hecho existentes en el ordenamiento español: quedará reducida, únicamente, a aquellas que prevean efectos patrimoniales derivados del Registro de la unión. Por tanto, de todas las CC AA con normas de parejas de hecho coexistentes en el ordenamiento español solo aquellas que ostentan competencias de Derecho civil cumplen con las limitaciones impuestas para integrar sus normas en el ámbito de aplicación del Reglamento 1104; la Ley vasca de parejas de hecho es una ellas[57].

2. La ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas de carácter trasfronterizo y la remisión a ordenamientos plurilegislativos

38. La interacción entre el Reglamento 1104 y la Ley vasca de parejas de hecho se suscita cuando las normas de conflicto de la norma europea remiten a la ley española. Entre los distintos caminos posibles que comienzan aplicando el Reglamento 1104 y pueden desembocar en la aplicación en la Ley vasca de parejas de hecho nos vamos a centrar en la

[56] En el mismo sentido, *vid.,* I. Espiñeira Soto, "Uniones de hecho y Reglamento Europeo sobre uniones Registradas", 5 de febrero de 2019, [<www.notariosyregistradores.com>].

[57] Vasca, balear, gallega y aragonesa.

remisión a un ordenamiento plurilegislativo, siendo conscientes de que el tema no se agota aquí[58].

39. El Reglamento 1104 se ocupa de la remisión a un Estado plurilegislativo en su art. 33, dirigido a coordinar las soluciones previstas de Derecho aplicable y los conflictos de leyes territoriales en Estados con diversos regímenes jurídicos. De los dos métodos existentes para establecer cuál es la ley aplicable, en particular, entre las normas vigentes en el ordenamiento español (la "remisión indirecta" y la "remisión directa") opta por un hibrido de la remisión indirecta con soluciones subsidiarias[59] de difícil acomodo a nuestro modelo[60]. La remisión indirecta señala al sistema de solución de conflictos de leyes internos del Estado, cuya ley ha sido designada por la norma europea, para determinar la ley de la unidad territorial finalmente aplicable. De modo que cuando la ley establecida por el Reglamento sea la española quedará en manos del sistema de Derecho Interregional elegir cuál de las leyes coexistentes en el interior de nuestras fronteras será la que ordene los efectos patrimoniales de la unión. Por su parte, las conexiones subsidiarias que completan el precepto y que están previstas en el art. 33.2º Reglamento 1104 se aplican "en defecto de tales normas"[61].

40. Como ya hemos visto a lo largo del primer epígrafe de este trabajo, el ordenamiento español posee un sistema propio de resolución de conflictos internos, sin embargo, se caracteriza por ser un sistema incompleto que se remite con carácter general a las normas de Derecho Internacional privado a salvo de las especificidades previstas respecto a la vecindad civil convertida en ley personal (art.16 Cc)[62]. En virtud de lo anterior, surge una cuestión hermenéutica inicial clave para resolver los conflictos de leyes en

[58] Como pone de manifiesto A. Borrás, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho Interregional español*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1984 y "Les ordres plurilegislatifs dans le droit international privé actuel", *Recueil des Cours*, t. 249, 1994–V, pp. 145–368.

[59] Sobre los distintos modelos *vid*., P. Quinza Redondo y P. Chistandl, "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *InDret*, julio 2013.

[60] *Vid.,* M. Soto Moya, "El Reglamento…", *loc. cit*., p. 25–29; L. Iglesias Buigues, "Art. 33", en *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea, comentarios a Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, J. L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno (drs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 356–371.

[61] El Reglamento 1104 establece tres conexiones subsidiarias aplicables en defecto de normas en materia de conflictos de leyes. Las tres equiparan cada unidad territorial a un Estado a efectos de determinar la ley aplicable conforme a: a) la residencia habitual de los miembros de la unión, b) la nacionalidad de los miembros de la unión que señalará la unidad territorial con la que presenten la conexión más estrecha; c) cualesquiera otros elementos que siendo punto de conexión se refieran a la unidad territorial donde está ubicado el elemento pertinente.

[62] J. Delgado Echeverria "art. 16.2 Cc", p. 168; R. Bertcovitz Rodríguez Cano, "Art. 16.1 Cc", *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, t. I, Madrid, Edersa, 1978, pp. 518–519.

estos casos que gira en torno a cuándo corresponderá recurrir a las conexiones subsidiarias previstas por el Reglamento 1104[63].

41. Las dudas tienen su punto de partida en la inexistencia de una norma de origen interno que señale el Derecho aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, así que no podemos olvidar que se deben a la ausencia de un auténtico Derecho Interregional y a la necesidad de elaborar una ley específica que atienda a sus exigencias[64]. La cuestión es si la concurrencia en el ordenamiento español de un sistema de Derecho Interregional, aun siendo incompleto, comporta la inaplicación de las normas subsidiarias del Reglamento 1104. Es decir, si podemos interpretar el art. 33.2º del Reglamento 1104 de manera que, existiendo un sistema de Derecho Interregional, el hecho de que no posea una norma de conflicto relativa a los efectos patrimoniales de la unión registrada no conlleva a la aplicación de las conexiones subsidiarias para señalar la ley aplicable conforme a su art. 3.2º, sino que apela a la búsqueda de soluciones y, por tanto, a suplir esas deficiencias, conforme al propio sistema. Se trata de una opción que, en cierto modo, sigue una línea acorde con el espíritu inherente al método de remisión indirecta elegido en primer lugar y, aparentemente, más respetuosa con los ordenamientos internos en la medida que nos obliga a atender a esas carencias conforme al propio sistema e invita, en todo caso, al legislador estatal a corregir sus deficiencias. Es una posibilidad que prioriza las especificidades del sistema de resolución de conflictos internos en tanto el conflicto de leyes, aun siendo de carácter trasfronterizo, se resuelve en un segundo estadio como si se tratara de un conflicto de naturaleza interterritorial.

Por otro lado, también cabe la interpretación inversa, orientada a utilizar las soluciones subsidiarias del art. 33.2º del Reglamento 1104 cuando el sistema de resolución de conflictos de leyes internos del Estado señalado por la norma europea, en este caso el español, sea incompleto o insuficiente. Esta segunda opción, "revitaliza" la relevancia del carácter internacional del supuesto acudiendo a una solución que garantiza una mayor coherencia con las normas del Reglamento 1104[65]. Sin embargo, en el caso particular de las

[63] La misma cuestión surge con el Reglamento europeo de sucesiones tal y como pone de manifiesto S. Álvarez González, "El Reglamento 650/2012…", *loc. cit.,* p. 16; A. Font i Segura, "La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones", en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea,* I. Calvo Vidal (coord.), Consejo General del Notariado, 2014, p. 75–121.

[64] Como han puesto de manifiesto entre otros: S. Álvarez González, "Derecho Interregional…", *loc. cit.*, pp. 37–73; A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Colección De Conflictu Legum, nº 10, Santiago de Compostela, 2007.

[65] *Cf.* S. Álvarez González, "El Reglamento 650/2012…", *loc. cit.*, p.17, aboga por la segunda de las soluciones, aunque debemos recordar que en el ámbito sucesorio el problema no es

uniones registradas, traslada la responsabilidad de las deficiencias del sistema de resolución de conflictos de leyes interno al legislador europeo permitiendo que el legislador estatal persista en su dejación de funciones.

42. Siendo conscientes de que la interpretación del art. 33.2º del Reglamento 1104 corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión, hasta que no se produzca una cuestión prejudicial que esclarezca cuál de las posibilidades es la que debe regir la aplicación del Derecho europeo, vamos a continuar proyectando las dos posibilidades sobre el ordenamiento jurídico español en aras a prever la aplicación de la ley vasca de parejas de hecho.

Conforme a la primera de las opciones, acudiendo a una interpretación estricta del art. 33 Reglamento 1104, la existencia en el ordenamiento jurídico español de un sistema propio de resolución de conflictos internos nos lleva a utilizar su primer párrafo cuando la ley señalada sea la ley española prescindiendo de las soluciones subsidiarias. De este modo, al igual que hemos hecho cuando se trataba de establecer la ley aplicable a la constitución de la unión, acudimos a las normas de Derecho Internacional privado en las que cimienta el sistema de Derecho Interregional (art. 16 Cc). Ciertamente, el sistema de Derecho Internacional privado de origen autónomo no contiene ninguna norma conflictual en el ámbito de las uniones registradas, tampoco en lo que a la ley aplicable a sus efectos se refiere, sin embargo, debemos hacer frente a esa carencia. La existencia de leyes autonómicas obliga al legislador estatal a adoptar una posición y a abandonar su pasividad de manera urgente. Se podría sugerir la aplicación del Reglamento europeo en calidad de norma que integra el Derecho Internacional privado, en virtud, de la remisión del art. 16 Cc en función de una interpretación "dinámica" del Capítulo IV del Título preliminar de Cc[66], pero el art. 35 del Reglamento 1104 funciona como cláusula de salvaguarda de los conflictos de leyes internos salvo que el legislador estatal prevea lo contrario[67], y no creemos que la inactividad del legislador comporte

exactamente el mismo, porque, aunque insuficiente, existe norma de conflicto de carácter autónomo en materia de sucesiones, el art. 9.8º Cc, aunque no se adapte a todos los supuestos; también P. Quinza y G. Christandl, "Ordenamientos plurilegislativos…", *loc. cit.*, p. 19. En el ámbito de las uniones registradas se manifiesta a favor esta opción L. Garau Juaneda, "Un paso más…", *loc. cit.,* pp.17–18, y M. Soto Moya, "El Reglamento…", *loc. cit.*, p. 26.

[66]Una postura a favor de la aplicación del Reglamento (UE) 1104 a la resolución de conflictos de leyes internos es defendida por J. L. Iglesias Buigues, "Artículo…", *loc. cit., pp. 356–371*; por todos Mª. E. Zabalo Escudero, "Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el Ordenamiento español", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/Gasteiz, 1994*, Universidad del País Vasco, Tecnos, 1995; pp. 253–302; S. Sánchez Lorenzo, "La aplicación de los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 131–148.

[67]Defiende una posición distinta L. Garau Juaneda, "Un paso…", *loc.cit,* pp.17–18, que establece que el hecho de que no exista ninguna norma de conflicto estatal con la que integrar

indefectiblemente una postura a favor. Corresponde al legislador estatal hacer frente al problema mediante la elaboración de una norma específica y su desidia no debe suplirse por la diligencia del legislador europeo que, en cierto modo, ya ha optado por no asumir esa tarea.

43. Entre las distintas opciones dirigidas a cubrir la laguna normativa del Derecho Internacional privado[68], nos inclinamos por el establecimiento de una conexión particular que otorgue la suficiente seguridad jurídica a la regulación de la unión, en vez de acudir a la aplicación analógica de las normas previstas para los matrimonios. Y entre los diversos criterios de conexión abogamos por la ley del lugar del Registro que comporta el ejercicio de la autonomía de la voluntad, predetermina la existencia valida de la unión y sirve tanto para resolver los conflictos de leyes internacionales, como los internos.

44. La segunda interpretación exhorta al empleo de las soluciones subsidiarias no sólo ante la falta de un sistema de normas de resolución de conflictos de leyes internos diferenciado sino, también, ante la insuficiencia o inadaptación del existente. El art. 33.2º establece tres opciones. Las dos primeras ya han sido utilizadas previamente por el legislador europeo (Reglamento Roma III y Reglamento 1103/2016). La primera instaura que aquellas disposiciones relativas a la residencia de la unión registrada señalarán directamente la unidad territorial en las que los miembros de la pareja tengan su residencia habitual; la segunda que la conexión nacionalidad se entenderá como aquella ley de la unidad territorial con la que los miembros de la unión registrada tengan una vinculación más estrecha. La tercera y última, original del Reglamento 1104, establece que toda referencia realizada a cualquier otro elemento que se configure como punto de conexión se entenderá hecha a la ley de la unidad territorial donde se ubique el elemento pertinente. Teniendo en cuenta que la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada, en defecto de elección, es la ley del Estado conforme a cuya ley se ha creado la unión (art. 26) la conexión subsidiaria más habitual para señalar la legislación autonómica potencialmente aplicable será la tercera en atención a la ley del lugar donde se ha constituido la unión[69]. Siguiendo esta orientación, la ley aplicable será la ley del Registro donde se ha llevado a cabo su inscripción por primera vez. En este momento cobra especial relevancia la ley aplicable a la cuestión

el art. 16 Cc permite deducir la aplicación directa de las normas de conflicto del Reglamento a través de sus las normas subsidiarias del art. 33.2º.

[68] Sobre las distintas opciones que se barajan, M. Soto Mota, "El Reglamento (UE) 2016/1104…", *loc. cit.,* p. 25–26; J. Carrascosa González, "Matrimonio y parejas de hecho", Tratado *de Derecho Internacional privado*, t. II*,* A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa (dirs.), Valencia, 2020, pp. 1491–1494.

[69] En el mismo sentido, M. Soto Moya, "El Reglamento(UE)2016/1104…", *loc. cit.*, p. 27.

previa que deberá ser resuelta para validar la existencia de la pareja en aras a establecer sus efectos patrimoniales y la elección del lugar donde se ha llevado a cabo el Registro evita la aplicación de una ley que no haya regulado la institución.

3. La aplicación de la ley vasca de parejas de hecho a los efectos patrimoniales de la unión registrada

45. El Reglamento 1104 establece un sistema basado en la voluntad de las partes para organizar sus relaciones patrimoniales completado con un precepto dirigido a los supuestos en los que no hayan realizado esa ordenación o lo hayan hecho de forma no valida[70]. En el ejercicio de esa autonomía podrán elegir la ley material que quieren que rija su ordenación patrimonial o la ley aplicable a los efectos patrimoniales de su unión. Ahora bien, si eligen acudir a "capitulaciones de la unión registrada" tendrán que cumplir con los requisitos de validez formal de la ley aplicable conforme al Reglamento 1104 y de la ley de su residencia habitual (cdo. 47).

Los problemas surgen en el momento de proyectar este precepto sobre los ordenamientos plurilegislativos. La cuestión es si los miembros de la pareja al hacer uso de su autonomía de la voluntad pueden elegir una ley autonómica que tenga sus propias normas sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas. En lo que a este trabajo concierne, el objetivo es analizar si pueden elegir como ley aplicable, entre las propuestas por la norma de conflicto europea, la Ley vasca de parejas de hecho. En un primer momento, hemos estado tentados a traer, de nuevo, a colación el debate en torno a la aplicación del art. 33 y la ausencia de un sistema de Derecho Interregional completo que nos permita aportar una solución sin entrar en cábalas interpretativas, pero la respuesta presenta un grado de incertidumbre que nos ha llevado a desechar esa opción y a dirigir el debate hacia los límites y la potencial extensión de la autonomía de la voluntad de la pareja para determinar su ordenación patrimonial[71].

46. La progresiva penetración de la autonomía de la voluntad en los instrumentos de Derecho de familia europeos[72] se ha visto consolidada a

[70] *Vid.* M.P. Diago Diago, "Art. 22. Elección de ley aplicable", en *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea* (J.L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 209–219.

[71] *Vid.* M.P. Diago Diago, "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual", *REDI*, vol. LXVI, nº 2, 2014, pp. 49–79.

[72] P. Gannagé, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Rev. crit. dr. int. pr.,* 1992, pp. 425 ss; A. Bonomi, "Autonomie des parties en droit patrimonial de la famille et intérêts des entrepreneurs: aspect de droit matériel et de droit

través de los Reglamentos 1103/2016 y 1104/2016. El Reglamento 1104 permite a los miembros de la pareja elegir la ley aplicable y, así, simplificar la administración de su patrimonio, acogiéndose a leyes afines que guarden relación con la "situación real o la historia de la pareja"[73]. Por tanto, seguridad y proximidad se convierten en fundamentos de la autonomía de la voluntad y, conforme a ellos, se admite la elección de la ley con la que la unión presenta mayor vinculación. En virtud de dichos objetivos tal posibilidad aparece limitada a la ley de la residencia o nacionalidad de las partes, aunque cabria plantearse ampliarla para garantizar su eficacia y asegurar los menores costes procesales[74].

De acuerdo a lo dicho con anterioridad la oportunidad de que los miembros de la unión registrada elijan la Ley vasca de parejas de hecho para regular sus efectos patrimoniales cuando se corresponda a su residencia habitual, o a la de uno de ellos, no altera la deseada previsibilidad y proximidad que ha de motivar la elección. En el supuesto de que la pareja se haya constituido por la ley de otro Estado, la elección de la ley de la residencia habitual asegura el reconocimiento de los efectos del lugar donde poseen su centro de vida y, en caso de controversia, garantiza menores costes procesales.

La segunda de las conexiones establecidas en el Reglamento 1104, la ley de la nacionalidad, sin embargo, no opera cuando se trata de elegir una ley entre las coexistentes en el ordenamiento español, aunque cabría considerar la vecindad civil como conexión alternativa en tanto se corresponde a ley personal en los conflictos internos. En el supuesto de que la unión no haya sido constituida en el País Vasco, pero ostente vecindad civil vasca la elección de la Ley vasca de parejas de hecho posee ventajas similares a las de la nacionalidad y se puede equiparar con el arraigo socio cultural que le caracteriza.

La tercera de las posibilidades permitiría a la unión elegir la Ley vasca de parejas en calidad de ley conforme a la que se ha creado la unión, ley de su constitución o ley del Registro (cdo. 48). De este modo, se garantizaría la validez de la existencia de la pareja y la ordenación de su régimen patrimonial conforme a su voluntad, aun cuando hubieran cambiado de residencia habitual a un lugar que no otorgara efectos patrimoniales a las parejas de hecho.

---

international privé", *Revue suisse de droit international et droit européen*, vol. 14, nº 4, 2004, pp. 459–481.

[73] La libertad de los cónyuges (y de los miembros de la unión registrada) debe regularse para evitar que guarde poca relación con la vida de la pareja COM (2016), 106 final, p. 10.

[74] Como establece M.P. Diago Diago, "El matrimonio…", *loc. cit.*, pp. 25–26.

47. Asimismo, el Reglamento 1104 prevé, mediante su art. 26, la ley aplicable en defecto de elección y adopta la ley de la constitución o ley conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada. Con el objeto de dotar de seguridad jurídica y previsibilidad a las uniones registradas, ante la heterogeneidad existente, el ordenamiento jurídico aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada será el del Estado conforme a cuya ley ha sido registrada la unión como requisito obligatorio para su constitución.

Cuando la ley del Registro de la constitución de la pareja haya sido la Ley vasca de parejas de hecho y se plantee la controversia en torno a la ley aplicable a sus efectos patrimoniales ante el juez español, según el art. 26 se aplicará la ley española y será el art. 33 del Reglamento 1104 que, como hemos visto, establece la potencial remisión a ordenamientos plurilegislativos, el que instaura cómo proceder para seleccionar la ley material, definitivamente, aplicable. Como ya hemos tenido la oportunidad de plantear a lo largo del presente trabajo en primer lugar, según la remisión indirecta, corresponderá al sistema de Derecho Interregional concretar cuál de las leyes coexistente es la aplicable. La laguna normativa que caracteriza al sistema español de resolución de conflictos internos en este ámbito nos ha obligado a plantear a lo largo de este trabajo las distintas interpretaciones posibles y la oportunidad de aprovechar las soluciones subsidiarias previstas por el Reglamento 1104. En el supuesto de que la ley aplicable en defecto de elección a los efectos patrimoniales de las uniones registradas sea la española, por haberse constituido la unión según la Ley vasca, la utilización de ambos epígrafes del art. 33 –remisión indirecta y conexiones subsidiarias– nos llevan a la misma solución. Sin embargo, nos inclinamos por acudir al primer párrafo y extender la aplicación de la Ley del Registro del sistema de Derecho Internacional privado español también para resolver los conflictos de leyes internos[75]. Si así fuera, la Ley vasca de parejas de hecho ordenará los efectos patrimoniales de la pareja transfronteriza constituida en el País Vasco conforme a su propia ley y uno de los miembros de la unión deberá poseer vecindad civil vasca. De esta forma, no se aplicará la Ley vasca de parejas de hecho a las uniones registradas en otro Estado miembro salvo que residan en el País Vasco en el momento de la celebración y hayan elegido dicha ley conforme al art. 22.1º del Reglamento 1104.

[75] En este momento se podría plantear de nuevo la aplicación extensiva del Reglamento 1104 para resolver los conflictos de leyes internos en tanto dicha resolución ha tenido su punto de partida en un conflicto internacional, pero sobre este tema ya hemos dejado claro, que nos situamos en un segundo estadio en el que el conflicto internacional ya ha sido resuelto (ha designado la ley española) y se trata de resolver como si se tratará de un conflicto de leyes interno.

IV. CONCLUSIONES

48. La relación entre el Reglamento 1104 y la Ley vasca de parejas de hecho viene marcada por la incertidumbre derivada de la ausencia en el ordenamiento español de una norma de conflicto que ordene las parejas de hecho y de la inexistencia de una Ley sustantiva común. La indolencia que ha demostrado el legislador estatal durante todos estos años ha sido superada por el dinamismo de los legisladores autonómicos que no han tenido reparos en ordenar las parejas de hecho a través de normas autonómicas con distinto alcance, convirtiéndose en una muestra de la pluralidad existente en esta materia a todos los niveles.

49. Sin embargo, el legislador europeo sí ha considerado necesario ordenar la diversidad existente sobre parejas de hecho en los ordenamientos europeos y ha promulgado un instrumento amparado en la cooperación reforzada que intenta coordinar la amalgama normativa en aras a dotar de una mayor seguridad jurídica a este tipo de uniones. La irrupción del Reglamento 1104 debería suponer un incentivo para la actividad del legislador estatal en la medida que ha puesto, nuevamente, de manifiesto las insuficiencias de un sistema de Derecho internacional privado que no se sostiene sin su participación.

50. A pesar de ello, en este trabajo, hemos intentado dotar de cierta coherencia a la relación entre el Reglamento 1104 y la Ley vasca de parejas de hecho, analizando cuándo y cómo se aplicará el Reglamento 1104 para señalar la ley aplicable al régimen patrimonial de las uniones registradas en el País Vasco y cuál será el resultado de esa aplicación. La respuesta no es fácil y está llena de incertidumbres que nos han hecho ir supliendo las deficiencias del sistema apelando a los principios que subyacen a esta materia.

51. En primer lugar, se ha planteado si el Reglamento 1104 puede aplicarse a las parejas constituidas conforme a la Ley vasca de parejas de hecho. Ello nos ha llevado a detenernos previamente en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1104. La norma europea no define el concepto de unión registrada dejándolo en manos de los Estados miembros en calidad de cuestión preliminar que deberá solventarse acudiendo a los ordenamientos estatales. La ley aplicable a la constitución de la pareja se convierte en la primera posibilidad de interacción entre ambas normas en la medida en que la Ley vasca de parejas de hecho podría llegar a ser designada como ley del Registro donde la pareja se ha inscrito por primera vez. Atendiendo al método de remisión indirecto a los ordenamientos

plurilegislativos contemplado en el art. 12 Cc y, en función de la aplicación analógica de la norma de conflicto elegida para colmar la laguna del sistema de Derecho internacional privado español, la validez de la existencia de la unión registrada quedaría supeditada al cumplimiento de los requisitos estipulados por la Ley vasca. La controvertida modificación del ámbito de aplicación de la Ley vasca de parejas de hecho acometida por la Ley de Derecho civil vasco requiere que uno de sus integrantes tenga vecindad civil vasca como condición para acceder al Registro, incrementando el protagonismo del criterio personal, también, a nivel europeo.

52. En segundo lugar, se analizan las soluciones previstas por el Reglamento 1104 en aras a determinar la ley aplicable a los efectos de la unión registrada y a delimitar la potencial aplicación de la Ley vasca a las uniones registradas transfronterizas. La coexistencia de una pluralidad de leyes que regulan los efectos patrimoniales a nivel interno resurge cuando las normas del Reglamento 1104 señalan como aplicable la ley española. El sistema de remisión a ordenamientos plurilegislativos del Reglamento 1104, al igual que el art. 12 Cc, prioriza la remisión indirecta dejando, de nuevo, al albur del sistema de Derecho Interregional la ley autonómica finalmente aplicable. El carácter incompleto del sistema de Derecho Interregional nos lleva a plantear otra posibilidad: acudir a las normas subsidiaras estipuladas por el Reglamento 1104 para suplir la "falta" de un sistema de resolución de conflictos internos. La utilización de las normas subsidiarias señalaría la ley autonómica aplicable de la unidad territorial en la que "este ubicado el elemento pertinente" convertida en ley del lugar de su constitución o la ley donde se hubiera registrado la pareja. Sin embargo, nos parece metodológicamente más adecuado acudir a la remisión indirecta e interpelar al legislador estatal a suplir sus carencias apostando por afianzar la ley del Registro como conexión estructural y necesaria para hacer frente a la ordenación de las uniones registradas en todas las esferas.

53. En definitiva, las múltiples incertidumbres que se generan en la relación entre el Reglamento 1104 y la Ley vasca de parejas de hecho vuelven a poner de manifiesto las deficiencias existentes en este ámbito y corresponde al legislador estatal actuar en consecuencia. La promulgación de una norma de conflicto estatal que ordene las parejas registradas conforme a la ley del Registro donde se han inscrito por primera vez solventaría muchas de las insuficiencias del sistema y se erige en una opción factible y realmente acorde con los principios inherentes a la materia.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez González, A.: "¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?", *REDI*, vol. LXIX, nº 1, 2017, pp. 19–48.

Álvarez González, S.: "Derecho interregional. Claves para una reforma", *AEDIPr*, t. 3, 2003, pp. 37–73.

Álvarez González, S.: "El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o simplemente llamativos", *Revista de Derecho Civil*, vol. II, nº 4, 2015, pp. 7–82.

Andrés Sáenz de Santa María, M.P.: "El art. 12.5 del Código Civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo", *RGLJ,* 1978, pp. 59–75.

Arenas García. R.: "Concepto y tratamiento del matrimonio en el Derecho internacional privado europeo", *La Ley Derecho de familia*, nº 26, abril–junio 2020.

Bayod Lopéz, C.: "Pareja estable y requisitos de capacidad. Ámbito de aplicación de la ley aragonesa de parejas de hecho no casadas (Ley 6/1999 de 26 de marzo)", *RGLJ,* 2002, nº 4, pp. 557–559.

Bercovitz Rodríguez–Cano, R.: "La competencia para legislar sobre las parejas de hecho", *Derecho privado y Constitución,* nº 17, 2003, pp. 61–88.

Bertcovitz Rodríguez Cano, R.: "Articulo 16.1 Cc", *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, t. I., Madrid, Madrid, 1978, pp. 518–519.

Boele Woelki, K. y Fuchs, A. (eds.): *Legal recognition of same sex couples in Europe*, Amberes–Oxford, Intersentia, 2003.

Bonomi, A.: "Autonomie des parties en droit patrimonial de la famille et intérêts des entre preneurs: aspect de droit matériel et de droit international privé", *Revue suisse de droit international et droit européen*, vol. 14, nº 4, 2004, pp. 459–482.

Borrás, A.: "Les ordres plurilegislatifs dans le droit international privé actuel", *Recueil des Cours*, t. 249, 1994–V, pp. 145–368.

Borrás, A.: *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho Interregional español*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1984.

Carrascosa González, J.: "Matrimonio y parejas de hecho", *Tratado de Derecho Internacional privado*, t .II (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, dirs.), Valencia, 2020.

Cebrián Salvat, M.A.: "Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho Internacional privado español, *CDT*, vol, 10, nº 1, 2018, pp. 127–143.

Corneloup, S., "Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnennent des règlements européens de droit international privé", *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2010–2012, Paris, Pédone, 2013, pp. 189–222.

Diago Diago, Mª. P.: "Art. 22. Elección de ley aplicable", en *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea* (J.L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 209–219.

Diago Diago, Mª. P.: "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual" *REDI*, vol. LXVI, nº 2, 2014, pp. 49–79.

Fernández Rozas, J.C., "Nacionalidad, vecindad civil y vecindad administrativa: consideraciones sobre su desarrollo constitución", *REDI*, vol. XXXIII, nº 1, pp. 141–159.

Font i Segura, A.: "La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones", en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, I. Calvo Vidal (coord.), Consejo General del Notariado, 2014, pp. 75–121.

Font i Segura, A.: *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Colección De Conflictu Legum, nº 10, Santiago de Compostela, 2007.

Francescakis, P.H.: *La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, Sirey, 1958.

Gannagé, P.: "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 425 ss.

Garau Juaneda, L.: "Un paso más en la errática determinación del ámbito de aplicación de las normas autonómicas en materia de parejas de hecho: la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco", *Bitacora Millenium*, nº 6, julio–diciembre, 2017.

García Rubio, Mª. P.: "Parejas de hecho y lealtad constitucional", en *Estudios de derecho civil: homenaje al Prof. Francisco Javier Serrano* (T. Torres García, coord.), Universidad de Valladolid, 2004, pp. 35–64.

Gaudemet–Tallon, H.: "Le désunion de couple en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 226, 1991.

Gautier, P–Y.: "Les couples internationaux des concubins*", Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991–1993, pp. 524–539.

Gonzaléz Beilfuss, C.: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.

Hammje, P.: "Réflexions sur l'article 515–7–1 du Code Civil (Loi nº 2009–526 du 12 mai 2009, article 1º)", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2009, pp. 483–491.

Iglesias Buigues, L.: "Art. 33", en *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea, comentarios a Reglamentos* (UE) 2016/1103 y 2016/1104, J. L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno (drs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 356–371.

Jiménez Blanco, P.: *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: un estudio del Reglamento nº 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Lagarde, P.: "La règle de conflit applicable aux questions préleables", *Rev.crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 460–484.

Lehmann, M.: "Recognition as a substitute for conflits of Laws?", en *General principles of European private international law,* S. Leyble dir., Wolters Kluewer Law, 2016, pp. 11–43.

Magallón Elósegui, N.: "El Reglamento de sucesiones y los sistemas plurilegislativos: el caso español", *Jado*, año XII, nº 25, 2013, pp. 343–355.

Magallón Elosegui, N.: "Las leyes de parejas de hecho y sus distintos criterios de aplicación: un problema de Derecho interregional", en *Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho* (R. Castillejo (dra.), Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2012, pp. 165–196.

Magallón, N. y Fotinopoulou, O.: "La pensión d viudedad y las parejas de hecho: análisis de la remisión efectuada por el art. 174.3 de la LGSS a las CCAA con Derecho civil propio para

regular los requisitos de acceso a la prestación de la Seguridad Social", *Revista de Derecho social*, nº 48, 2009, pp. 185–217.

Magallón, N., Lasa B., e Iruretagoiena I.: "Análisis de la Ley Vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho: una aproximación internacional–privatista", *REVAP*, nº 67, 2003, pp. 301–328.

Martín Casals, M.: "Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho", *ADC*, 1995, pp. 1709–1808.

Mayer, P: "Les méthodes de la reconnaissanceen droit international privé", *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde,* París, Dalloz, 2005

Pecourt García, E.: "Problemática de la cuestión preliminar en Derecho Internacional privado", *Revista de Derecho español y americano*, 1966, pp. 11–60.

Pérez Milla, J.J.: "Efectos patrimoniales de las uniones registradas autonómicas y reglamentos de la Unión Europea: respondiendo a problemas complejos", *Revista de Derecho civil aragonés*, nº 25, 2019, pp. 129–156.

Pérez Vera, E.: "Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español", *Estatuto personal y Multicultural de la familia* (J.L. Iriarte y A. Calvo Caravaca, dirs.) Colex 2000

Quiñones Escámez, A.: "Eficacia extraterritorial de las uniones de pareja: nuevas normas de Derecho Internacional Privado en la Ley alemana (2001), *RJC*, vol. 101, nº 3, 2002, pp. 833–858.

Quiñones Escámez, A.: "Propositions pour la formation la reconnaissance et léfficacité internationale des unión conjugales ou de couple", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 96, nº 2, 2001, pp. 358–382.

Quinza Redondo, P., y Chistandl, G.: "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *InDret,* julio, 2013.

Rodríguez Benot, A.: "Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea", *CDT*, vol. 11, nº 1, pp. 8–50.

Rodríguez Pineau, E.: "Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta del Reglamento del Consejo", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 937–955.

Sánchez Lorenzo, S.: "La aplicación de los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española", *REDI,* vol. XLV, 1993, pp. 131–148.

Sánchez Lorenzo, S.: "Las parejas no casadas ante el Derecho Internacional privado", *REDI*, vol. XLI, pp. 487–532.

Soto Moya, M.: "El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho Internacional privado", *REEI* nº 35, 2018.

Thorn, K.: "The German Conflict of Laws rules on registred partnership" en K. Boele Woelki y A. Fuchs (eds.), *Legal recognition of same sex couples in Europe*, Amberes–Oxford, Intersentia, 2003, pp. 137 ss.

Urrutia, A y Iriarte Ángel, F. B.: "La espinosa cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho registradas y los conflictos internos: una visión desde el País Vasco", *Bitácora Millenium,* nº 7, 2018.

Zabalo Escudero, M.E.: "Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el Ordenamiento español", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/*Gasteiz, 1994, Universidad del País Vasco, Tecnos, 1995; pp. 253–302.

Zabalo Escudero, M E.: *La legislación autonómica sobre parejas de hecho y los conflictos de leyes internos*, GGPJ, Manuales de formación continuada, nº 28, 2004.

Recibido: 26 julio 2021
Aceptado: 12 octubre 2021

El cambio de paradigma de la discapacidad: el modelo inclusivo en las relaciones transfronterizas

Carmen PARRA RODRÍGUEZ *

SUMARIO: 1. Introducción. II. La incorporación del art. 12 de la Convención de la Discapacidad en el Derecho español. 1.El cambio de paradigma en el Derecho español de la discapacidad: A) El respeto a la voluntad de la persona con discapacidad: B) El establecimiento de medidas de apoyo. III. La incidencia de la Ley 8/2021 en las relaciones transfronterizas de personas con discapacidad. 1. La competencia de autoridades en la regulación de la discapacidad con carácter transfronterizo: A) El foro de la residencia habitual; B) El foro de las medidas cautelares. 2. Las cuestiones relativas a le ley aplicable en las relaciones transfronterizas que afectan a la capacidad jurídica: A) Respecto a la calificación; B) Respecto a los puntos de conexión. 3. El reconocimiento y ejecución de decisiones emitidas por autoridades judiciales y administrativas en materia de discapacidad: A) Decisiones emitidas por autoridad judicial extranjera para su reconocimiento en España; B) Decisiones emitidas por autoridad administrativa extranjera para su reconocimiento en España; C) Eficacia extraterritorial de decisiones dictadas por autoridades españolas en el extranjero. IV. Conclusiones.

RESUMEN: El modelo inclusivo de discapacidad tiene como objetivo dar respuesta al actual marco jurídico establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El objetivo de ambos instrumentos internacionales ha consistido en hacer prevalecer la autonomía de la voluntad sobre la protección que tradicionalmente ha regido las relaciones de las personas con discapacidad. Esta circunstancia ha supuesto un cambio de paradigma con efectos en los ordenamientos legislativos, en concreto en el ordenamiento español, afectando tanto a las relaciones internas como a las relaciones transfronterizas que se generan por los procesos migratorios propios del siglo XXI. Aspectos relativos a la determinación de las autoridades competentes para tomar medidas de protección, figuras jurídicas validadas por la ley aplicable en procesos de diversidad funcional o reconocimiento de resoluciones dictadas por autoridades judiciales o administrativas en otros Estados, son algunas de las situaciones jurídicas que deberán ser resueltas desde la órbita del Derecho internacional privado. Para ello se deberá tener en cuenta el impacto de la globalización y su repercusión en las relaciones con elementos de extranjería que afectan a las personas que presentan capacidades diversas, sin que ello genere conflictos entre las diferentes autoridades y legislaciones que deben ocuparse de su protección.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad Abat Oliba CEU.

AEDIPr, t. XXI, 2021, pp. 65–88
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.04

PALABRAS CLAVE:, DISCAPACIDAD, MODELO INCLUSIVO, EFECTOS TRANSFRONTERIZOS, PROTECCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES, MEDIDAS DE APOYO.

The Disability Paradigm Shift: The Inclusive Model in Cross–Border Relationships

ABSTRACT: The disability inclusive model aims to respond to the current legal framework established by the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol adopted on 13 December 2006 by the General Assembly of the United Nations. The objective of both international instruments has been to make autonomy of will prevail over the protection that has traditionally governed the relations of persons with disabilities, which has meant a paradigm shift with effects on legislative systems. This change has led to a major change in Spanish law that will affect both internal and cross–border relations generated by the migration processes of the twenty–first Century. Aspects related to the determination of the competent authorities to take protection measures, legal figures validated by the applicable law in processes of functional diversity or recognition of resolutions issued by judicial or administrative authorities in other States, are some of the legal situations that must be resolved from the orbit of private international law. This should take into account the impact of globalization and its impact on relations with elements of foreigners that affect people with different abilities, without generating conflicts between the different authorities and laws that must deal with their protection.

KEYWORDS: DISABILITY, INCLUSIVE MODEL, CROSS–BORDER EFFECTS, PROTECTION OF VULNERABLE PERSONS, SUPPORT MEASURES.

I. INTRODUCCIÓN

El modelo inclusivo establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención de Discapacidad) y su Protocolo Facultativo aprobado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas[1] recogen los derechos de las personas con capacidades diversas, así como las obligaciones de los Estados de cara a su implementación. Su objetivo ha consistido en hacer prevalecer los derechos humanos sobre los criterios adoptados

[1] Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 ratificada por España y publicada en el BOE 21.4.2008. *Vid.* M.E. Torres Costas, *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Colección Derecho Privado, BOE, 2020; R. Kayess, P. French, "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Human Rights L. Rev*., vol. 8, nº 1, 2008, pp. 1–34; A. Dhanda, "Legal capacity in the disability rights Convention: Stramglehold of the past or lodestar for the future?", *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, vol. 34, 2006–2007, pp. 429 ss; F. Mégret, "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, nº 2, 2008, pp. 494–516.

tradicionalmente por los Estados, lo que está dando lugar a un cambio de paradigma en relación a los derechos de las personas con discapacidad.

Para dar respuestas a los interrogantes que plantea esta nueva regulación es necesario conocer cuáles han sido los orígenes jurídicos que han inspirado a las legislaciones nacionales en la evolución normativa de la discapacidad. Se evaluarán así los pros y contras que dicha regulación puede suponer en la práctica tanto para los casos que deban ser resueltos ante los tribunales, como para la seguridad jurídica de las personas que tienen capacidades diversas.

Tradicionalmente, las personas con discapacidad han sido consideradas como personas con serias limitaciones, las cuales, de una u otra manera, han sido apartadas de la sociedad bien por considerarlas socialmente invisibles, o bien por estar imposibilitadas para celebrar actos jurídicos dada su falta de capacidad para regir sus vidas. Para asegurar su protección, era necesaria la intervención de un representante que aparentemente sería el encargado de velar por sus derechos en función de una serie de modelos basados en diferentes principios.

En un primer momento el modelo de la prescindencia consideraba que la discapacidad tenía origen religioso estableciendo que la persona no podía aportar nada a la sociedad, lo que hacía que fuera apartada prescindiéndose de cualquier actuación que supusiera un contacto social[2].

El segundo modelo dio un paso adelante en la consideración del individuo con discapacidad ofreciendo una solución con carácter rehabilitador. Este modelo se apartaba del origen religioso como causa de la discapacidad alegando un origen científico, por esta razón se rehabilitaba al sujeto para que pudiera ser incorporado dentro de la sociedad. Este modelo volvía a situar la solución fuera del ámbito de la persona ya que al considerar que los efectos producidos por la discapacidad eran el resultado de sus limitaciones, hacía necesario la calificación de un profesional de la salud a través de un diagnóstico médico que autorizara su reincorporación a la sociedad[3].

Frente a estos dos modelos, surge el modelo social de discapacidad, según el cual, la discapacidad la crea las barreras que la sociedad construye en torno a los sujetos. Ya no se habla de personas que tienen mermadas sus capacidades si no que por el contrario se trata la diversidad de capacidades

[2] A. Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.

[3] M. De las Heras, "Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU. 2016, [<http//envejecimiento.esic.es/docuemtnos/heras–discapacidad–01.pdf>] (fecha de la última consulta: 5 de mayo de 2021), pp. 1–17.

desde un modelo abierto en el que todos pueden aportar valores a la sociedad en la medida que se promueva y se logre la inclusión y la aceptación de la diversidad[4].

Este modelo social ha sido el elegido por la Convención de Discapacidad, ensalzando los derechos humanos y anteponiendo el principio de igualdad frente a otros valores que han estado presentes en la regulación de los derechos de los individuos. Es el art. 12 de esta Convención el que protege los intereses de las personas con discapacidad estableciendo que tienen "capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida"[5].

A partir de este mandato los Estados están obligados a adoptar medidas de apoyo y salvaguarda para las personas con discapacidad, de tal manera que les ayuden a expresar su voluntad en las actividades de su vida cotidiana o de carácter extraordinario.

Sin embargo, su aplicación práctica está generando numerosos interrogantes que han sido atribuidos a la falta de un análisis objetivo de la institución, así como a no haber consultado las necesidades tanto en el ámbito personal como profesional que envuelve a las personas que tienen limitada su capacidad. Además se le ha criticado la falta de modificaciones coherentes y ordenadas frente a las instituciones existentes ya reguladas, lo que en un futuro cercano puede dar lugar a nuevos problemas que perjudiquen a las personas que tienen una capacidad diversa[6].

---

[4] Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, 2014 [<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/67059>] (fecha de última consulta: 10 de mayo de 2021).

[5] Art. 12.2º del Convenio de Nueva York de 2006. La Convención de Discapacidad no separa la capacidad jurídica de la capacidad de obrar, distinción que sí recoge el ordenamiento español. El carácter innovador del articulo 12 no ha sido recibido pacíficamente, generando numerosas reservas y declaraciones interpretativas por parte de los Estados. *Vid.* en este sentido la web del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad [<https://www.ohchr.org/sp/HRbodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx>] (fecha de la última consulta: 8 de abril de 2021). *Vid.* N. Pastor Palomar, "Reservas a la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 37, junio 2019, pp. 1–34. Para ayudar en su implementación y aclarar el alcance de esta norma, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité), realizó una serie de Observaciones Generales, dedicando la primera de ellas a resolver las dudas que se habían generado para su implementación en los textos legislativos nacionales. *Vid.* Observación general nº 1 del Comité de la Convención de las personas con discapacidad de CRPD /CGC/1, 31 de marzo a 11 de abril de 2014.

[6] *Vid.* S. De Salas Murillo, "Significado jurídico del 'apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica' de las personas con discapacidad; presente tras diez años de convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil–Mercantil,* 5, mayo, 2018, pp. 1–27.

Desde esta perspectiva, y sin entrar a valorar situaciones meramente internas, los supuestos con elementos transfronterizos también vislumbran cambios legislativos que supondrán la adaptación dentro del marco legal de los Estados tanto a nivel judicial como de ley aplicable, especialmente si se quiere proteger a nivel global los derechos de las personas con discapacidad.

I. LA INCORPORACIÓN DEL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

El art. 12 del Convenio de Discapacidad se ha incorporado en la legislación española a través de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica [7] (en adelante la Ley 8/2021). Dicha norma ha nacido para alinear la normativa española con el art. 12 de la Convención de la Discapacidad[8], erradicando así el régimen paternalista y de sustitución que tradicionalmente ha inspirado la legislación española en materia de discapacidad[9] .

[7] Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE nº132, de 3 de junio de 2021. Esta ley modifica parcialmente el articulado de diferentes normas que afectan a la capacidad jurídica de las personas, así como a las medidas de apoyo que pudieran necesitar. Este tipo de "ley puzzle" dificulta su aplicación ya que la incorporación de modificaciones parciales deja lagunas e incoherencias dentro de los textos legislativos. Como técnica legislativa hubiera sido preferible crear una ley especial. *Vid.* A. Pau, "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil", *Revista de Derecho Civil,* vol. V, nº 3, 2018, pp. 5–8.

[8] A. García Pons, "El art. 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, y su impacto en el Derecho Civil de los Estados Signatarios: el caso de España", *ADC,* enero–marzo, 2013, pp. 59–148.

[9] No obstante, la aplicación igualitaria de la capacidad de las personas ha estado presente en nuestro ordenamiento, siendo recogido expresamente en los art. 10, 14 y 49 de la Constitución española que consideran la discapacidad como una circunstancia personal protegida contra cualquier forma de discriminación. Esta misma interpretación se inició con la jurisprudencia española a partir de la STS 282/2009, 29 de abril de 2009 STS 2362/2009 – ECLI:ES:TS:2009:2362 a la que han seguido otras sentencias. Sin embargo, a pesar de la interpretación jurisprudencial acorde al espíritu de la Convención, era necesaria una adaptación legislativa que favoreciera la seguridad jurídica estableciendo el nuevo paradigma que debe estar presente en la regulación de los derechos que amparan a las personas con discapacidad Para ver un resumen de las principales normas que han sido modificadas en relación a la protección de las personas con discapacidad *vid.* M. Linacero de la Fuente, " El repte de la reforma de la legislación civil en materia de discapacitat", *La Notaría*, nº 1–2, 2020, pp. 78–97. Los déficits que presenta el Anteproyecto de ley han sido analizados en A.L. Martínez Pujalte, "Legal Capacity and supported Decision–Making lessons from som recent legal reforms", *Laws*, nº 8, nº 1, 2019, pp. 1–21.

1. El cambio de paradigma en el Derecho español de la discapacidad

El cambio de modelo que ha establecido la Ley 8/2021 se desarrolla a través de dos ejes principales. Por un lado el respeto de la voluntad de la persona con discapacidad, y por otro lado el establecimiento de medidas de apoyo aplicables excepcionalmente en los casos en los que la persona no pueda tomar decisiones por ella misma.[10]

A) El respeto a la voluntad de la persona con discapacidad

El respeto a la voluntad de las personas con discapacidad se sustenta a través del principio de la autonomía de la voluntad, lo que se ha implementado por una doble vía.

Por un lado potenciando una intervención activa que favorezca el poder de elección autónoma de la persona a través del protagonismo de la autocuratela (arts. 271 a 273 Cc) que le permite a la persona con discapacidad nombrar a quien prefiera para ocupar el cargo de curador[11], permitiéndole cambios en el orden de prelación en función de a quien considere más idóneo para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.

Junto a la autotutela, otro instrumento que potencia la autonomía de la voluntad son los poderes y mandatos preventivos (arts. 256 a 262 Cc) a través de los cuales se permite a la persona discapacitada establecer las medidas y órganos de control y las condiciones e instrucciones para el ejercicio de sus facultades[12].

Por otro lado la no intervención del Estado o de terceros en el poder de elección de la persona con discapacidad le da la oportunidad de tomar decisiones sin la intervención de las autoridades judiciales o administrativas[13]. A modo de ejemplo la nueva "guarda de hecho" le permite a la persona con discapacidad el apoyo en su círculo familiar sin necesidad de acudir a los tribunales (art. 263).

[10] R. Barreto Souza, "Capacidad Jurídica: un Nuevo Paradigma desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad," *Am. Univ. Int'l L. Rev.*, vol. 3, nº 2, Washington, 2015.

[11] *Vid*. M. Petit Sánchez, "La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés", *Revista de Derecho Civil,* vol. VII, nº 5, octubre–diciembre, 2020. pp. 265–313.

[12] M.P. García Rubio, "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, nº 5 (3), 2018, pp. 29–60.

[13] *Vid.* en este sentido el Preámbulo de la Ley 8/2021 así como los precedentes existentes en otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa en la materia.

Ambas visiones se complementan de tal manera que no sería posible el desarrollo de la autonomía personal de un individuo con discapacidad si no se respetase su libre elección para programar su vida con las mismas garantías y en igualdad de condiciones que las demás personas.

B) El establecimiento de medidas de apoyo

Tanto el Convenio de Discapacidad como la Ley 8/2021 son conscientes de la existencia de situaciones difíciles en las que las personas con discapacidad muestren dificultades para proyectar y desarrollar su vida. En estos casos se deberán adoptar medidas de apoyo que les permitan reducir o eliminar los obstáculos que puedan aparecer en su día a día, siendo esta intervención considerada como excepcional por el legislador español.

Este cambio en la visión de la discapacidad ha comenzado por eliminar las figuras de protección (tutela, patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitadora), sustituyéndolas por la implantación de un modelo de apoyo (la guarda de hecho, la curatela, el defensor judicial), que le da protagonismo a la persona con discapacidad garantizando su voluntad y preferencias en las decisiones que afectan a su vida.

Así por ejemplo se distinguen diferentes grados de actuación: El primero sería el caso aplicable a aquellas personas que no son capaces de expresar su voluntad o preferencias (una persona con un estado de Alzheimer avanzado). En estos casos es necesario analizar en un primer momento si el origen de dicha situación se debe a un problema individual o si es fruto del aislamiento social de la persona. A partir de este razonamiento se intentará buscar la verdadera voluntad de la persona a través de formas alternativas de comunicación[14]. En segundo lugar estarían las situaciones en las que este contacto sea imposible en cuyo caso las soluciones propuestas por terceros deben inspirarse en el principio "interés superior de la persona", que para casos como éstos, se sustituirá por "la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona", teniendo en cuenta tanto su historia como su trayectoria en la vida. En cualquier caso estas situaciones de "pseudo sustitución" deberían ser excepcionales siguiendo la regla general defendida por la Convención de la Discapacidad que es el respeto de la voluntad de la persona con discapacidad[15].

[14] ´Se introduce el art. 7 bis tanto en la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) como en la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV) en el que las comunicaciones con las personas con discapacidad se deben hacer en un lenguaje claro, sencillo y accesible teniendo en cuenta las características personales y las necesidades de las personas con discapacidad.

[15] *Vid.* M. Petit Sánchez, "La adopción de medidas…" *loc. cit.*, pp. 285.

Por último, estaríamos ante situaciones en las que la persona es capaz de expresar su voluntad y sus preferencias a pesar de que éstas puedan suponer la producción de un daño para ellas mismas. En estos casos Cuenca Gómez propone aplicar el principio de proporcionalidad ponderando el derecho de la capacidad jurídica con los principios de protección y de autonomía. Con este razonamiento se conseguiría actuar en contra de la voluntad de la persona para los casos en los que el respeto de su deseo supusiera un riesgo grave e inminente para su vida o para la salvaguarda de los derechos humanos. Esta solución ha dado lugar a la contraposición de dos principios, por un lado el que afecta al "interés de la persona" y el que "manifiesta su voluntad o deseo"[16].

En definitiva, el legislador español ha tratado de crear mecanismos que le permitan individualizar cada caso evitando aplicar soluciones generalistas en la que la persona con discapacidad sea víctima del entorno que la rodea. Sin embargo, el aplicador del derecho se puede encontrar con numerosos obstáculos, ya que, en primer lugar, este sistema supone un cambio en la mentalidad de la sociedad española que está acostumbrada a proteger/asistir a las personas con discapacidad, siendo difícil darles absoluta autonomía para que tomen sus decisiones. En segundo lugar, se debe dotar a los tribunales y a la administración pública de servicios e instrumentos que les permitan identificar los peligros inherentes en torno a las personas con discapacidad, lo que significa dotar de medios económicos y técnicos al entorno de la discapacidad.

Otra de las críticas presentes en la Ley 8/2021 se refiere al tratamiento que se les ha dado a las medidas de apoyo. Por un lado, se ha considerado negativo el hecho de que se reserven sólo estas medidas a las personas con discapacidad cuando se podría haber aprovechado para extenderlas a toda persona con necesidad de asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por otro lado, el modelo de apoyo contenido en la Ley 8/2021 se ha limitado a reproducir las figuras que tradicionalmente existían en el Código civil español, en concreto la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, (eliminando la tutela), lo que supone una solución continuista poco innovadora que puede llevar a una interpretación asistencialista frente a la promoción de la autonomía que defiende la Convención de Discapacidad.

A ello se une la excesiva presencia del juez así como del Ministerio Fiscal en los procesos especiales que amparan la discapacidad, siendo éste otro

[16] P. Cuenca Gómez, "De objeto a sujetos de Derechos. Reflexiones filosóficas sobre el artº 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la políticas* (P.A. Munar Bernat), Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 47–76.

factor que la reforma no ha corregido, de tal manera que seguirán siendo los tribunales los que decidirán sobre la designación del curador así como del diseño y alcance de las medidas aplicables, mientras que el Ministerio Fiscal seguirá ejerciendo un papel protector en torno a los intereses de las personas con discapacidad[17]. Dentro de este sistema de autoridades, los notarios y el resto de los funcionarios públicos (servicios sociales y sanitarios) ocupan un papel muy residual de difícil encaje dentro del espíritu del Convenio de Discapacidad[18].

III. La incidencia de la Ley 8/2021 en las relaciones transfronterizas de personas con discapacidad

La Ley 8/2021 no solamente se ha ocupado de modificar las figuras de protección presentes en la legislación española, sino que también ha tenido que adaptar las normas con implicaciones transfronterizas ya sea en el ámbito sustantivo (normas de conflicto) como en el ámbito procesal (competencia judicial y reconocimiento de resoluciones judiciales). No obstante, tal como vamos a analizar a continuación, solamente el primer bloque normativo relativo a la competencia legislativa ha sido parcialmente revisado por la reforma, abriéndose numerosos interrogantes en relación al efecto que dicho cambio producirá en aquellas personas con discapacidad que lleven a cabo desplazamientos en el plano internacional, en los que se tengan que reconocer resoluciones judiciales en otros países o aplicar medidas dictadas por autoridades extranjeras.

La realidad es que España es un país que sufre un envejecimiento progresivo de la población a lo que hay que unir la presencia de extranjeros adultos, principalmente de la Unión Europea que eligen España como destino de su jubilación atraídos por el buen tiempo y el bajo coste de la vida. El aumento de esta población, que potencialmente puede ser vulnerable a causa del alargamiento de la vida, va acompañado en numerosos casos del aumento de enfermedades tanto físicas como mentales que limitan la capacidad de las personas, siendo necesario establecer mecanismos que las protejan para el caso de que se reduzcan sus capacidades físicas o mentales. Ello supone tener en cuenta la presencia de diferentes ordenamientos que

[17] *Vid*. en este sentido C.F. Fábrega Ruiz, "Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de Ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad", en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad…*, *op. cit.*, p. 322.

[18] Art. 42 bis b) incorporado por la Ley 8/2021 en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. *Vid.* también la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/2021 en relación a las Entidades del Tercer Sector de Acción Social.

ofrezcan protección, lo que genera por un lado conflictos positivos ante la presencia de dos o más leyes aplicables, o negativos que dejarían a la persona enfrentada a un vacío legal. Así por ejemplo, la persona a la que se le apliquen unas medidas de apoyo según su ley nacional y que tenga residencia habitual en España, crearía un solapamiento en el caso de que los criterios de asignación de la ley extranjera no fueran considerados suficiente por la ley española o viceversa.

Para dar respuesta a estas situaciones la Conferencia de La Haya redactó el Convenio de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de adultos[19] (en adelante Convenio de Adultos) cuyo objetivo era dar respuesta entre los Estados contratantes a sistemas que permitieran determinar las autoridades competentes para tomar medidas de protección de la persona o de los bienes del adulto, determinar la ley aplicable, asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección y establecer entre las autoridades la cooperación necesaria para proteger a las personas mayores de edad[20].

Lamentablemente el Convenio no ha entrado en vigor en España [21] y el legislador no ha resuelto las lagunas existentes en el ordenamiento español para adaptar las normas de Derecho internacional privado a los problemas prácticos que las situaciones de desprotección están generando en estos colectivos.

Vamos a analizar a continuación cuales son los aspectos que afectan al ámbito privado con elementos transfronterizos desde la perspectiva de la competencia judicial, la ley aplicable, la cooperación de autoridades y el reconocimiento de sentencias en base a la reforma propuesta por el

[19] Convenio de la Haya de 13 de enero de 2000 citado en nota 27. *Vid.* J. Anderson y A. Ruck Keene, "The 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults: five years", *International Family Law*, 2014; S. Adroher Biosca, "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, vol. LXXI, nº 1, 2019, pp.163–185; K., Karjalainen, "Fragility of Cross–Border Adult Protection: The Difficult Interplay of Private International Law With Substantive Law", *Yearb. Priv. In'l L.*, vol. 20, 2018/2019, 2018, pp. 439–465; P. Lortie, "Towards the Global Implementation of the 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults", *ELI Newsletter*, 2019, pp. 34–79.

[20] *Vid.* en este sentido, M.P. Diago Diago, "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", *Diario La Ley*, nº 9779, Sección Doctrina, 27 de enero de 2021, pp. 1–22.

[21] En este sentido el Parlamento Europeo en Resolución de 3 de abril de 2017 sobre la protección de adultos vulnerables ha solicitado a la Comisión que legisle esta materia a través de un Reglamento. El *European Law Institute* también ha realizado una propuesta en la materia. Por su parte la Comisión está intentando que los estados ratifiquen el Convenio utilizando su competencia en materias externas. *Vid.* A. Muñoz Fernández, "Notas sobre el informe del instituto de derecho europeo acerca de la protección de adultos en situaciones internaciones", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 1099–1105.

legislador en la Ley 8/2021, así como los posibles beneficios que la entrada del Convenio de Adultos podría aportar en la protección de las personas mayores.

1. La competencia de autoridades en la regulación de la discapacidad con carácter transfronterizo

A la competencia judicial internacional en materia de capacidad no hace referencia la Ley 8/2021 quedando cubierta su regulación por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

No obstante, la Ley 8/2021 da protagonismo a la Ley de Jurisdicción Voluntaria para los casos en los que se deban resolver expedientes de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, dejando el procedimiento contencioso solo para los casos en los que exista oposición por parte de la persona con discapacidad o las personas legitimadas para abrir dicho procedimiento[22].

A) El foro de la residencia habitual

Se mantiene en este sentido el art. 22 quárter b) según el cual los Tribunales españoles serán competentes "en materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España". Esta solución está alineada con el Convenio de Adultos (arts. 5 a 12) ya que da competencia a las autoridades de la residencia habitual de las personas mayores, si bien el Convenio de Adultos ofrece otras alternativas en su articulado[23].

La jurisprudencia española nos muestra que en su papel protector se ha optado tradicionalmente por la *perpetuatuio iurisdictionis* ya que, aunque la ley determina que cuando se cambia la residencia habitual cambia el juez competente (si este cambio se produce antes de la comparecencia), en la práctica la competencia continua hasta que no se resuelve el asunto[24]. A

[22] *Vid*. art. 42 bis incorporado por la Ley 8/2021 en el Capítulo III bis, Título II.

[23] El Convenio de adultos les otorga también competencia a las autoridades de la nacionalidad, de la anterior residencia habitual, del lugar donde se encuentren situados los bienes del adulto, de las autoridades elegidas por escrito por el adulto, las autoridades de la residencia habitual de la persona que se haga cargo del adulto, así como del Estado donde se halle el adulto.

[24] Art. 42 bis a) 2. "…. Si antes de la celebración de la comparecencia se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a la que se refiere el expediente, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen."

modo de ejemplo, estas situaciones se plantean cuando una persona sufre algún tipo de trastorno grave transitorio en su enfermedad que obliga a su internamiento por algunos meses fuera de su domicilio. Cabe preguntarse en estos casos si se debe o no considerar un cambio de la competencia judicial en relación a las medidas de apoyo que deba recibir la persona con discapacidad durante el tiempo que permanezca internada. Si a ello le sumamos el factor transfronterizo, la cuestión que se plantea es como resolverá el expediente la autoridad del nuevo Estado en el que se localice temporalmente a la persona con discapacidad, que posteriormente retornará a su domicilio[25]. Está claro que la práctica deberá flexibilizar las soluciones dependiendo en cada caso del grado de discapacidad de la persona y de la medida temporal aplicable.

El análisis de esta norma muestra por tanto una regulación insuficiente en dos aspectos. Por un lado, en relación con su enunciado, ya que la LOPJ se refiere a los tribunales que deben tomar "medidas de protección" cuando el modelo social sigue un sistema de igualdad que se aleja del asistencialismo. Por otro lado como en relación al protagonismo que da a los tribunales en lo referente a las medidas de apoyo obligatorias[26].

Por otro lado, la presencia del notario, como autoridad administrativa, es mínima, ya que se limita a actuar en los acuerdos voluntarios solicitados *ex ante* por la persona cuando aún pueda controlar su voluntad y preferencias[27], no planteando esta posibilidad para aquellas personas que necesiten de forma inmediata decidir sobre las medidas de protección que les serían aplicables.

En este sentido, la Ley 8/2021debería haber ampliado el marco de actuación ofreciendo un abanico más extenso de competencias, reservando para las autoridades judiciales aquellos casos complejos en los que fuera necesaria una intervención jurídica más especializada, y dejando para las autoridades administrativas los casos de supervisión o control de aquellas

[25] En este sentido *vid.* el nuevo art. 756 LEC en relación al cambio de procedimiento de jurisdicción voluntaria al procedimiento contencioso, considerando en estos casos el cambio de Juzgado si se da un cambio en la residencia de la persona con discapacidad. A sensu contrario la sentencia de 31 de enero de 2017 en relación al cambio de residencia de la persona con discapacidad a Perú, siguiendo como competente el tribunal español que nombró un tutor. SAP B 12839/2017 – ECLI:ES:APB:2017:12839.

[26] Por el contrario, el Convenio de Adultos se refiere a las autoridades "judiciales y administrativas"

[27]Resultan modificados por la reforma de la Ley 8/2021 los arts. 23, 57–3 y 62 –3 de la Ley del Notariado. *Vid.* art. 257 Cc "el poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido".

personas cuya discapacidad así lo exigiese. Esta solución tendría un doble efecto: por un lado, ayudar a aliviar en los juzgados la acumulación de expedientes, y por otra alinear con el Derecho internacional la competencia de las autoridades administrativas en situaciones transfronterizas[28].

Otro supuesto sin resolver por la Ley 8/2021 es el relativo a la elección del tribunal competente ya que la actual regulación de la competencia judicial internacional no reconoce la autonomía de la voluntad en los casos que afectan a la capacidad jurídica de las personas[29], cuestión que sí está resuelta en el art. 8 del Convenio de Adultos. Según Androher Biosca, esta limitación por parte del legislador español no está alineada con el papel relevante que la Convención de Discapacidad otorga a la autonomía de la voluntad[30] y que de nuevo se contrapone con el protagonismo que el nuevo paradigma quiere dar a las personas con discapacidad.

B) El foro de las medidas cautelares

También es aplicable el foro cautelar del art. 22 *sexies* que otorga competencia a los Tribunales españoles 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, siendo también competentes para adoptar estas medidas si lo son para conocer del asunto principal[31].

De nuevo se plantean diferentes interrogantes en relación a cómo se aplicarán dichas medidas en el caso de expedientes para establecer medidas de apoyo, teniendo en cuenta que el mecanismo debe dirigirse a apoyar a las personas con discapacidad cubriendo sus necesidades personales y materiales, más allá del mero aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley. Sería por ejemplo el caso de un ingreso involuntario urgente de una persona adulta por razón de un trastorno

[28] En este sentido, la sensibilización y formación en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica que establece la Disposición Adicional Segunda de la Ley 8/2021 será crucial para que esta regulación sea correctamente aplicada.

[29] *Vid.* art. 22 bis. "… 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 quáter,"

[30] S. Adroher Biosca, "La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el derecho internacional privado", en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad…*, *op. cit.*, pp.157–173.

[31] En este sentido el nuevo art. 762 prevé que estas medidas las inste el Ministerio Fiscal estando prevista la audiencia previa de las personas con discapacidad. *Vid.* para el conjunto de normas de competencia judicial internacional para la protección de personas C. Vaquero López, " Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y menores", *AEDIPr*, t.. XVI, 2016, pp. 395–414.

psíquico. En este caso la actuación judicial podría realizarse de oficio con el único límite de ajustarse a las necesidades de la persona con discapacidad. Esta actuación se asemeja más a una medida provisional de protección que a una medida cautelar, ya que mientras las medidas cautelares buscan la efectividad de la futura sentencia, en estos casos lo que se intenta es dar una protección actual a la persona, evitando los peligros que un alargamiento del procedimiento pudieran producir[32]. Estas peculiaridades harán que la persona con discapacidad deba ser escuchada, si está en condiciones para ello, así como a las personas legitimadas, no siendo necesario presentar demanda (obligatoria para que las medidas cautelares generales sean efectivas) en el caso de que la medida cautelar de lugar a la recuperación de la capacidad.

2. Las cuestiones relativas a la ley aplicable en las relaciones transfronterizas que afectan a la capacidad jurídica

La regulación de las figuras de protección de la persona dentro del Derecho internacional privado español se encuentran dispersas en diferentes fuentes normativas.

En este sentido la protección de los menores, en cuanto que tienen limitada su capacidad, se encuentra regulada en el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores[33], quedando fuera de la órbita de protección que se les ofrece al cumplir los 18 años, momento en el cual quedan bajo la normativa que se ocupa de la protección de mayores. En estos casos y teniendo en cuenta que aún no ha entrado en vigor el Convenio de Adultos, es de aplicación para los mayores el Código civil español en el cual la Ley 8/2021 sólo ha modificado los arts. 9.6 y 10.8º del citado texto legislativo, si bien está limitada reforma deja numerosas interrogantes abiertas en relación a la ley aplicable en supuestos transfronterizos de discapacidad[34].

A) Respecto a la calificación

Uno de los problemas que presenta la Ley 8/2021 se refiere a la calificación tanto del término "incapaz" como "incapacitado", cuyo contenido jurídico varía en los diferentes ordenamientos jurídicos

[32] *Vid.* C.F. Fábregas, "Breves notas…" *loc. cit.*, pp. 319.

[33] 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. www.hcch.net.

[34] La nueva regulación afectará a los aspectos contractuales y extracontractuales en los que intervengan personas con discapacidad.

relacionados con la situación transfronteriza[35], del mismo modo que sucede con la extensión de las medidas de apoyo a las que se refieren los artículos introducidos por la Ley 8/2021[36]. En este sentido puede haber conflicto en cuanto a la existencia de medidas desconocidas por el ordenamiento español que no se ajusten a los principios establecidos en la ley. Sería el caso por ejemplo de la figura de la asistencia, presente en los ordenamientos alemán[37] y canadiense así como en el art. 226–1 CCCat[38]. La incorporación de la asistencia dentro del sistema de medidas de apoyo español resolvería el vacío legal existente en la Ley 8/2021 por el cual las medidas de apoyo que la persona con discapacidad puede pactar, solo las podrá tomar en "previsión a una futura necesidad de apoyo" (art. 257), es decir, cuando aún tenga plenas facultades para adelantar la eventualidad de un posible apoyo. La Ley 8/2021 deja por tanto desprotegidas a aquellas personas que estén en situación de vulnerabilidad por estar sufriendo un deterioro de sus facultades físicas o psíquicas, que no resulten incapacitantes, y que le lleven a solicitar judicialmente un asistente ocasional. Para estos casos, la asistencia es una medida de apoyo acorde con la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, siendo ella misma la que a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, podrá proponer la designación de un asistente cuyas funciones quedarán especificadas en la resolución judicial[39].

B) Respecto a los puntos de conexión

Tal como ha quedado redactada la actual versión del Código civil, la regulación respecto de las personas adultas se encuentra contenida en el

[35] M.P. Diago Diago, "La nueva regulación…", *loc. cit.*, pp. 6. Esta autora ve puntos de distorsión en este articulado. En primer lugar, al referirse en el supuesto de hecho a "personas mayores de edad", así como a la formulación de "medidas de apoyo para personas con discapacidad" considerando que esta formulación ha supuesto un retroceso en relación a las últimas reformas legislativas. En segundo lugar, al introducir el término discapacidad, excluye a personas mayores no incapacitadas pero que necesitan algún tipo de asistencia.

[36] Por ejemplo, el carácter representativo o asistencial que en la práctica el aplicador del derecho le dé a la curatela.

[37] C. Riveros Ferrada, "La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán", *La Ley: Derecho de familia*, nº 31, julio–septiembre de 2021.

[38] *Vid.* en este sentido M.P. Diago Diago, "Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado", *geriatrianet.com*, vol. 3, nº 1, 2001. *Vid.* también para conocer el derecho comparado G. García Cantero, "¿Persons with disability v. Personas incapacitadas…o viceversa?. Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006 en el ordenamiento español", *Revista de Derecho Civil,* vol. 1, nº 4, 2014, pp. 81–86

[39] *Vid.* en este sentido J. Ruf i Aixàs y J. Tresserras Basela, "Nuevas medidas de protección legal de personas con discapacidad: la asistencia, *Revista Española de Discapacidad",* vol.3, nº 1, 2015, pp. 193–209; R. Follia, "La defensa de la dignidad de la persona en el libro II del Código Civil de Cataluña. Medios para su protección", *La Notaría,* vol. 2, 2012, pp. 36–43.

Código civil existiendo una dicotomía, ya que los aspectos relativos a la capacidad y al estado civil se determinan en el art. 9.1º Cc según la ley de la nacionalidad de la persona. Sin embargo, tras la reforma llevada a cabo en la ley 26/2015[40] las medidas de protección contenidas en el art. 9.6º Cc. respecto a la protección de las personas mayores de edad ha quedado determinada por la ley de su residencia habitual. Esta dualidad genera un problema jurídico para aquellos casos en los que la ley de la nacionalidad de la persona pueda considerar que el tipo de discapacidad requiera una medida de protección, mientras que la ley de la residencia habitual no considere necesaria dicha intervención siguiendo el modelo social que establece el Convenio de Discapacidad[41].

Habría por tanto, una exigencia por parte del Estado del que es nacional la persona con discapacidad de aplicar dichas medidas desplazando las que establece la ley de la residencia habitual. Esta situación daría lugar a un enfrentamiento entre dos ordenamientos con los que la persona tendría una vinculación estrecha. Sería, por ejemplo, el caso de un ciudadano canadiense con residencia habitual en España cuya ley nacional considerase necesaria una medida de incapacitación, mientras que la ley española, aplicable por ser la ley de su residencia habitual, no pudiera llevarla a cabo ya que la Ley 8/2021 se aleja de este tipo de solución por considerarla asistencialista[42].

Otra distorsión a tener en cuenta en relación a las medidas aplicables se encuentra en el ámbito de aplicación del Convenio de Adultos, del que tal como se ha indicado, en un futuro próximo España será parte. Así en concreto, su art. 3 a) se refiere a que la ley considerada aplicable servirá para" la determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección". Queda por tanto de nuevo en entredicho el objeto de la Convención de Discapacidad, ya que dicho convenio exige eliminar las medidas proteccionistas a las que se refiere el Convenio de Adultos.

Por otro lado, el legislador español se ha limitado a establecer la aplicación de la ley de la residencia habitual dejando de lado otras leyes relacionadas con la persona como son las de la nacionalidad, la de la anterior residencia habitual, aquella en la que se encuentren los bienes o con los que

[40] Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29.7.2015).Dicho cambio en la norma conflictual fue en su momento muy bien recibido por la doctrina. *Vid.* en este sentido M. Alvarez Torné, " Current issues in the protection of adults from the perspective of private international law", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 32, 2016, pp. 1–18; A. Muñoz Fernández," Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de incapaces", *Persona y Derecho,* nº 72, 2015, pp. 1–14.

[41] *Vid.*, en este sentido, P. Diago Diago, "La nueva regulación…", *loc. cit.*, pp. 6 ss.

[42] *Vid.* Ley 8/2021 que elimina la figura de la incapacitación.

la persona tenga vínculos estrechos (art. 15 del Convenio de adultos)[43]. No obstante, esta laguna legislativa será cubierta cuando España firme el citado Convenio, ya que dado su efecto *erga omnes* el art. 96º Cc será desplazado por la regulación establecida por este instrumento internacional.

La otra norma modificada por la Ley 8/2021 ha sido el art. 10.8º Cc que regula la denominada "excepción de interés nacional", en la cual el legislador español se ha limitado a sustituir los términos prohibidos por el Convenio de Discapacidad ("incapaz" e "incapacidad") perdiendo así una oportunidad de oro para alinearlo con el art. 13 del Reglamento Roma I [44], cuyo carácter de norma *erga omnes* le concede una posición predominante frente al residual art. 10.8º Cc[45]. En definitiva, la redacción incorporada por la Ley 8/2021 no se aleja de la actual, manteniendo en forma de norma autolimitada la posibilidad de que un extranjero pueda contratar en España siempre que no exista en el ordenamiento español algún tipo de limitación relacionada con su capacidad que sea objeto de una medida de apoyo. En el caso de que se dé esta limitación habrá que estar a la nueva normativa sobre capacidad jurídica incorporada al respecto en el Código civil por la Ley 8/2021.

3. El reconocimiento y ejecución de decisiones emitidas por autoridades judiciales y administrativas en materia de discapacidad

Otra cuestión propia del Derecho internacional privado que tampoco ha sido modificada por la Ley 8/2021, se refiere a las decisiones respecto a personas con discapacidad dictadas por una autoridad competente para su reconocimiento y ejecución en otro Estado. En este caso son varios los aspectos que deben ser analizados.

A) Decisiones emitidas por autoridad judicial extranjera para su reconocimiento en España

En primer lugar, hay que determinar el carácter de la decisión adoptada, ya que, tal como se ha indicado, el sistema general es el de la jurisdicción

[43] *Vid.* para la determinación de la ley aplicable los arts. 13 a 21 del Convenio de protección de adultos.

[44] 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).

[45] *Vid.* M.P. Diago Diago, "La nueva regulación…", *loc. cit.*, pp. 7–8 donde la autora entiende que las autoridades administrativas deberán actuar, una vez entre en vigor el Convenio de Adultos en aplicación de su art. 17, respetando la buena fe registral. Para ello los notarios deberían incorporar una cláusula en las escrituras en la que las partes declarasen ser capaces para celebrar contratos en base a los arts. 13 del Reglamento Roma I, art. 10.8º Cc y del art. 168 RN.

voluntaria, quedando los procedimientos contenciosos solo para los casos en los que las partes legitimadas se opongan por entender que no se respeta la voluntad de la persona con discapacidad. Por tanto, la mayor parte de las resoluciones que se reconocerán en España establecerán medidas de apoyo para la persona con discapacidad, sin existir un litigio entre las partes. En estos casos el reconocimiento tiene un efecto registral (art. 11) regulado en la Ley de Jurisdicción Voluntaria[46] que asimila el procedimiento al del exequatur contenido en los procedimientos contenciosos (art. 12).

Respecto a estos últimos, la LCJIMC[47] establece un sistema de reconocimiento y ejecución en el que, una vez comprobados una serie de requisitos que debe cumplir la resolución judicial extranjera (art. 46), es aceptada para su ejecución dentro del territorio español, bien sea para su inscripción en el Registro Civil español, como para ejecutar bienes o medidas personales establecidas en la sentencia extranjera.

No cabe el reconocimiento automático que establecen los Reglamentos comunitarios, sin embargo, una vez entre en vigor el Convenio de Adultos, en base a los arts. 22 a 27 de dicho texto, las sentencias dictadas entre Estados contratantes gozarán de un sistema de reconocimiento de pleno derecho (art. 22 del Convenio de Adultos). Ahora bien, la pregunta surge ante la nueva regulación que propone la Ley 8/2021 al considerar la eliminación de las medidas de incapacitación de las personas con discapacidad planteándose dos cuestiones a resolver:

Habrá que esperar para saber si la autoridad judicial española considerará las medidas que incapaciten en otros ordenamientos como contrarias al orden público español y por tanto se eliminará la posibilidad de ser reconocidas en España[48].

Respecto al carácter de cosa juzgada que ha de tener la sentencia para su inscripción o anotación en el Registro Civil en el caso de que dicha resolución tenga efectos frente a terceros[49], también debe ser objeto de

[46] Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria (BOE 3.7.2015). *Vid.* A. Fernández de Buján (dir.) y A. Serrano de Nicolás (coord.), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016.

F.J., Vieira Morante, "Jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad", *Derecho privado y Constitución,* 2016, pp.371–385.

[47] Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (BOE 31.7.2015). *Vid.* F. Méndez González; G. Palao Moreno (dir,), *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017

[48] *Vid.* en este sentido la SAP Barcelona de 2 de noviembre de 2016 en la que se rechaza por orden público la aplicación del nombramiento de tutor en base a la ley marroquí por ser la ley nacional (antiguo art. 9.6º Cc) que designa primero al padre y luego a la madre en contra del principio de igualdad. SAP B 14068/2016 – ECLI:ES:APB:2016:14068

[49] Nuevo art. 222.3º LEC.

interpretación, al encontrase dentro de un proceso especial. En este sentido, las modificaciones y revisiones en las medidas de apoyo que el legislador le ofrece a la persona con discapacidad, que están presente a lo largo de la Ley 8/2021, deberán de ser tomadas en cuenta por la autoridad española, pudiendo ser objeto de inscripción los cambios que se vayan en función de la discapacidad de la persona.

B) Decisiones emitidas por autoridad administrativa extranjera para su reconocimiento en España

Cabe plantearse la cuestión de las resoluciones que pudieran ser emitidas por autoridades administrativas extranjeras autorizadas por su ley para llevar a cabo actuaciones en materia de capacidad. En este caso los arts. 56 y 57 LCJIMC aceptan su ejecutabilidad en España siempre que lo sean en su país de origen y no resulten contrarios al orden público, aplicando la teoría de la equivalencia en relación al contenido del documento sujeto a ejecución. Esto supone que notarios y funcionarios públicos españoles, cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, podrán adecuar al ordenamiento español las instituciones jurídicas desconocidas en España, sustituyéndolas por otra u otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares[50].

Otra cuestión que se plantea en relación al reconocimiento de documentos extranjeros está relacionada con la inscripción de éstos en los registros españoles. A ello se refiere el art. 60 LCJIMC de modo general y los arts. 97 LRC y 98 RRC en relación a los requisitos necesarios para que un documento extranjero extrajudicial tenga efectos registrales en España, así como el acceso al Registro Civil de certificaciones de asientos extendidos en registros extranjeros. En ese sentido la Ley 8/2021 no ha modificado las condiciones para su inscripción adaptando solamente la terminología al nuevo modelo social refiriéndose en este sentido en su art. 77 a la inscripción de medidas de apoyo voluntario (autocuratela y poderes preventivos).

En este sentido las autoridades administrativas españolas deberán tener en cuenta la exigencia que ha establecido la Ley 8/2021 en el art. 260 Cc respecto al otorgamiento de los poderes preventivos en escritura pública. Esta exigencia obligará a protocolizar los poderes emitidos por autoridades extranjeras para poder ser inscritos en los Registros españoles.

[50] En este sentido de nuevo se puede plantear la cuestión relativa al orden público en el caso de que se trate de instituciones que no se adapten al nuevo modelo social incorporado en la Ley 8/2021 atentando contra el principio de igualdad defendido por este cuerpo normativo.

C) Eficacia extraterritorial de decisiones dictadas por autoridades españolas en el extranjero

Del mismo modo que pueden ser reconocidas en España las decisiones emitidas por autoridades extranjeras, se plantea la eficacia extraterritorial de las sentencias españolas en otros Estados dada la posibilidad de que la persona con discapacidad cambie su residencia. En estos casos se deberán cumplir los requisitos establecidos por los diferentes sistemas jurídicos, siendo difícil que el juez español pueda controlar las medidas establecidas en torno a la persona objeto de protección respecto a los bienes o el cuidado de su persona en el Estado donde la persona instale su nueva residencia habitual. De ahí la necesidad de crear mecanismos de control a través del sistema de cooperación de autoridades que aseguren la protección de la persona que haya sido objeto de un desplazamiento transfronterizo.

Por el momento la base jurídica para estas actuaciones se encuentra en el art. 12 LCJIMC en el que se establece el envío de oficio bien por las autoridades competentes o por la autoridad central española a las autoridades competentes del Estado donde deban cumplirse dichas medidas[51]. El sistema de envío puede ser la vía diplomática o consular, o bien a través de la autoridad central de dicho Estado. Podrán asimismo remitirse directamente por las autoridades españolas a las autoridades competentes del Estado requerido, de acuerdo con lo previsto en el art. 9, si ello estuviere previsto en su legislación, incluyéndose en este caso también la vía notarial. Todo ello estará sujeto a la aceptación de las medidas por parte del Estado donde deban ser registradas o ejecutadas las medidas de apoyo[52], y la tramitación deberá garantizar la seguridad y confidencialidad de los documentos auténticos y legibles.

IV. CONCLUSIONES

El compromiso legislativo español no deja de ser importante, ya que supone abandonar el modelo rehabilitador o asistencial que estableció en su día el legislador español a favor de un modelo basado en la igualdad de trato de las personas con discapacidad. Sin embargo, desde mi punto de

[51] Para notificación de documentos judiciales *vid.* también art. 21 LCJI.

[52] Este caso se planteó en la SAP Barcelona 18ª 18 de febrero de 2014. En este caso al demandado colombiano había que aplicarle la ley de su nacionalidad según la cual no se debía limitar su capacidad. Para ello el Tribunal le nombró un asistente tomando como base el art. 2261º Código de familia catalán. Sin embargo, esta figura no fue aceptada en Colombia por no existir la figura de la asistencia en el derecho colombiano. SAP B 3465/2014 – ECLI:ES:APB:2014:3465.

vista esta reforma se ha realizado de forma parcial. A modo de ejemplo cabe destacar que no se han diferenciado las capacidades diversas, siendo muy diferentes las necesidades de las personas con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales. Esta diferenciación podría actuar como criterio delimitador para detectar las necesidades y las preferencias de las personas con discapacidad facilitando la labor de las autoridades judiciales y administrativas.

En este sentido habría que preguntarse si el sistema judicial español está preparado para asumir el "traje a medida"[53] que la Convención de Discapacidad espera para cada persona. Tampoco es fácil saber cómo se deberá proceder para constituir una curatela en los casos en los que no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, lo que trasladado a la realidad puede provocar una mala praxis por la falta de procedimientos personalizados.

Otra incógnita es saber si el hecho de que la intervención judicial sea el único modo de determinar las medidas de protección de la persona con discapacidad, dará lugar en muchas ocasiones a retrasos y aplazamientos en las resoluciones, provocando la consiguiente desprotección de los intereses personales o económicos de personas que tienen limitadas sus capacidades.

Por otro lado, esta reforma adolece en su regulación de soluciones que se adapten en su totalidad al principio de igualdad y de autonomía presentes en las normas internacionales. En este sentido, figuras adaptables según las circunstancias, sentencias a medida, presencia de autoridades administrativas con la incorporación de flexibilidad dentro de los procedimientos, la especialización dentro del sector y la incorporación de figuras de protección novedosas, son algunas de las soluciones que propone la nueva regulación pero que a mi modo de ver van a ser difícil de llevar a la práctica al menos en los próximos años dado el importante cambio que supone para el modo de concebirse la discapacidad en el modelo español.

En cuanto a los efectos que presenta la internacionalización, el legislador no parece haber tenido en cuenta la presencia cada vez mayor de extranjeros que tienen su residencia habitual en España. Esto supondrá en su momento un aumento de la litigiosidad ante los tribunales españoles, por ser el de la residencia habitual, así como de la aplicación de la ley española

[53] El TS ha calificado de "traje a medida" el soporte personalizado y adaptado a las necesidades concretas de protección de las personas con discapacidad en las STS 20 de abril de 2009; 341/2014 de 1 de julio; 552/2017 y 11 de octubre de 2017; 124/2018 de 7 de marzo; 118/2018, de 6 de marzo; 458/2018 de 18 de julio. La denominación "traje a medida" es una definición poco rigurosa que debería ser sustituida por "medidas personalizadas y revisadas periódicamente".

a los casos de personas mayores de edad extranjeras que residan dentro de nuestras fronteras. Esta situación debería haber sido resuelta con una mayor presencia de autoridades administrativas tanto en la fase de resolución, a través de la incorporación de los notarios en el establecimiento de medidas de apoyo, como en la fase de detección y control por parte de entidades acreditadas que permitieran aligerar el trabajo que en estos momentos recae sobre los tribunales.

Por otro lado, se debe evitar una discriminación a la inversa por la cual se pueda proteger a una persona mayor extranjera con discapacidad aplicando una medida de apoyo determinada por el Estado de su nacionalidad frente a la inaplicación de la misma medida a un nacional español con residencia habitual dentro de su territorio.

Es por ello que el legislador debería haber aprovechado la reforma para incorporar figuras jurídicas ya existentes en el Convenio de Adultos, como la denominada asistencia. Esta figura permite proteger a la persona sin incapacitarla, ofreciéndole una medida de aseguramiento para preservar sus intereses en los casos en los que se considere que necesita dicha medida de apoyo.

Solo cabe esperar para ver cómo se resolverán en el futuro todos los interrogantes planteados ante la entrada en vigor de la Ley 8/2021 así como la futura regulación que afecte a las personas vulnerables en situaciones transfronterizas. Lo que es seguro es que bien el Convenio de Adultos, u otros instrumentos en el ámbito del derecho de la Unión Europea, servirán para alinear el ordenamiento español a las tendencias marcadas por el Derecho internacional.

BIBLIOGRAFÍA

Adroher Biosca, S.: "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXXI, nº 1, 2019, pp. 163–185.

Adroher Biosca, S.,: "La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el derecho internacional privado", en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (P.A. Munar Bernat), Madrid, Marcial Pons, 2021, pp.157–173.

Alvarez Torné, M.: "Current issues in the protection of adults from the perspective of private international law", *Revista Electrónica de estudios Internacionales*, nº 32, 2016, pp. 1–18.

Anderson, J. & Ruck K. A.: "The 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults: five years" *International Family Law*, 2014.

Barreto Souza, R.: "Capacidad Jurídica: un Nuevo Paradigma desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidad", *American University International Law Review*, vol. 3, n°2, Washington, 2015

Cuenca Gómez, P.: "De objeto a sujetos de Derechos. Reflexiones filosóficas sobre el artº 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (P.A. Munar Bernat), Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 47–76.

De las Heras, M. A.: "Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU", 2016 [<http//envejecimiento.esic.es/docuemtnos/heras–discapacidad–01.pdf>].

De Salas Murillo, S., "Significado jurídico del "apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica" de las personas con discapacidad; presente tras diez años de convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil–Mercantil*, 5, mayo, 2018, pp. 1–27.

Dhanda, A.: "Legal capacity in the disability rights Convention: Stramglehold of the past or lodestar for the future?*"*, *Syracuse J. Int'l L. & Com*. vol. 24, 2006–2007, pp. 429 ss.

Diago Diago, M. P.: "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", *Diario La Ley*, nº 9779, Sección Doctrina, 27 de enero de 2021, pp. 1–22.

Diago Diago, M.P.: "Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado", *geriatrianet.com*, vol. 3, nº 1 2001.

Fábrega Ruiz, C.F.: "Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de Ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad", en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*(P.A. Munar Bernat), Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 322.

Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás A. (coord.): *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016.

Follia, R.: "La defensa de la dignidad de la persona en el libro II del Código Civil de Cataluña. Medios para su protección", *La Notaría*, vol. 2, 2012, pp. 36–43.

García Cantero, G.: "¿Persons with disability v. Personas incapacitadas…o viceversa? Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006 en el ordenamiento español", *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, nº 4,2014, pp. 81–86

García Pons, A.: "El art. 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, y su impacto en el Derecho Civil de los Estados Signatarios: el caso de España", *Anuario de Derecho Civil*, enero–marzo, 2013, pp. 59–148.

García Rubio, M.P.: "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, nº 5, nº3, 2018, pp. 29–60.

Karjalainen, K.:"Fragility of Cross–Border Adult Protection : The Difficult Interplay of Private International Law With Substantive Law", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 20, 2018/2019, 2018, pp. 439–465.

Kayess, R, French, P.: "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Human Rights L. Rev.*, vol. 8, nº 1, 2008, pp. 1–34.

Linacero de la Fuente, M.: "El repte de la reforma de la legislación civil en materia de discpacitat", *La Notaría*, nº 1–2, 2020, pp. 78–97.

Lortie, P.: "Towards the Global Implementation of the 2000 Hague Convention on the International Protection of Adults", *ELI Newsletter*, 2019, pp. 34–79.

Martinez Pujalte, A.L.: "Legal Capacity and supported Decision–Making lessons from som recent legal reforms", *Laws*, nº 8, 2019, pp. 1–21.

Mégret, F.: "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, nº 2, 2008, pp. 494–516.

Méndez González, F. y Palao Moreno, G.: *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Muñoz Fernández, A.: "Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de incapaces", *Persona y Derecho*, nº 72, 2015, pp. 1–14.

Muñoz Fernández, A.: "Notas sobre el informe del instituto de derecho europeo acerca de la protección de adultos en situaciones internaciones", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020. pp. 1099–1105.

Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.

Pastor Palomar, N.: "Reservas a la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 37, junio 2019.

Pau, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3 julio–septiembre 2018, pp. 5–8.

Petit Sánchez, S.: "La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés", *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, nº 5, octubre–diciembre, 2020. Pp. 265–313.

Riveros Ferrada, C.: "La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán", *La ley Derecho de familia*, nº 31, julio–septiembre de 2021.

Ruf i Aixàs, J. y Tresserras Basela, J.: "Nuevas medidas de protección legal de personas con discapacidad: la asistencia, *Revista Española de Discapacidad,* vol. 3, nº 1, 2015, pp. 193–209.

Torres Costas, M.E.: *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, BOE, Colección de Derecho Privado, 2020.

Vaquero López, C.: "Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y menores", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 395–414.

Vieira Morante, F.J.: "Jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad", *Derecho privado y Constitución*, 2016, pp.3 71–385.

Recibido: 29 julio 2021
Aceptado: 30 septiembre 2021

El tratamiento del derecho del menor a relacionarse con sus abuelos en contextos de violencia familiar o doméstica en el ámbito europeo

Nuria MARCHAL ESCALONA[1]

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco jurídico del derecho del menor a relacionarse con sus abuelos. 1. Derecho internacional. 2. Derecho europeo. 3. Derecho estatal. III. El menor como categoría autónoma de víctima de violencia familiar o doméstica y su proyección en el derecho del menor a relacionarse con sus abuelos. IV. El reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales dictadas sobre el derecho del menor a relacionarse con sus abuelos en contextos de violencia de familiar o doméstica. 1. Introducción. 2. La incidencia de la violencia familiar o doméstica en la normativa europea. V. Conclusiones.

RESUMEN: Todo menor tiene derecho a mantener, de forma periódica, relaciones personales y contactos directos con sus abuelos y abuelas, aunque estos vivan en un país distinto al de su residencia habitual, a menos que ello resulte contrario a su interés. No obstante, el ejercicio de este derecho puede peligrar en los supuestos transfronterizos y, en particular, en los casos en los que el menor ha vivido episodios de violencia intrafamiliar. Es estos contextos es necesario contar con un marco jurídico adecuado que atienda a la situación de las familias, de los abuelos y las abuelas, pero, sobre todo, al "interés superior del menor". Nos proponemos así analizar en qué medida la normativa de Derecho internacional privado y, en particular, la normativa institucional que regula el reconocimiento y la ejecución de las decisiones dictadas en el ámbito europeo aplican el *gender mainstreamin*g.

PALABRAS CLAVE: derecho del menor a relacionarse con sus abuelos– violencia de género – reconocimiento y ejecución de decisiones – ue.

The right of the child to have relations with grandparents in international contexts of gender violence

[1] Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Granada (ORCID:0000–0002–0353–664X). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i "Retos de la regulación jurídico–patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal (REJURPAT)" PID2019–106496RB–I00.

ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/ aedipr.21.05

ABSTRACT: Every child has the right to maintain, on a regular basis, personal relations and direct contact with his or her grandparents, even if they live in a country other than the country of the child's habitual residence, unless it is contrary to the child's best interests. However, the exercise of this right may be jeopardised in cross–border cases, and in particular in cases where the child has experienced domestic violence. There is a need for an appropriate legal framework that takes into account the situation of families, grandparents and grandmothers, but above all the "best interests of the child" in contexts of gender–based violence. We therefore propose to analyse the extent to which the rules of private international law and, in particular, the institutional rules governing the recognition and enforcement of decisions handed down at European level apply gender mainstreaming.

KEYWORDs: THE RIGHT OF THE CHILD TO HAVE A RELATIONSHIP WITH THE GRANDPARENTS – GENDER–BASED VIOLENCE– RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF DECISIONS– EU.

I. INTRODUCCIÓN

Es innegable el creciente protagonismo que los abuelos y las abuelas han adquirido en los últimos tiempos en la familia contemporánea. Tienen un papel insustituible e imprescindible de cohesión y transmisión de valores de vital importancia para el desarrollo personal de los menores, en especial en los casos de ruptura matrimonial o de pareja, en donde estos pueden dotar al menor de referentes necesarios y seguros. Es preciso que todo menor mantenga, de forma periódica, relaciones personales y contactos directos con sus abuelos, aunque estos vivan en países distintos, salvo que ello resulte contrario al interés superior del mismo. Se trata de un derecho de todo menor que está íntimamente relacionado con su derecho a la vida familiar y con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a su formación como persona y a su equilibrio psíquico y afectivo. No obstante, no siempre ha existido esta visión puerocéntrica de este derecho. *A priori*, este fue diseñado y percibido como un derecho de los abuelos y abuelas. Su origen histórico[2] y el hecho de que sean estos los que, en su caso, solicitan el ejercicio del mismo explican de algún modo que dicha visión fuera adoptada hace relativamente poco tiempo. A ello hay que unir que la terminología utilizada para referirse a este derecho dista de ser unánime y uniforme[3], aunque, con carácter general, suele identificarse con el término "derecho de visita". Una expresión que, a nuestro juicio, es equívoco e impreciso, puesto que solo se refiere a una parte del contenido del derecho al que hace referencia, y que es mucho más amplio por

[2] Su germen se encuentra en la sentencia dictada por la Cour de Cassation francesa el 8 de julio de 1857 en la que se reconocía este derecho (T. Méndez López, *Las relaciones personales nietos y abuelos*, Tesis doctoral, Universidad de Palma de Mallorca, 2014, p. 16. Disponible en [<https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/287518/ttml1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

[3] T. Méndez López, *Las relaciones personales…, op.cit*., p. 66.

cuanto abarca un mayor haz de facultades (visitas, contacto telefónico, etc.)[4]. A nuestro juicio, el término más adecuado –y el que vamos a utilizar en el presente trabajo– para referirnos al mismo es "el derecho del menor a relacionarse con sus abuelos", en sintonía con el cambio de perspectiva al que estamos asistiendo en los últimos tiempos[5].

Se trata de un derecho cuyo efectivo ejercicio peligra con la ruptura del matrimonio o de la pareja, sobre todo, en los supuestos heterogéneos y, particularmente, en aquellos en los que el menor ha sufrido episodios de violencia familiar o doméstica[6]. En estas situaciones, los abuelos son a menudo "criminalizados" por las actuaciones llevadas a cabo por su descendencia en el entorno familiar. Ven como se les niega el derecho a ver y a relacionarse con sus nietos en un momento donde estos necesitan de un referente cercano que les transmita la seguridad emocional que necesitan. No obstante, también es cierto que este derecho no es absoluto. Su ejercicio debe ser denegado, limitado e, incluso, suspendido, en caso de peligrar la integridad física y/o psíquica del menor. Debe impedirse que el ejercicio de este derecho sea una vía para burlar el cumplimiento de las medidas preventivas que hayan podido ser dictadas contra el progenitor maltratador (*v.gr*., medidas de alejamiento o la prohibición de comunicarse con los hijos). Ha de evitarse el abuso y uso fraudulento del mismo.

Con el presente estudio se pretende determinar hasta qué punto los principales instrumentos de Derecho de Familia y menores europeos proporcionan soluciones garantistas y protectoras de este derecho del menor en los supuestos de violencia intrafamiliar en contextos trasfronterizos, teniendo en cuenta los diferentes intereses que concurren en este ámbito: el interés superior del menor, por una parte, frente a la necesidad de conservar y proteger las relaciones entre abuelos y nietos, por otra. En concreto, nos proponemos averiguar si y en qué medida las normas de Derecho internacional privado (en adelante DIPr) que regulan el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales europeas dictadas

[4] J. García Ibáñez, "El derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio – jurídica", *REDUR*, 2012, pp. 105–122; A.M. Codas Escadón, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2005, p. 39.

[5] Así, lo advertía ya en su día la profesora M. Moya Escudero (*cf. Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998).

[6] En el presente trabajo utilizaremos de forma indistinta los términos violencia de género, violencia intrafamiliar o violencia doméstica. Pese a conocer las diferencias de cada categoría jurídica, hemos preferido utilizar un concepto amplio, puesto que en la normativa internacional no siempre se encuentra una correspondencia con nuestros conceptos (P. Reyes Cano, *Menores y violencia de género. Nuevos paradigmas*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2018, pp. 51–65. Disponible en: [<https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/54414/87798.pdf?sequence=4&isAllowed=y>]).

en este ámbito aplican el *gender mainstreaming*[7]. Pero antes será necesario saber si este derecho tiene un reconocimiento legal y cómo se configura tanto en el ámbito internacional –en los diferentes Convenios en los que los Estados de la Unión Europea (en adelante UE) son parte–, como en los respectivos ordenamientos jurídicos, lo que nos permitirá concretar qué Estados miembros pueden dictar una sentencia en este ámbito y hasta qué punto se protege al menor y se garantiza el efectivo ejercicio del derecho.

II. Marco jurídico del derecho del menor a relacionarse con sus abuelos

1. Derecho internacional

La Convención sobre los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (en adelante CNUDN[8]) no contempla expresamente este derecho. No obstante, se considera que se refiere a él cuando trata a la "familia" y a las "relaciones familiares"[9]. Tampoco lo hace la normativa de DIPr. Ni el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante CLH 1980)[10], ni 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[11] –en adelante CLH 1996–, cuya aplicación ha sido desplazada entre los Estados miembros por la normativa institucional. Sí regulan y contemplan, por el contrario, el "derecho de visita", al que definen como "el derecho de trasladar a un menor durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual" [art. 3 b) del CLH 1996 y art. 5 b) del CLH 1980]. La cuestión está en saber si este concepto

[7] En España, el principio del *gender mainstreaming*, como clave para conformar un nuevo Derecho, se implantó en el art. 15 LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23.32007). *Vid*. R. Espinosa Calabuig, "La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado", *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, nº 3, 2019, pp. 36–57; C. Ruiz Sutil, "La movilidad intra–europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea", *La Ley. Unión Europea*, nº 83, 2020, p. 8; A. Fernández Pérez, "La inclusión de la perspectiva de género en el Derecho internacional privado", *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica,* M.T. Martín López, J. M. Velasco Retamosa (coords.), Civitas, 2014, pp. 265–381.

[8] BOE 31.12.1990.

[9] T. Méndez López, *Las relaciones personales*…, *op.cit.,* p. 66.

[10] BOE 24.8.1987.

[11] BOE 2.12.2010.

comprende también al derecho del menor a relacionarse con sus abuelos. Un análisis literal y sistemático de tales normas permite concluir que estas se ocupan de regular el "derecho de visita" que ostentan los progenitores como corolario del derecho de custodia. No obstante, no hay evidencia alguna ni de las definiciones examinadas, ni de su contexto que impidan su aplicación a este derecho. Cabe pensar que el legislador utilizó voluntariamente un concepto amplio de "derecho de visita" con el fin de englobar una pluralidad de supuestos, entre los que, a nuestro juicio, cabe incluir las relaciones personales entre nietos y abuelos[12], a excepción de lo dispuesto en el art. 35.2º del CLH 1996, donde se faculta al progenitor –ni al menor ni a los abuelos– que reside en un Estado contratante para solicitar a las autoridades competentes aquellas informaciones o pruebas que resulten de utilidad para pronunciarse el ejercicio del derecho de visita.

En el ámbito bilateral, cabe destacar que España ha suscrito una serie de convenios bilaterales de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia de derecho de visita en el ámbito europeo con Alemania[13], Austria[14], Francia[15], Italia[16], República Checa y Eslovaquia[17]. No hay razones de peso para pensar que tales instrumentos no resultan de aplicación al reconocimiento y ejecución de decisiones dictadas en este ámbito por los tribunales de los Estados parte en tales convenios. Cuestión distinta es que finalmente resulten de aplicación, puesto que han sido desplazados por la normativa institucional (*vid. infra).*

[12] De hecho, en el CLH 1996 se encuentran referencias al derecho de visita de los abuelos en los ejemplos 5B y 8A que se recogen en el *Manual práctico sobre el funcionamiento de la Convención de la Haya de 1996 sobre la protección de los menores*, 2014, pp. 64, 65 y 86. [<https://assets.hcch.net/docs/68be6d4e–f4b8–4a8e–b041–faaa17efb050.pdf>].

[13] Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, firmado en Bonn el 14 de noviembre de 1983 y acta de canje correspondiente, firmada en Madrid el 19 de enero de 1988 (BOE 16.2.1988).

[14] Convenio entre España y la República de Austria sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, hecho en Viena el 17 de febrero de 1984 (BOE 29.8.1985).

[15] Convenio entre España y el Gobierno de la República francesa sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil mercantil, firmado en París el 28 de mayo de 1969 (BOE 14.3.1970).

[16] Convenio entre Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, firmado en Madrid el 22 de mayo de 1973 (BOE 15.11.1977).

[17] Convenio entre España y la República Socialista de Checoslovaquia sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1987 (*BOE* nº 290, de 3 de diciembre de 1988).

2. Derecho europeo

A nivel europeo ni la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al referirse a los derechos del niño (art. 24.3º[18]), ni el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 –enmendado por los Protocolos adicionales (en adelante CEDH[19]–, contemplan expresamente el derecho del menor a relacionarse con sus abuelos[20]. Ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) quién ha vinculado en distintas decisiones [*v.gr*. SSTEDH nº 22457/08 de 15 de noviembre de 2011 (*M.P. y otros contra Bulgaria*[21]), nº 22430/93 de 9 de junio de 1998 (*Bronda contra Italia*[22]) y nº 53565/13 de 16 abril de 2015 (*Mitovi contra la Antigua República Yugoslava de Macedonia*[23])] este derecho con el "derecho a la vida en familia" al que el art. 8 del Convenio hace referencia. Según esta jurisprudencia, los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que la relación entre los menores y sus abuelos se desarrolle con normalidad. Los Estados deben adoptar todas aquellas medidas que sean adecuadas y necesarias para garantizar dicho derecho (STEDH nº 21052/18 dictada el 14 de enero de 2021, *Terna v. Italy*[24]*)*.

Tampoco existe una norma que armonice el Derecho material ni ningún instrumento que cohesione expresamente las normas de DIPr. Aunque el Reglamento (CE) nº 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000[25] (en adelante RB II bis), que ha desplazado en su aplicación al Convenio de la Conferencia de La Haya (art. 61) y a los convenios bilaterales (art. 59), puede afectar al ejercicio de este derecho en el ámbito transfronterizo. Es cierto que este instrumento no regula de forma expresa este derecho, pero sí contempla la responsabilidad parental dentro de su ámbito de aplicación. Un concepto amplio y autónomo (arts. 1.2º, 1.3º y 2.7º) que incluye, en particular, al derecho visita (art. 2.7º) al que define como: "el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado" (art. 2.10º RB II bis), y cuya

[18] DO C 83/389 de 30.3.2010.
[19] BOE 10.10.1979.
[20] DO L 396/320 de 26.10 2012.
[21] [<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001–168284>].
[22] [<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001–163861 >].
[23] [<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001–153812 >].
[24] [<https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:[%2221052/18%22], % 22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22 >].
[25] DO L 338 de 23.12.2003.

titularidad corresponde a "cualquier persona" (art. 2.8º RB II bis). En la medida en que el Reglamento no limita la titularidad de este derecho a persona concreta alguna, la cuestión está en saber si el RB II bis contempla el derecho del menor (o no) a relacionarse con sus abuelos. No hemos encontrado ninguna referencia en dicho instrumento normativo que nos lleve a considerar que tal derecho está excluido[26]. De hecho, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJ) sí está incluido, según manifestó en su Sentencia dictada el 31 de mayo de 2018 (As C–335/17: "*Christos Babanarakis*"[27]). La conclusión parece entonces evidente: menores y abuelos ostentan la titularidad del derecho y, por tanto, dicho Reglamento se aplica a tales relaciones. Este mismo enfoque es predicable del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, 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 (en adelante RB II ter[28]), que sustituirá –cuando entre en vigor– al RB II bis[29].

Especial mención merece el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia –en adelante CLux 1980–[30]. En su Preámbulo se refiere al derecho de visita como corolario del derecho de custodia, por lo que *a priori* parece excluir de la titularidad de tal derecho a los de los menores para relacionarse con sus abuelos. No obstante, no resulta descabellado pensar que dicha posibilidad es factible, puesto que el art. 11 *in fine* del mismo hace referencia a la facultad que tiene la Autoridad Central del Estado requerido de disponer que sus autoridades resuelvan sobre el derecho de visita a petición de la persona que invoque dicho derecho, sin especificar quién la ostenta. En nuestra opinión,

[26] S. Francq, "La responsabilité parentale en droit international privé. Entrée en vigueur du règlement Bruxelles II *bis* et du Code de droit international privé", *Rev. trim. dr. fam.*, nº 3, 2005, pp. 69–71.

[27] ECLI:EU:C:2018:359. Los hechos que dieron lugar a la presente decisión pueden resumirse en los siguientes: tras el divorcio en Grecia entre un nacional griego y su mujer se concedió la custodia del hijo común al padre y un derecho de visita a la madre. La abuela materna del niño, residente en Bulgaria, presentó una solicitud ante un órgano judicial búlgaro para que estableciera un régimen de visita entre ella y su nieto. Dicho tribunal remitió al TJUE una cuestión prejudicial, porque no tenía claro si podía aplicar o no en este caso el Reglamento europeo. Para un comentario de la misma, *vid.* S. Álvarez González y J. Ammerman Yebra, "El derecho del niño a ser visitado por sus abuelos y el Reglamento 2201/2003. (Comentario breve a la STJ de 31 de mayo de 2018**,** Christos Babanarakis)", *La Ley: Unión Europea*, nº 61, 2018, pp. 1–6.

[28] DO L 178 de 2.7.2019.

[29] El nuevo Reglamento será aplicable a partir del 1 de agosto de 2022 (art. 105).

[30] BOE 1.9.1984. Dicho texto resulta de aplicación en la actualidad a las resoluciones, tanto a las resoluciones dictadas en materia de custodia como de derecho de visita procedentes de Andorra, Dinamarca, Islandia, Liechtenstein, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Montenegro, Noruega, Moldavia, Serbia, Suiza, Turquía y Ucrania.

no hay razón de peso alguno para excluir al menor y a su derecho a relacionarse con los abuelos. Cuestión distinta es que resulte aplicable, dado que ha sido desplazado por la normativa institucional [art. 60 d) RB II bis].

El análisis de esta normativa evidencia la ausencia en el Derecho europeo de una regulación expresa que dote de un contenido jurídico efectivo a las relaciones entre los menores con sus abuelos. Por ello, ha de valorarse positivamente lo dispuesto en el Convenio del Consejo de Europa sobre las relaciones personales del menor, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003[31]. Este Convenio constituye la primera norma internacional en la que expresamente se reconoce el derecho de los menores a mantener relaciones personales no solo con sus padres, sino también con otras personas relacionadas con ellos por vínculos familiares, entre los que cabe incluir a los abuelos. Se trata de una norma en la que se establecen soluciones especialmente útiles y facilitadoras de las relaciones personales transfronterizas de los menores, ofreciendo medidas de protección y garantías necesarias para garantizar que las resoluciones relativas a las relaciones personales sean efectivamente aplicadas (art. 9), por lo que sería conveniente que España y los países de la Unión Europea sopesaran su ratificación.

3. Derecho estatal

El origen de este derecho fue, como ya hemos señalado, judicial y estaba orientado *a priori* a articular el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos.

Fue posteriormente, cuando fue positivizado en Derecho comparado como un derecho puerocéntrico, como así ha ocurrido en muchos Estados miembros de la Unión Europa (Francia[32], Luxemburgo[33], Bélgica[34], Alemania[35], Irlanda[36],

[31] [<https://www.coe.int/en/web/conventions/full–list/–/conventions/treaty/192>].

[32] Art. 371.4º del Código civil ([<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/ JORFTEXT 000000693433/2020–12–18/#:~:text=Sur%20l'enfant%20naturel%20n%C3% A9,les%20droits%20et%20les%20devoirs).>].

[33] Art. 374 del Código civil –modificado por la *Loi* du 27 junio de 2018– ([<http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2018/06/27/a589/jo) >].

[34] Art. 375 bis del Código civil –introducido por la *Loi relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale* de 14 de marzo de 1995 – ([<http://www.ejustice.just.fgov.be/ eli/loi/1995/04/13/1995009457/justel)>].

[35] § 148 del ABGB ([<https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/148)>].

[36] *Family Law Act* de 1997 ([<http://www.irishstatutebook.ie/eli/1995/ act/26/enacted/ en/htm>].) y en la *Act on The Children and Parents Code* [capítulo 6, art. 15 a) del Código de los Padres ([<https://www.government.se/4a767e/contentassets/ 1e0263a0318 e47b4b8515b535925941b/ family–law.pdf)>].

Portugal[37], Italia[38], Bulgaria[39], Rumania[40], Holanda[41]. Suecia[42], República Checa[43], Letonia[44], Lituania[45], Eslovenia[46] y Croacia[47]), salvo en Dinamarca[48], Chipre[49], y Polonia[50]. En Malta, aunque este derecho no está expresamente regulado, fue reconocido en la Sent. del Tribunal de Familia de 28 de enero de 2020 en base al "derecho a la vida en familia" *ex* art. 8 del CEDH[51]. En España, este derecho fue reconocido por vez primera en la STS 14 de octubre de 1935[52]. No obstante, fue en la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos cuando se consagró legalmente este derecho (art. 160)[53]. En el ámbito autonómico, este derecho se reconoce tanto en el Código Civil de Cataluña[54] como en el

[37] Art. 1887–A del Código civil ([<http://bdjur.almedina.net/item.php?field=node_id&value=366455>].)

[38] Art. 317 bis del Código civil –introducido por el art. 42. 1º del Decreto legislativo 28 de diciembre de 2013, n. 154. Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219 – (*G.U.* n. 5 del 8 gennaio 2014).

[39] Art. 128 del Código de familia ([<https://www.lex.bg/laws/ldoc/2135637484)>].

[40]Art. 17 Ley nº 272/2004 sobre la protección y promoción de los derechos del niño ([<https://www.equalrightstrust.org/sites/default/files/ertdocs//Lege%20nr%20272–2004.pdf)>].

[41] Art. 1–337 del Código civil ([<http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle001515.htm)].

[42] Capítulo 6, Sec. 2a de *Act on The Children and Parents Code* 1998 ([<https://www.icj.org/wp–content/uploads/1998/10/Sweden–Act–on–The–Children–and–Parents–Code–1998–eng.pdf)>].

[43] El § 927 del Código civil ([<https://www.kurzy.cz/zakony/89–2012–obcansky–zakonik/paragraf–927/)>].

[44] Art. 181 del Código civil ([<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lt/lt073en.pdf.)>].

[45] Art. 3.176 del Código civil ([<https://likumi.lv/ta/id/225418–civillikums)>].

[46]Art. 106 a) 1º de la *Law on Marriage and Family Relations* ([<https://www.icj.org/soginationallegislat/slovenia–marriage–and–family–relations–act–1977/).

[47] Art. 106 de la *Family Act*. ([<http://pak.hr/cke/propisi(,%20zakoni/en/ FamilyAct/EN.pdf)>].

[48] I. Lund Andersen, Ch. G. Jeppesen de Boer, "*National Report: Denmark*" ([<http://ceflonline.net/wp–content/uploads/Denmark–Parental–Responsibilities.pdf)>].

[49] *Le droit de visite des Enfants en Europe*. Document préparé par la Direction des Affaires Juridiques Strasbourg, le 6 septembre 1999 CJ–FA (99) ACCESS ([<https://rm.coe.int/16807004f8>].

[50] A. Mączyński, M.J. Mączyńska, *National Report: Poland, Human Right*s Centre of the Jagiellonian University, p. 15. Disponible en: [<http://ceflonline.net/wpcontent/ uploads/Poland–Parental–Responsibilities.pdf)>].

[51] [<https://www.maltatoday.com.mt/news/court_and_police/101044/italian_grandparents_make_malta_bid_for_right_to_see_their_niece#.YAqvQ–hKjIU].

[52] *RGLJ*, t. 220, vol. IV, julio–octubre, 1935, pp. 414–435.

[53] BOE 22.11. 2003.

[54] DOGC nº 5686, de 5 de agosto de 2010.

Derecho Foral Navarro y el en Código del Derecho Foral de Aragón[55], por lo que es factible que se produzcan posibles problemas de conflictos de leyes internos.

El análisis de Derecho comparado llevado a cabo evidencia que la mayor parte de los Estados miembros de la UE, salvo excepciones, reconocen expresamente el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos. Se trata de un derecho de impronta judicial. Su concesión y contenido corresponde determinarlo al juzgador, según las circunstancias del caso, conforme al *favor minoris*. Con todo, no hay que olvidar la obligación que tienen los Estados, según la STEDH 14 de enero de 2021, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos sea efectivo.

III. El menor como categoría autónoma de víctima de violencia familiar o doméstica y su proyección en el derecho del menor a relacionarse con sus abuelos

La identificación de los menores como categoría autónoma de víctimas de violencia doméstica revela la necesidad de su protección[56]. Como víctimas que son, deben ser protegidos. En esta dirección se orienta la normativa de Derechos humanos. La CNUDN, sus protocolos facultativos, así como la Observación General nº13, de 2011 sobre el derecho del niño y la niña a no ser objeto de ninguna forma de violencia[57] han expresado su preocupación por el impacto de las distintas formas de violencia sobre los menores, especialmente la de género, y cómo la exposición de los menores a estas situaciones puede repercutir en su desarrollo integral[58]. En Derecho español, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[59], que transformó el art. 1.2º de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, reconocía expresamente a los menores como

[55] BOA nº 67, de 29 de marzo de 2011.

[56] P. Reyes Cano, "Menores y violencia de género de invisibles a visibles", *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, vol. 49, 2015, pp. 181–217; L. Sales Pallarés, Ch. Marullo, "Una trilogía inacabada: menores, violencia de género y secuestro internacional", *AEDIPr*, t. XIX–XX, 2019–2020, p. 172.

[57] [<https://www.refworld.org.es/publisher,CRC,GENERAL,,4e6da4d32,0.html>].

[58] C. Ruiz Sutil, "El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista", *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, M.C. García Garnica, N. Marchal Escalona (dirs.), G. Moreno Cordero, A. Quesada Páez, (coords.), Cizur Menor (Navarra), Thomsom Reuters/Aranzadi, 2019, pp. 581–605, en esp. pp. 600–601.

[59] BOE 23.7. 2015.

víctimas de violencia de género[60]. En esta misma dirección se orientaba el art. 11.2º ap. i) de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[61] y la más reciente L.O. 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia[62]. La Unión Europea tampoco ha permanecido impasible a esta necesidad y, aunque no cuenta con una base legal específica para actuar en el área de la violencia de género, ello no ha sido un obstáculo para luchar contra esta lacra, en tanto que elemento necesario para promover un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Con ese espíritu, en los últimos años se han adoptado diferentes instrumentos normativos en el que ha quedado plasmada la necesidad de dispensar una protección específica a los menores expuestos a la violencia de género[63]. A estas iniciativas hay que añadir el Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2019 (en adelante Convenio de Estambul[64]). Este Convenio obliga a los Estados contratantes –entre ellos España[65]– a la protección y defensa de los hijos e hijas de las víctimas de violencia de género a través de la adopción de medidas de carácter civil[66]. Como víctimas que son, deben ser protegidos. De hecho, el art. 31 del Convenio de Estambul establece la obligación de las partes de:

> "… adoptar las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio. Así mismo, están obligados a adoptar todas las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños".

De este modo, el Convenio de Estambul, vinculante para las autoridades y tribunales españoles, obliga a la vigilancia de la perspectiva género en

[60] BOE 29.12.2004.

[61] BOE 29.7.2015.

[62] BOE 5.6.2021.

[63] Sobre los mismos, *vid.* C. Ruiz Sutil. "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores", *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 615–641.

[64] BOE 6.6. 2014.

[65] No todos los Estados de la UE son miembros de dicho Convenio. El Parlamento Europeo ha insistido en que la UE que se adhiera a dicha convención y solicita a los Estados miembros que todavía no lo hayan hecho que lo ratifiquen, asignando recursos financieros y humanos suficientes para ponerlo en práctica [2019/2855(RSP)]. Disponible en [<https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA–9–2019–0080_ES.html>].

[66] Ahora bien, este reconocimiento no sitúa a los menores, según la doctrina más autorizada, como víctimas de violencia de género (P. Reyes Cano, *Menores y violencia …*, *op.cit.*, p. 92).

materia de derecho de visita, que, como hemos expuesto, debe extenderse igualmente al derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos. Un derecho que, según hemos tenido oportunidad de constatar, constituye un derecho donde el "interés del menor[67]" es crucial a la hora de limitar, condicionar e, incluso, hasta negar el disfrute de su ejercicio. Desde nuestro punto de vista, dos son las conclusiones que deben extraerse del mandato establecido en este precepto del Convenio de Estambul en relación al derecho transfronterizo del menor a relacionarse con sus abuelos en contextos de violencia doméstica: 1) se precisan de mecanismos ágiles y efectivos que aseguren el reconocimiento y la ejecución de decisiones dictadas en esta materia, preservando, en todo momento, el interés del menor y 2) que el ejercicio efectivo del derecho transfronterizo exige la adopción de todas las medidas de protección que sean necesarias para proteger de forma efectiva al menor.

IV. EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES DICTADAS SOBRE EL DERECHO DEL MENOR A RELACIONARSE CON SUS ABUELOS EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA O FAMILIAR

1. Introducción

En los supuestos transfronterizos, el interés del menor se sirve estableciendo mecanismos que permitan huir del formalismo extremo de los procedimientos de ejecución y que faciliten que, una vez sea adoptada una decisión, sea efectiva en el Estado donde se pretenda ejecutar, lo más rápidamente posible. Se precisan, por tanto, de mecanismos que aseguren el reconocimiento rápido y efectivo de tales decisiones, siempre que el interés del menor así lo aconseje. Dicho principio debe prevalecer y guiar la decisión de los órganos judiciales nacionales a la hora de reconocer (o no) una decisión judicial extranjera. No obstante, el interés del menor requiere ir más lejos, mucho más, en los supuestos violencia de género. No solo se debe garantizar el disfrute de ese derecho, sino también de hacerlo en condiciones de máxima seguridad. Para ello, han de adoptarse todas las medidas de protección que sean necesarias destinadas a impedir toda situación de riesgo para el menor a la hora de su ejercicio.

En este epígrafe pretendemos determinar hasta qué punto en la normativa DIPr a la hora de regular el reconocimiento y ejecución de tales

[67] A. Fernández Pérez, "Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español", *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, nº 151, 2018, pp. 107–134.

decisiones y, en particular, la existente en el ámbito europeo, se ha preocupado, por una parte, de adoptar mecanismos rápidos y ágiles para reconocer y ejecutar resoluciones judiciales dictadas en otros Estados sobre este derecho preservando en todo momento el interés del menor. Y, por otra, de adoptar las medidas de protección que sean eficaces y adecuadas para proteger el menor a la hora de ejecutarlas.

2. La incidencia de la violencia familiar o doméstica en la normativa europea

Para ejercitar el derecho del menor a relacionarse con sus abuelos en los supuestos transfronterizos, resulta preciso proceder al reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales adoptadas sobre el mismo. En el ámbito europeo, el RB II bis es la norma que se aplica al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en esta materia en los Estados miembros de la UE, salvo Dinamarca, al prevalecer sobre el CLH 1996 y el CLux 1980. Para que dicha resolución obtenga efectos ejecutivos –el que normalmente se solicita en este tipo de decisiones– en otro Estado miembro, el Reglamento contempla dos modalidades de reconocimiento. Por una parte, está el general, previsto en las Sección 2ª del Capítulo III del Reglamento, donde regula el procedimiento de execuátur para el reconocimiento de decisiones dictadas en materia responsabilidad parental (art. 28). En virtud del mismo, el reconocimiento y ejecución de tales decisiones podrán ser denegados si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el art. 23 de dicho texto (orden público, audiencia del menor, etc.). Y, por otra parte, contempla un régimen específico y privilegiado de reconocimiento regulado en el art. 41.1º RB II bis, que habilita, como alternativa al execuátur, la ejecutividad inmediata de las decisiones judiciales extranjeras dictadas en materia de derecho de visita, sin necesidad de proceder a reconocimiento alguno de las mismas. De manera que toda resolución dictada en esta materia deberá ser reconocida y tendrá fuerza ejecutiva sin necesidad de procedimiento adicional alguno de manera directa en otro Estado miembro siempre que se acompañe de un certificado concedido por el juez de origen que dictó la resolución (Considerando 23 *in fine* del RB II bis). Eso sí, el juez de origen a la hora de proceder a la certificación de dicha resolución deberá comprobar el cumplimiento de una serie de requisitos enumerados en el art. 41.2º RB II bis. Una vez emitido el certificado, no se podrá impugnar ni el reconocimiento ni la expedición del mismo en el Estado requerido, correspondiendo al Derecho interno del Estado de origen la posible rectificación del mismo (art. 43 RB II bis). La ejecución de tal decisión solo podrá ser denegada cuando contradiga una resolución ejecutiva dictada con posterioridad (art. 47.2º *in fine* del RB II bis). El Estado requerido no puede

verificar si la ejecución de la decisión es contraría (o no) al interés del menor, lo que, a nuestro juicio, constituye un auténtico despropósito. Dicho control debería ser preceptivo, particularmente, en los supuestos de violencia de género. El juez del Estado requerido debería tener la facultad de rechazar la ejecución de dicha decisión cuando fuera contraría al interés del menor. Se echa en falta, pues, la implementación de las exigencias derivadas del Convenio de Estambul en la normativa europea. A nuestro juicio, debería de corregirse el automatismo actual que existe en la ejecución de las decisiones dictadas en materia de visita, como así evidenció la STJ 22 de diciembre de 2010 (C–491/10: *Aguirre Zárraga"*[68]), en relación con la ejecución de una resolución certificada que ordenó la restitución de una menor dictada por un órgano jurisdiccional competente[69].

Debe darse una respuesta implementada en relación a la violencia machista, capaz de asegurar al menor un entorno "libre de violencia". Es evidente que al legislador europeo le preocupaba más la consecución de un auténtico espacio judicial que la protección del menor, incluso, aunque este hubiera sido víctima de violencia de género. Esta es la idea que está también presente en el RB II ter. Este Reglamento ha suprimido el execuátur para todas las resoluciones dictadas en materia de responsabilidad parental (art. 34), incluidas también sobre derecho de visita, e incorpora un sistema de oposición a la ejecución similar al establecido en el RBr I bis[70], donde el control de las condiciones de denegación de la ejecución puede tener lugar de oficio o a instancia de parte, según el Derecho nacional (Considerando 69). Es la parte frente a la que se solicita dicha ejecución, la que deberá incoar, a tal efecto, el correspondiente procedimiento de denegación de ejecución de la decisión previsto en el propio Reglamento (art. 41 del RB II ter). Esta privatización del control de las decisiones dictadas en este ámbito puede, sin duda alguna, perjudicar el interés del menor y, sobre todo, de aquel que ha sido víctima de violencia de género.

---

[68] ECLI:EU:C:2010:828.

[69] Sobre la incidencia de la violencia familiar o doméstica en el retorno del menor, *vid*., M. H. Weiner, "International Child Abduction ad the Escape from Domestic Violence", *Fordham L. Rev.*, vol 69, 2, 2000, pp. 595–601; J. Chamberland, "Domestic Violence and International Chil Abduction: some Avenues of Reflection", *Judges´Newsletter*, vol. 10, 2005, pp. 75–79. También de interés, en la doctrina española, I. Reig Fabedo, "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs. violencia familiar o doméstica", *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 617–619; G. Moreno Cordero, "La violencia machista en el secuestro internacional de menores intracomunitario: su tratamiento en la jurisprudencia española", *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la Integración*, nº 8, 2018, pp. 1–15.

[70] Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351/1 de 20.12.2012).

No obstante ello, el RBr ter sigue conservando inexplicablemente al mismo tiempo un trato más favorable a las decisiones judiciales de Estados miembros dictadas sobre el derecho de visita [art. 42.1º a) del RB II ter]. En este punto, este Reglamento mantiene una regulación similar al actual Reglamento, aunque con pequeñas modificaciones[71]. Sigue sin corregir el automatismo actual que existe en la ejecución de una decisión judicial dictada sobre un derecho visita que es certificada como título ejecutivo europeo (art. 50 del RB II ter). Con todo, el legislador europeo parece minimizar, en parte, el automatismo denunciado, y que existe tanto a la hora de reconocer y ejecutar las resoluciones judiciales ordinarias –en caso de no mediar oposición– como las privilegiadas, es decir, aquellas que han sido previamente certificadas al habilitar que la autoridad competente realice una valoración de carácter más sustantivo que le permita considerar el interés superior del menor. A tales efectos, la autoridad competente de la ejecución podrá, en casos excepcionales, suspender el procedimiento de ejecución en el caso de que con ello se exponga al menor a un "riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o debido a cualquier otro cambio significativo de circunstancias" (art. 56.4º del RB II ter). Con esta cautela, el legislador europeo trata de superar los obstáculos generados por cambios de circunstancias, como, por ejemplo, una objeción del menor, no expresada hasta después de haberse dictado la resolución, que sea tan contundente que, si no se tiene en cuenta, podría suponer un riesgo grave de daño físico o psíquico para el menor. Admite también que la ejecución deberá reanudarse tan pronto como deje de existir el riesgo grave de daño físico o psíquico, pero si el riesgo es duradero, la autoridad competente para la ejecución podrá denegar, previa solicitud, la ejecución de la resolución (art. 56.6º RB II ter). No obstante, antes de denegar la ejecución, el RB II ter admite que deben adoptarse todas las medidas oportunas, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, a fin de velar por la ejecución de la resolución. (Considerando 69 del RB II ter). Con estas modificaciones podría pensarse que el legislador europeo parece incorporar las indicaciones dadas por el Convenio de Estambul sobre la necesidad de adoptar la perspectiva de género en la aplicación de las normas sobre derecho de visita. Aunque, en nuestra opinión, se tratan más bien de cautelas que tratan de reequilibrar la posición de los tribunales de los Estados miembros (origen y ejecución) en cierto modo sacrificada por la confianza mutua europea en este ámbito. Y ello por tres razones. Primero, porque solo opera en casos excepcionales, y siempre que la autoridad así lo considere, dado que su aplicación es facultativa –a instancia de parte o

[71] Como así sucede con los recursos que caben contra la expedición de un certificado (art. 48 RB II ter) o la lengua en la que este puede ser redactado (art. 47 RB II ter).

cuando la legislación nacional lo prevea–. Segundo, porque es aplicable solo cuando la ejecución exponga al menor a un riesgo grave debido a impedimentos que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada. La violencia doméstica sufrida por el menor solo podría obstaculizar la ejecución si se revela después de haberse dictado la misma. Con todo, corresponderá al tribunal encargado de ejecutar dicha decisión quién deba valorar si existe riesgo para el menor en atención a los hechos y circunstancias del caso. Y tercero, porque el propio Reglamento admite que, aunque exista ese riesgo y ese peligro para el menor, antes de denegar la ejecución de la decisión *ex* art. 56.6º del RB II ter, deben adoptarse aquellas medidas que protejan el ejercicio de tal derecho. A la luz de lo cual, cabe concluir que, pese a que las modificaciones incorporadas en dicho Reglamento en el ámbito de la ejecución deban ser bien recibidas, estás no satisfacen el objetivo primordial que debe presidir el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras en el que interviene un menor que ha sido víctima de violencia de género. Para satisfacer plenamente el mandato establecido en el Convenio de Estambul, sería necesario que tales prerrogativas fueran previstas no como una facultad, sino como una obligación en escenarios de violencia doméstica con independencia de que tal situación se manifestara antes o después de haber dictado la resolución. A pesar de ello, lo que sí es cierto es que las facultades de suspensión y de denegación de ejecución de la decisión extranjera (privilegiada o no) que el RB II ter establece, y que posee el Estado requerido supone una excepción al principio de confianza entre Estados miembros que, en cierta manera, puede beneficiar el interés del o de la menor en escenarios de violencia de género.

Queda, por tanto, mucho camino por recorrer en este ámbito. No hay que olvidar que el art. 31.2º del Convenio de Estambul obliga a los Estados miembros a proteger al menor en el ejercicio del derecho de visita y, por ende, del derecho del menor a relacionarse con sus abuelos. La implementación de este precepto en el sistema de ejecución de decisiones judiciales europeas dictadas sobre el derecho del menor, víctima de violencia familiar o doméstica, a relacionarse con sus abuelos, debe comportar además la adopción de todas aquellas medidas de protección que sean adecuadas para garantizar el disfrute de dicho derecho con todas las garantías debidas para dicho menor (*v.gr.*, la participación de una autoridad de protección de menores)[72]. No debe olvidarse tampoco la obligación que

[72] Como así sucede, por ejemplo, en el ámbito del secuestro internacional de menores. Sobre tales medidas, *vid.* G. Moreno Cordero, "Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente. Tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor", *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, M.C. García Garnica N. Marchal Escalona (dirs.), G.

tienen los Estados miembros *ex* jurisprudencia del TEDH de articular mecanismos suficientes para garantizar el ejercicio efectivo del derecho. Hay que lanzar una alerta sobre el peligro que puede suponer no adoptar las medidas de protección adecuadas para garantizar el ejercicio de este derecho, ya que, como hemos avanzado, el disfrute del mismo puede suponer el retorno del menor a un entorno de violencia machista. Es cierto que dicha obligación genera toda una serie de interrogantes, como saber qué medidas se podrían adoptar, a quién corresponde adoptarlas, además de requerir de una alta dosis de cooperación entre las autoridades del Estado origen y el requerido para su puesta en práctica, así como para el seguimiento de las mismas[73]. Esta cooperación entre autoridades vendría a completar y reforzar en cierta medida la cooperación ya prevista entre las Autoridades centrales en el RB II bis [art. 55] y en el RB II ter [art. 79 c)]. Colaboración que deviene esencial y necesaria, puesto que tanto el RB II bis como el RB II ter contemplan la facultad de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución de adoptar las modalidades prácticas necesarias para organizar el ejercicio del derecho de visita, solo en aquellos los casos en los que la ejecución de una decisión de derecho de visita puede resultar difícil, o incluso imposible, y siempre y cuando se respeten los elementos esenciales de dicha resolución (arts. 48 del RB II bis y 54 del RB II ter). Una potestad que es limitada, por cuanto no confiere al órgano jurisdiccional de ejecución competencia en cuanto al fondo. Sin embargo, también es cierto que el Considerando 69 del RB II ter prevé, para aquellos casos en los que se suspenda la ejecución de la decisión, que, si el riesgo para el menor persiste, antes de denegar dicha ejecución, se adopten todas las medidas que sean pertinentes. A pesar de ser una medida insuficiente, revela que este instrumento normativo asume una mayor sensibilidad hacia los supuestos en los que el menor ha sufrido episodios de violencia de género. Con todo, nada impide que tales medidas de protección sean impuestas de forma unilateral por la autoridad competente en el Estado de origen que dicta la decisión. En tales casos, el problema que se plantea es saber si tales medidas serían (o no) efectivas y aplicadas en el Estado requerido. Es evidente que ello requeriría de una alta dosis de cooperación. A tales efectos, consideramos acertado que el Considerando 82 del RB II ter

Moreno Cordero A. Quesada Páez (coords.), Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2019, pp. 607–635.

[73] Estos mismos interrogantes se suscitan en casos de secuestro internacional de menores en entornos de violencia de género. Al respecto, *vid*. G. Moreno Cordero, "El interés superior del menor y su retoro seguro en sustracciones intracomunitarias fundadas en la violencia de género: el grave riesgo en la guía de buenas prácticas", *Europa en un mundo cambiante: Estrategia Europa 2020 y sus retos sociales*, A. Ortega Giménez (dir.) I. Lorente Martínez, L S. Heredia Sánchez (coords.), Cizur Menor (Navarra), Thomson–Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 119–134.

prevea la facultad del órgano jurisdiccional del Estado miembro que ya haya dictado o tenga intención de dictar una resolución en materia de responsabilidad parental que vaya a ejecutarse en otro Estado miembro de solicitar a los órganos jurisdiccionales o a las autoridades del otro Estado miembro que le presten asistencia en la ejecución de la resolución. Se impone un cambio de rumbo. Se requiere de una normativa específica que regule esta materia desde la perspectiva de género. Modificar el RB II ter no es una opción. Se corre el riesgo de perpetuar sus soluciones anti género. La mejor opción pasa por la elaboración de un Reglamento que regule el derecho del menor a relacionarse con sus abuelos –en el que podría tratarse igualmente los aspectos relativos a la custodia–.

V. CONCLUSIONES

El derecho del menor a relacionarse con sus abuelos es un derecho ampliamente reconocido en el ámbito internacional y estatal que se incardina en la consecución del libre desarrollo de la personalidad. Con todo, se trata de un derecho de impronta judicial. A los órganos jurisdiccionales les corresponde concederlo (o no), limitarlo o fijar las modalidades para su ejercicio atendiendo al "interés del menor". En modo alguno el menor puede sufrir perjuicio, sobre todo, en contextos de violencia de género. El interés del menor y su mayor protección en tales contextos se sirven estableciendo mecanismos que permitan huir del formalismo extremo de los procedimientos de ejecución y que faciliten que una vez tomada una decisión judicial, sea efectiva en otro país, allí donde se ha de ejecutar, lo más rápidamente posible y con las medidas de protección que sean necesarias. Sin embargo, hemos constatado que el impacto de la violencia de género no ha sido considerado en el ejercicio transfronterizo de este derecho en los principales textos europeos de Derecho de familia donde prima el principio de confianza mutua en detrimento del beneficio del interés del o de la menor. La protección que la normativa europea otorga en este ámbito a los menores víctimas de violencia de género es prácticamente inexistente. Se echa en falta acciones encaminadas a introducir soluciones más sensibles y acordes a los conflictos planteados por la violencia machista, lo cual es paradójico y no deja de sorprendernos pues vivimos inmersos en una sociedad que cada día tolera menos al maltrato. El legislador europeo ha dejado pasar la mejor de las oportunidades en la reforma del RBr. II bis. Necesitamos de medidas que ofrezcan una adecuada y eficaz protección del menor y de su interés en este ámbito. Queda aún mucho camino por recorrer, pero proteger a nuestros menores no debe de ser lo más difícil de hacer, o al menos no, si ello es lo que se desea. Se requiere un cambio de

rumbo que puede pasar por la elaboración de un Reglamento que regule el derecho del menor a relacionarse con sus abuelos –en el que podría tratarse igualmente los aspectos relativos a la custodia–, donde se contemple específicamente el reconocimiento y ejercicio de este derecho en contextos de violencia familiar o doméstica. Las expectativas depositadas en una modificación futura del RB II ter deben ser abandonadas. Se corre el riesgo de que una nueva modificación arrastre antiguos esquemas y soluciones. Se precisa la formulación de una nueva regulación que tenga en cuenta la perspectiva de género. A tales efectos, dicha norma debería proporcionar mecanismos rápidos y ágiles para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en otros Estados, pero preservando en todo momento el "interés del menor", lo que supondría limitar el actual "automatismo" existente en la ejecución de las decisiones. Por otra parte, no debe obviarse la obligación que tienen los Estados miembros *ex* jurisprudencia del TEDH de articular mecanismos suficientes para garantizar el ejercicio efectivo del derecho. Por consiguiente, dicho instrumento debería preocuparse de la posible adopción y efectiva ejecución de aquellas medidas que garanticen el ejercicio y disfrute de dicho derecho sin riesgo alguno para el menor, lo que requerirá una alta dosis de cooperación entre las autoridades de los diferentes Estados miembros.

Bibliografía

Álvarez González, S.: Ammerman Yebra, J.: "El derecho del niño a ser visitado por sus abuelos y el Reglamento 2201/2003. (Comentario breve a la STJ de 31 de mayo de 2018, Christos Babanarakis)", *La Ley: Unión Europea*, nº 61, 2018, pp. 1–6.

Codas Escadón, A.M.: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2005.

Chamberland, J.: "Domestic Violence and International Chil Abduction: some Avenues of Reflection", *Judges´Newsletter*, 2005, vol. 10, pp. 75–79.

Espinosa Calabuig, R.: "La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado", *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, nº 3, 2019, pp. 36–57.

Fernández Pérez, A.: "La inclusión de la perspectiva de género en el Derecho internacional privado", *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica* (M.T. Martín López, J. M. Velasco Retamosa, coords.), Madrid, Civitas, 2014, pp. 265–381.

—: "Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español", *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, nº 151, 2018, pp. 107–134.

Francq, S.: "La responsabilité parentale en droit international privé. Entrée en vigueur du règlement Bruxelles II bis et du Code de droit international privé", *Revue trimestrielle de droit familial*, nº 3, 2005, pp. 69–71.

García Ibáñez, J.: "El derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio – jurídica", *REDUR*, 2012, pp. 105–122.

Lund Andersen, I., Jeppesen de Boer, Ch.G.: "National Report: Denmark" Disponible en: [<http://ceflonline.net/wp–content/uploads/Denmark–Parental–Responsibilities.pdf>].

Mączyński, A., Mączyńska, M.J.: National Report: Poland, Human Rights Centre of the Jagiellonian University, p. 15. Disponible en: [<http://ceflonline.net/wpcontent /uploads/Poland–Parental–Responsibilities.pdf>].

Méndez López, T.: *Las relaciones personales nietos y abuelos*, Tesis doctoral, Universidad de Palma de Mallorca, 2014, p. 16. Disponible en [<https://www.tesisenred. net/bitstream/handle/10803/287518/ttml1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

Moreno Cordero, G.: "La violencia machista en el secuestro internacional de menores intracomunitario: su tratamiento en la jurisprudencia española", *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la Integración*, nº 2018, nº 8, pp. 1–15.

—: "Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente. Tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor", *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, M.C. García Garnica N. Marchal Escalona (dirs.), G. Moreno Cordero A. Quesada Páez (coords.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2019, pp. 607–635.

—: "El interés superior del menor y su retoro seguro en sustracciones intracomunitarias fundadas en la violencia de género: el grave riesgo en la guía de buenas prácticas*", Europa en un mundo cambiante: Estrategia Europa 2020 y sus retos sociales*, A. Ortega Giménez (dir.) I. Lorente Martínez, L S. Heredia Sánchez (coords.), Cizur Menor (Navarra), Thomson–Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 119–134.

Moya Escudero, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998.

Reyes Cano, P.: *Menores y violencia de género. Nuevos paradigmas*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2018, pp. 51–65. Disponible en: [<https://digibug.ugr.es/bitstream/ handle/10481/54414/87798.pdf?sequence=4&isAllowed=y>].

—: "*Menores y violencia de género de invisibles a visibles*", Anales de la Cátedra de Francisco Suárez, vol. 49, 2015, pp. 181–217.

Reig Fabedo, I.: "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs. violencia familiar o doméstica", *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 617–619.

Ruiz Sutil, C.: "El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista", *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia,* M.C. García Garnica, N. Marchal Escalona (dirs.), G. Moreno Cordero, A. Quesada Páez, (coords.), Cizur Menor (Navarra), Thomsom Reuters/Aranzadi, 2019, pp. 581–605.

—: "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores", *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 615–641.

—: "La movilidad intra–europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea", *La Ley. Unión Europea*, nº 83, 2020, pp. 1 ss.

Sales Pallarés, L., Marullo, Ch.: "Una trilogía inacabada: menores, violencia de género y secuestro internacional", *AEDIPr*, t. XIX–XX, 2019–2020, p. 172.

Weiner, M. H.: "International Child Abduction ad the Escape from Domestic Violence", *Fordham Law Reeview*, 2000, vol 69, 2, pp. 595–601.

Recibido: 30 julio 2021
Aceptado: 25 octubre 2021

La tutela colectiva de los consumidores en Derecho internacional privado español: ordenación de algunos aspectos procesales

Mercedes SABIDO RODRÍGUEZ*

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunos aspectos de la Directiva 2020/1828. 1. Acciones de representación y sus modalidades. 2. Requisitos subjetivos para el ejercicio de la acción de representación: A) Capacidad para ser partes y capacidad procesal de entidades extranjeras; B) La legitimación activa. III. La concreción del tribunal internacionalmente competente para conocer los procesos colectivos transfronterizos. 1. Fuentes de regulación. 2. La acción de representación con implicaciones transfronterizas y los supuestos subsumibles en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/12. 3. Sistema de foros y criterios atributivos de competencia judicial internacional: A) Autonomía de la voluntad; B) El foro general del domicilio del demandado; C) Foros especiales por razón de la materia. 4. El planteamiento de procesos paralelos. IV. Eficacia extraterritorial de decisiones. 1. Título de legitimación y sujetos "interesados": la opción por un modelo forzoso o voluntario. 2. Instrumentos y mecanismos para otorgar efectos a una decisión extranjera en España. V. A modo de conclusión.

RESUMEN: La protección del consumidor se articula en la actualidad a partir de una pluralidad de instrumentos, de distinta naturaleza, destinados a la tutela individual. En un mercado globalizado y digitalizado estos mecanismos no resultan suficientes haciéndose necesario elaborar instrumentos que garanticen la protección de los intereses colectivos de los consumidores frente a la infracción de los derechos consagrados. Estos instrumentos han de articularse a partir del derecho a la tutela judicial efectiva, tanto en su vertiente de acceso a la justicia como en orden a la ejecución de la decisión adoptada. La internacionalización de las relaciones jurídicas, sin embargo, suscita algunas cuestiones para las que el Derecho internacional privado resulta imprescindible. En este marco, nos proponemos analizar, a partir de las soluciones adoptadas por las últimas iniciativas europeas, la ordenación de algunos aspectos procesales que suscita la protección internacional de los intereses colectivos de los consumidores.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Extremadura Cáceres.
Este estudio ha sido realizado en el ámbito del Proyecto IB181016 relativo al "*Análisis jurídico y nuevos retos de la protección de los consumidores en el mercado digital: especial referencia al turista y al consumidores de servicios de salud*", concedido en el marco del VI Plan I+D+i (2017–2020) de la Junta de Extremadura, Consejería de Economía e Infraestructura, cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.06

PALABRAS CLAVE: TUTELA COLECTIVA DE CONSUMIDORES – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE DECISIONES – CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN PROCESAL – ENTIDADES HABILITADAS.

Collective Guardianship of Consumers in Spanish Private International Law: Ordination of Some Procedural Aspects

ABSTRACT: Consumer protection is currently articulated from a plurality of instruments, of different nature, intended for individual protection. In a globalized and digitized market, these mechanisms are not sufficient, making it necessary to develop instruments that guarantee the protection of the collective interests of consumers against the infringement of enshrined rights. These instruments must be articulated based on the right to effective judicial protection, both in terms of access to justice and in order to carry out the decision adopted. The internationalization of legal relationships, however, raises some issues for which Private International Law is essential. In this framework, we propose to analyze, based on the solutions adopted by the latest European initiatives, the ordering of some procedural aspects that raises the international protection of the collective interests of consumers.

KEYWORKS: COLLECTIVE PROTECTION OF CONSUMERS – INTERNATIONAL JURISDICTION – EXTRATERRITORIAL EFFECTIVENESS OF DECISIONS – PROCEDURAL CAPACITY AND LEGITIMACY – AUTHORIZED ENTITIES.

I. INTRODUCCIÓN

La protección del consumidor se configura como principio básico de ordenación tanto en el marco de la Unión Europea, de acuerdo con las previsiones contenidas en los arts. 114 y 169 TFUE, como en el ordenamiento jurídico español, a partir de lo dispuesto en el art. 51 CE. Esta protección se ha proyectado en la consagración de un amplio abanico de derechos. Los riesgos y amenazas para la salud y seguridad y la protección de los intereses económicos y jurídicos de los consumidores justifican el establecimiento de medidas destinadas a garantizar un nivel común de protección en el mercado europeo así como aumentar la capacidad de los consumidores para defender sus propios intereses[1].

[1] Entre otras, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DO L 304 de 22.11.2011) junto a las iniciativas adoptadas en sectores como el Reglamento (CE) 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre los productos cosméticos (DO L 342 de 22.12.2009); la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DO L 201 de 31.7.2002); el Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios contenidos en línea en el mercado interior (DO L 168 de 30.6.2017); la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de

La consagración y el reconocimiento de derechos a los consumidores para la tutela de sus intereses no se alcanzan plenamente si no se articulan los instrumentos necesarios para su protección. De este modo, la ordenación del sistema instaurado está integrado no solo a través de disposiciones sustantivas sino también a través de normas procesales. A partir del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, la protección de los intereses de los consumidores se garantiza mediante el ejercicio de diferentes acciones entre las que están tipificadas la acción de cesación, la de resarcimiento, la de nulidad o anulabilidad o la de incumplimiento, y mecanismos, judiciales y extrajudiciales, cuyo ejercicio puede realizarse bien de forma individual bien de forma colectiva.

A pesar de la instauración de ambas vías, el nivel de desarrollo alcanzado en cada una de ellas es muy diferente. Mientras que en el plano de la tutela individual tanto en el ámbito europeo como en el nacional la protección de los consumidores se ha desarrollado ampliamente[2], la adopción de un sistema eficaz para la tutela de la dimensión colectiva frente a infracciones de los derechos de los consumidores no ha recibido la misma respuesta ni por el legislador europeo ni por el legislador nacional.

En la actualidad, las particularidades del mercado, caracterizado por la globalización y la digitalización, evidencian la necesidad de iniciativas destinadas a la tutela de los intereses colectivos de los consumidores. Las acciones individuales en materia de consumo, como en otros ámbitos, constituyen el instrumento habitual para resolver los conflictos, cesar la conducta lesiva y reclamar una indemnización pero no son suficientes. Los daños presentan, cada vez con mayor asiduidad, carácter masivo y la escasa cuantía económica de las relaciones en las que se producen no compensa los elevados costes, la duración y la complejidad de los procedimientos de tutela individual. Además, la internacionalización de aquellas relaciones y las dificultades que ello implica para el planteamiento de litigios a iniciativa del consumidor ponen de relieve la necesidad de desarrollar instrumentos de tutela colectiva destinados a garantizar la protección de los consumidores.

---

abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (DO L 133 de 22.5.2008) o la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 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).

[2] En otros instrumentos, el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento europeo (CE) 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio y en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre aspectos de la mediación en asuntos civiles.

Han sido varias las iniciativas europeas adoptadas con el fin de instaurar mecanismos mediante los cuales un grupo de consumidores afectado por una misma práctica comercial pueda obtener una compensación de forma eficaz, con independencia del lugar de residencia del comerciante dentro de la Unión[3]. Entre sus objetivos se pretende evitar los obstáculos de acceso, costes y eficacia a los que se enfrentan los consumidores, víctimas de prácticas lesivas, que desean iniciar este tipo de procedimientos[4]. Tanto los reglamentos adoptados en materia de consumo como las directivas armonizadoras del sector y las disposiciones nacionales de trasposición[5] contemplan el ejercicio de acciones colectivas para la tutela de los intereses de los consumidores frente a actos y omisiones que constituyan una vulneración de los derechos consagrados. Se ha recurrido a mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos[6] así como a la cooperación de autoridades[7]. Sin embargo, se hace imprescindible la elaboración de un mecanismo judicial de recurso colectivo eficaz en todos los Estados miembros, complementario de aquellos.

El incremento del comercio transfronterizo y de las estrategias comerciales a escala europea derivados de la globalización y la digitalización de la economía aumentan el riesgo de infracciones del Derecho de la Unión que afectan a los intereses colectivos de los consumidores. Frente a esta realidad, las legislaciones nacionales difieren considerablemente en relación a los mecanismos de protección de los consumidores frente a daños masivos, haciéndose imprescindible la iniciativa europea[8].

---

[3] Libro Verde sobre el recurso colectivo de los consumidores COM (2008) 794 final.

[4] *Vid.* Libro Verde sobre el recurso colectivo de los consumidores COM (2008) 794 final.

[5] En esta línea se encuentran, entre otros, la Directiva 2015/2366 del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior (DO L 337 de 23.12.2015, p. 35) o las citadas Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico y la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y los arts. 53 a 56 del TRLGDCU.

[6] Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (DO L 165 de 18.6.2013) así como el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (DO L 165 de 18.6.2013).

[7] Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) 2006/2004 (DO L 345 de 27.12.2017). *Vid*. J.I. Paredes Pérez, "Cooperación entre autoridades nacionales y medidas frente a las infracciones transfronterizas contrarias a los intereses colectivos de los consumidores: El Reglamento (UE) 2017/2394 y su incidencia sobre las normas europeas de Derecho internacional privado", *AEDIPr*, vol. XVIII, 2018, pp. 227–263.

[8] *Vid*. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o

En 1998 se abordó por primera vez por las instituciones europeas la ordenación de las acciones colectivas. A través de la Directiva 98/27 se armonizaron las legislaciones de los distintos Estados miembros en orden al establecimiento de las acciones cesatorias e inhibitorias frente a infracciones de los derechos de los consumidores[9]. Esta Directiva fue modificada por la Directiva 2009/22[10] que, en líneas generales, mantuvo las limitaciones en cuanto al contenido de la tutela sin admitir, como hubiera sido deseable, la inclusión de medidas de contenido resarcitorio o indemnizatorio. Un año decisivo en el proceso de regulación de la acción colectiva fue 2013 en el que la Comisión publicó la Comunicación "Hacia un marco europeo horizontal del recurso colectivo"[11] y la Recomendación 2013/396/UE sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión[12]. Finalmente, en 2018, el Informe elaborado por la Comisión[13] puso de relieve que el seguimiento de la Recomendación había sido bastante limitado. La disponibilidad de mecanismos de recurso colectivo así como la aplicación de garantías contra su posible uso abusivo continuaban siendo

de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE) COM (2018) 40 final, pp. 3–8.

[9] Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 166 de 11.6.1998).

[10] Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 110 de 1.5.2009).

[11] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo* COM (2013) 401 final.

[12] DO L 60 de 26.7.2013. *Vid.*, L. Carballo Piñeiro, "Recomendación de la Comisión Europea sobre los Principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea (Estrasburgo, 11 de junio de 2013), *REDI*, vol. LXV, nº 2, 2013, pp. 395–399; A. Montesinos García, "Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas ADR", *REDUR* 12, diciembre 2014, pp. 87–112 (accesible también en [<https://www.unirioja. es/dptos/dd/redur/numero12/montesinos.pdf)>]; S. Corominas Bach, "Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la Recomendación de 11 de junio de 2013)", *RGDE*, 34 (octubre 2014), pp. 1–30; A. Planchadell Gargallo, "Los retos de Europa ante la litigación colectiva", en I. Díez–Picazo Giménez y J. Vegas Torres (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Ed. Univ. Ramón Areces, 2016, vol. II, pp. 2615–2633.

[13] Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, COM (2018) 40 final.

muy desiguales en toda la UE. El potencial de los principios instaurados en la citada Recomendación para facilitar el acceso a la justicia en beneficio del funcionamiento del mercado único dista mucho de estar aprovechado plenamente. De este modo, en el Programa de la Comisión de 2018 "Nuevo marco para los consumidores" fue impulsada una nueva iniciativa para la tutela colectiva de los intereses de los consumidores.

En este contexto nace la nueva Directiva 2020/1828[14], por la que se deroga la Directiva 2009/22, a la que sustituye, pretendiendo subsanar los defectos detectados tras la aplicación de su antecesora[15]. No obstante, como tendremos ocasión de exponer, los logros alcanzados distan de los objetivos perseguidos.

La nueva Directiva 2020/1828 se propone mejorar la eficacia del procedimiento judicial y el acceso de los consumidores a la justicia, contribuir a eliminar los efectos derivados de las infracciones de la legislación europea destinada a la protección de los consumidores y alcanzar el necesario equilibrio entre garantizar el acceso a la justicia para proteger los intereses de los consumidores y las salvaguardias necesarias frente a litigios abusivos. Trata de garantizar que en todos los Estados miembros los consumidores dispongan, tanto a nivel nacional como europeo, de un instrumento procesal efectivo y eficiente para obtener no solo medidas de cesación sino también medidas resarcitorias frente a infracciones del Derecho de la Unión que afectan a una pluralidad de consumidores en uno o varios Estados miembros[16].

Aunque mantiene las características principales de su antecesora introduce algunas novedades. Amplía su ámbito de aplicación extraordinariamente y abarca todos los instrumentos de la UE relativos a la protección de los intereses colectivos de los consumidores en diferentes sectores económicos, como pueden ser los servicios financieros, la energía, las telecomunicaciones y la salud[17]. Si bien continúan excluidos las acciones de daños derivados de infracciones de la competencia y el sector del medio

[14] DO L 409 de 4.12.2020.

[15] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (COM/2018/184 final).

[16] A partir de esta finalidad y objetivos, su base jurídica no se encuentra en el art. 81 TFUE sino, como las normas que la preceden, en los arts. 114 y 169 TFUE logrando con ello una armonización más amplia, no limitada a litigios de dimensión transfronteriza. *Vid*., F. Gascón Inchausti, "¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?", *CDT*, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 1290–1323; F.J. Pérez–Serrabona González, "Indefinición de un nuevo modelo de tutela colectiva para consumidores (Directiva 2020/1828): la vigente *class action* europea", *La Ley: mercantil*, nº 81, junio 2021 (LA LEY 7925/2021).

[17] *Vid*. art. 2 y anexo I de la Directiva 2020/1828.

ambiente[18], esta amplitud supone admitir un concepto amplio y flexible de consumidor, acorde con el desarrollo del mercado actual[19]. Además no se limita a las pretensiones cesatorias sino que incluye en su ámbito las acciones resarcitorias, destinadas a obtener una indemnización por el perjuicio sufrido como consecuencia de una conducta o práctica lesiva para los intereses de los consumidores, lo que permitirá dotar al procedimiento establecido de mayor eficacia y aplicabilidad.

Sin embargo, la Directiva 2020/1828 no aborda la regulación de un proceso colectivo europeo. De un lado, se limita a establecer la obligación, para todos los Estados miembros, de instaurar un mecanismo que permita el ejercicio de las acciones de representación, a las que define como "toda acción para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (…) destinada a obtener una medida de cesación o de reparación, o ambas"[20]. Y, de otro lado, armoniza los criterios que deben cumplir las entidades habilitadas para el ejercicio de estas acciones y, con independencia de cuál sea el instrumento previsto en cada uno de los Estados miembros, establece las exigencias que el mismo debe reunir.

En definitiva, la nueva Directiva se limita a armonizar de algunos aspectos procesales de las acciones de representación. Sin embargo, la interposición de una demanda colectiva transfronteriza suscita otras dificultades que el texto europeo no aborda. Junto a los aspectos relacionados con la determinación de la competencia judicial internacional se deben resolver otros relacionados con la designación del Derecho aplicable[21] así como las

[18] E. De Luis García, "La tutela colectiva del medio ambiente", en A. Montesinos García (dir.), *La Tutela de los Derechos e Intereses Colectivos en la Justicia del Siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 345–358, esp. pp. 353–357. En esta materia, *vid*. L. García Álvarez, "Las acciones colectivas en los litigios internacionales por daños ambientales", *REEI*, (30), 2015, www.reei.org.

[19] A.L. Calvo Caravaca, "Los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: últimas tendencias", en S. Álvarez González/R. Arenas García/P. A. de Miguel Asensio/S. Sánchez Lorenzo/G. Stampa Casas (eds.) *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Thomson Reuters–Civitas, 2020, pp. 165–178.

[20] *Vid*. art. 3.5º Directiva 2020/1828.

[21] A tenor de las normas que rigen el Derecho aplicable en el marco europeo, el tribunal ante el que se ejercita una acción de representación en la que están implicados consumidores de distintos Estados miembros tendrá que aplicar varias leyes diferentes al fondo del asunto. Tanto la ley del Estado donde se ha producido el hecho dañoso como la ley correspondiente al domicilio o residencia habitual de quien ha sufrido el daño o la del país en el que se puedan ver afectadas los intereses de los consumidores, pueden ser aplicables en función del objeto litigioso. Esta circunstancia dota de mayor complejidad la tutela de los consumidores frente a daños masivos. La elaboración de una norma específica para las demandas colectivas, que aborden de manera uniforme el contenido del derecho lesionado y las medidas frente a su infracción, sin embargo, no resulta fácil. El recurso a las normas de DIPr en el sector del Derecho aplicable es, de momento, la solución acogida en el texto europeo.

relativas a la eficacia extraterritorial de las decisiones adoptadas. El recurso al Derecho internacional privado resulta, por tanto, imprescindible. En este marco, a partir de la exposición de algunos aspectos relevantes de la nueva Directiva (II), nos proponemos analizar las cuestiones relacionas con la determinación de la competencia judicial internacional (III) y los relativos a la eficacia extraterritorial de decisiones (IV). Para terminar expondremos algunas conclusiones.

II. Algunos aspectos de la Directiva 2020/1828

1. Acciones de representación y sus modalidades.

La reciente Directiva articula un nuevo mecanismo judicial para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, la acción de representación. Junto a la denominación, las diferencias con las acciones de cesación que regularon sus antecesoras se refieren también a su contenido al englobar no solo el planteamiento de la denominada "modalidad" de cesación sino también la "modalidad" indemnizatoria.

Este nuevo instrumento permitirá a las entidades demandar la declaración de ilicitud y la condena a poner fin a una conducta ilícita, lesiva de los derechos reclamados, y prohibir su reiteración así como demandar el pago de una indemnización en concepto de daños y perjuicios. La amplitud material de la nueva disposición europea obligará a introducir cambios en las legislaciones nacionales[22]. El legislador español deberá delimitar la extensión o no de la legitimación activa de las acciones colectivas resarcitorias a entidades habilitadas distintas a las asociaciones de consumidores y usuarios representativas y el Ministerio Fiscal, que actualmente son las únicas habilitadas para ello.

La Directiva no contempla distinción alguna en orden a la legitimación en procesos que tienen por objeto una acción de representación atendiendo a la modalidad ejercitada, distinción que sí consagra la LEC.

2. Requisitos subjetivos para el ejercicio de la acción de representación

La validez y eficacia del ejercicio de acciones de representación requiere la concurrencia de determinados requisitos subjetivos. Estos requisitos se

[22] *Vid*., *inter alia*, F. Gascón Inchausti, "¿Hacia un modelo europeo (…)", *loc. cit.*, pp. 1305–1308; A. Salas Carceller, "El ámbito de la legitimación de las asociaciones para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios", *Actualidad Civil*, nº 12, diciembre 2020,

refieren, de un lado, a la capacidad para ser parte y la capacidad procesal y, de otro, a la legitimación activa. Mientras que los dos primeros se determinan exclusivamente atendiendo a las condiciones subjetivas de las partes, la legitimación *ad causam* se vincula, además, con la relación jurídica objeto del proceso[23]. Esta configuración se traduce, en Derecho internacional privado, en la necesidad de abordar su ordenación no solo, *ex* art. 3 LEC, conforme a la *lex loci processalis*, sino debiendo recurrir para su concreción a otros ordenamientos vinculados con el sujeto y, en su caso, con el fondo del asunto.

La incidencia de la nueva Directiva en la regulación de los aspectos reseñados es decisiva. En ella se consagra el principio de reconocimiento mutuo y se establecen los requisitos que deben reunir las entidades habilitadas para el ejercicio de la acción. La armonización del sector supone no solo superar las discrepancias entre las legislaciones de los Estados miembros sino que también favorece el ejercicio de la acción procesal. Ahora bien, a partir de las exigencias instauradas en la norma armonizadora, corresponde a cada Estado miembro designar las entidades y organismos que podrán ejercitar las acciones de representación.

A) Capacidad para ser parte y capacidad procesal de entidades extranjeras

En litigios planteados ante los tribunales españoles, conforme al art. 3 LEC, salvo que exista una disposición europea o convencional, las cuestiones procesales se rigen por la legislación procesal española en tanto que *lex fori*. En su virtud, la determinación de la capacidad para ser parte, ser titular de los derechos y obligaciones derivados del proceso, se realizará de conformidad con el art. 6 LEC. Disposición que, con carácter general otorga esta capacidad, entre otros, a determinados grupos o colectivos como los consumidores y usuarios. No obstante, el precepto distingue según el objeto del proceso.

De un lado, en su párrafo séptimo, otorga capacidad para ser parte a sujetos determinados o determinables en el marco de procesos que tengan por objeto acciones destinadas, únicamente, a la defensa de los intereses colectivos *ex* art. 11.2º LEC. Los individuos que compongan el grupo deben estar determinados o ser fácilmente determinables, exigiendo expresamente para demandar en juicio que el grupo se constituya con la

[23] *Vid*., *inter alia*, M. Ortells Ramos (dir. /coord.), *Derecho procesal civil*, 19ª ed., Aranzadi, 2020, p. 125.

mayoría de los afectados[24]. Se excluye la capacidad de estos grupos para aquellos otros procesos en los que se ejercita la acción para la tutela de los intereses generales de los consumidores y la defensa de los intereses difusos de los párrafos primero y tercero del precepto citado.

De otro lado, el art. 6 LEC en su párrafo octavo incluye a las entidades habilitadas conforme a la normativa europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. La inclusión en la lista de entidades habilitadas es, por tanto, prueba suficiente de la capacidad para ser parte de una entidad extranjera[25].

En cuanto a la capacidad procesal, para realizar actos válidos en un determinado proceso, a tenor del art. 7 LEC corresponde a las *personas jurídicas extranjeras* siempre que posean capacidad para ser parte; esto es, se hallen válidamente constituidas conforme a un ordenamiento extranjero. En este marco, los colectivos extranjeros poseerán capacidad procesal siempre que se les reconozca en España capacidad para ser parte. El precepto atribuye capacidad procesal a las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen frente a terceros en nombre de los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables.

En consecuencia, excepcionando la regla general que recoge el art. 3 LEC, la determinación de la capacidad para ser parte y la capacidad procesal de una entidad u organismos extranjeros se efectuará conforme a la legislación procesal correspondiente a su Estado de origen. Cualquier persona jurídica constituida conforme a la ley del Estado miembro de origen podrá ser parte en un proceso seguido ante los tribunales españoles[26]. La capacidad para ser parte se reduce, por tanto, a una cuestión de "reconocimiento" de su personalidad jurídica y la nueva directiva consagra en su art. 6 la obligación para los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias y velar para que cualquier entidad habilitada pueda ejercer en su territorio las acciones de representación frente a presuntas infracciones del Derecho de la Unión que afecte o pueda afectar a los consumidores de distintos Estados miembros.

Corresponde a los Estados miembros designar las entidades que pueden ejercitar la tutela colectiva de los consumidores. La ley del Estado de origen

[24] Pudiendo ser controlado de oficio *ex* art. 9 LEC, para la constitución del grupo el art. 256.1.6º LEC contempla una diligencia preliminar.

[25] Art. 6 Directiva 2020/1828.

[26] STJUE 5 de noviembre de 2002, as. C–128/00, *Überseering* (ECLI: EU: C: 2002: 632).

de cada entidad determinará si la misma cumple los requisitos exigidos para ser designada como entidad habilitada. Una vez habilitada, en virtud del principio de reconocimiento mutuo, podrá participar en cualquier Estado miembro si bien, como seguidamente veremos, ello no implica una absoluta exención de control por los órganos judiciales del Estado del foro, distinto a su Estado de origen. La consagración de aquel principio en la Directiva 2020/1828 implica que cualquier entidad constituida válidamente conforme a la legislación de un Estado miembro puede ser parte y posee capacidad procesal en un proceso seguido ante los tribunales españoles. Corresponderá a su ley de origen determinar quiénes ejercen su representación.

La norma armonizadora establece las exigencias y requisitos que deben concurrir para designar una entidad habilitada. Para ello parte de la distinción entre entidades habilitadas transfronterizas y nacionales. En relación con estas últimas, aunque cada legislación nacional determinará los requisitos exigibles para habilitar en su Estado a una entidad[27], en su art. 4 establece algunas exigencias[28], sugiriendo a los Estados miembros, en su apartado quinto, que apliquen para acreditar a las entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de representación nacionales los mismos criterios que la propia Directiva impone para el ejercicio de acciones transfronterizas.

Las entidades que se propongan el ejercicio de acciones de representación transfronterizas deben cumplir las exigencias previstas en el art. 4.3º de la nueva Directiva. En él se establecen los criterios comunes para designar una entidad habilitada en los distintos Estados miembros. En primer lugar, que se trate de una persona jurídica debidamente constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro de designación y que pueda demostrar que ha desempeñado una actividad pública real acreditando doce meses de actividad en la protección de los intereses de los consumidores antes de su solicitud para ser nombradas como una entidad habilitada. Con ello se trata de evitar la creación específica de asociaciones. En segundo lugar, conforme a sus estatutos, ha de ostentar un interés legítimo en la protección de los intereses de los consumidores. En tercer lugar, ha de tratarse de una entidad sin ánimo de lucro y, por último, no

[27] *Vid*. Cdo. 26 de la Directiva 2020/1828.

[28] El ejercicio de acciones representativas nacionales requiere: que las organizaciones de consumidores puedan acceder a la condición de entidades habilitadas (art. 4.3º); que no se excluya la posibilidad de que se pueda otorgar la condición de entidades habilitadas a organismos públicos (art. 4.7º); que se pueda designar, a petición propia, a una entidad habilitada con carácter *ad hoc* siempre que cumpla los requisitos previstos en la legislación estatal (art. 4.6º) y que se haga pública y accesible la lista de entidades habilitadas para el ejercicio de acciones representativas (art. 5.2º).

puede encontrarse en situación de insolvencia o en proceso de declaración, esto es, debe asegurarse que sean independientes de terceros cuyos intereses económicos se opongan al interés del consumidor. Exigencias que van a suponer algunas modificaciones en la legislación española[29].

B) La legitimación activa

La participación en un proceso como demandante o demandado se basa en la existencia de un derecho subjetivo derivado de la relación litigiosa. La legitimación no se configura como una cuestión de naturaleza estrictamente procesal sino vinculada con el Derecho material en cuya virtud se determina la cualidad que posee un sujeto en relación con la pretensión ejercitada y si tal cualidad la posee como titular del derecho subjetivo o no. En consecuencia, en este aspecto también se excepciona la aplicación de la *lex fori, ex* art. 3 LEC, en favor de la ley que rige el fondo del asunto, aplicable para determinar los sujetos legitimados, activa y pasivamente, en el proceso.

En el caso de las acciones de representación el art. 11 LEC regula en función de los supuestos planteados. Junto a la legitimación ordinaria, individual, para interponer una acción declarativa que corresponde al consumidor y a las asociaciones, se reconoce una legitimación extraordinaria, colectiva, diferenciando entre el supuesto del grupo de perjudicados, determinados o fácilmente determinables, por un hecho dañoso (interés colectivo) y aquel en el que los perjudicados por el hecho dañoso son una pluralidad de perjudicados indeterminados, titulares de un interés difuso[30].

En primer lugar, para la tutela de intereses colectivos, la legitimación se atribuye no solo las asociaciones de consumidores sino también a las entidades legalmente constituidas para la protección de ese interés así como los propios grupos de afectados y al Ministerio Fiscal[31]. En segundo lugar, la

[29] *Vid*. F. Gascón Inchausti, "¿Hacia un modelo (…)?", *loc. cit.*, pp. 1300–1303; J. Gilsanz Usunaga y P. Martínez de Velasco, "Consideraciones generales de la Directiva para la protección de los intereses colectivos de los consumidores", *Newsletterde PwC Tax& Legal,* 2021, pp. 3–4.

[30] Entre otros, E. Llamas Pombo, "Requisitos de la acción colectiva de responsabilidad civil", *Diario La Ley*, nº 7141, Ref. D–99, (LA LEY 40239/2008); F. Gascón Inchausti, "Acciones de cesación (arts. 53 a 56 TRDCU)", en M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (dirs), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 891–967; D. Vallespín Pérez, "Las acciones colectivas de consumo", en D. Vallespín Pérez,*"Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas",* Bosch Editor, 2018.

[31] *Vid*. Art. 11. 2, 4 y 5 LEC. Sobre la intervención del Ministerio Fiscal, Circular 2/2018, 1 de junio, sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los consumidores y usuarios (Ref: FISC–C–2018–00002).

legitimación en procesos que tienen por objeto la tutela de intereses difusos corresponde, *ex* art. 11.3º y 5º LEC, en exclusiva a las asociaciones de consumidores que sean representativas, incluyendo las entidades habilitadas de otros Estados miembros[32], y al Ministerio Fiscal.

En el sistema instaurado por la norma europea, las entidades habilitadas y, por tanto, sometidas a control público, son las únicas que pueden ejercer acciones de representación para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, esto es, para el interés general de los consumidores y, en particular a efectos de medidas resarcitorias, los intereses de un grupo de consumidores[33]. A ellas corresponde representar a grupos de consumidores y presentar demandas ante los tribunales. Ni una persona física ni cualquier entidad pueden ejercer este tipo de acciones. Se consagra una legitimación extraordinaria, *ex lege*, que habilita para ejercer la tutela de determinados derechos a entidades y organismos que no son titulares de los mismos. La legitimación se articula, por tanto, no a partir de la titularidad del derecho cuya tutela se reclama sino con base en la existencia de aquel interés colectivo.

En este punto, con el fin de verificar la legitimación de la entidad habilitada en un proceso concreto, la norma armonizadora prevé que las autoridades competentes puedan cuestionar las designaciones efectuadas por los Estados miembros[34]. El tribunal podrá determinar si la entidad está o no legitimada en el supuesto planteado. La vinculación de la legitimación *ad causam* con el objeto del litigio informa la solución acogida. La *lex causae*, rectora del fondo del asunto[35], será aplicable para determinar si una entidad habilitada está o no legitimada para ejercer la acción de representación en

[32] STS 9 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916), el TS afirma que "se habilita a determinados sujetos para formular una pretensión de manera que el órgano judicial decida sobre el fondo de una cuestión que haga posible la actuación del derecho objetivo que originariamente no corresponde a quien promueve el proceso".

[33] *Vid*. art. 3. 3º Directiva 2020/1828.

[34] *Vid*. art. 6.3º Directiva 2020/1828.

[35] *Vid.* Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante, Reglamento Roma II) (DO L 199 de 31.7.2007), en su art. 6.1 consagra una regla particular relativa a obligaciones extracontractuales que engloba la utilización de cláusulas abusivas cuando afectan a los intereses colectivos de los consumidores por lo que el texto europeo será aplicable cuando se invoca la violación de una legislación destinada a proteger los intereses de los consumidores; así como el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, Reglamento Roma I) (DO L 177 de 4.7.2008), cuando el proceso tiene por objeto la apreciación de una cláusula contractual que figura en contratos de consumo dirigido a evitar que sean incorporadas. En esta línea, STJUE 28 de julio de 2016, as C–191/15, *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl* (TJCE/2016/296).

cualquiera de sus modalidades, atendiendo a las circunstancias de la pretensión litigiosa.

III. La concreción del tribunal internacionalmente competente para conocer los procesos colectivos transfronterizos

1. Fuentes de regulación

En ausencia de un procedimiento colectivo objeto de una tramitación específica a escala europea[36], el planteamiento de un litigio que tenga por objeto una acción de representación con implicaciones transfronterizas requiere concretar, en primer lugar, cuál sea el tribunal internacionalmente competente de acuerdo con el sistema de competencia judicial internacional de cada Estado. En este punto, la labor unificadora llevada a cabo a través del Reglamento 1215/2012 y 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 (en adelante, Reglamento 1215/12)[37] favorece la búsqueda de soluciones. No obstante, el régimen previsto en el texto europeo[38] debe entenderse sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones recogidas en normas reguladoras de los derechos de los consumidores en las que se recogen previsiones en orden a la determinación del tribunal internacionalmente competente[39].

Asimismo, en su caso, el recurso a textos convencionales[40] y, en particular, al Convenio de Lugano de 2007 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil[41]. Por último,

[36] Entre las opciones para la ordenación del recurso colectivo se planteó que los procedimientos colectivos fueran objeto de una tramitación específica a escala europea. No obstante, las diferencias se suscitan en orden a la concreción del criterio de vinculación entre el órgano jurisdiccional competente y el asunto. Junto a la competencia del tribunal de la mayoría de quienes aleguen un daño o perjuicio también se propone la extensión a las entidades demandantes en representación de los consumidores de los criterios previstos para los contratos celebrados por los consumidores o la competencia del tribunal del domicilio del demandado por ser fácilmente identificable. *Vid*. COM (2013) 401 final, pp.15–16.

[37] DO L 351 de 20.12.2012.

[38] Art. 67 Reglamento 1215/12.

[39] Entre otros, el art. 79.2 RGPD. *Vid*. P de Miguel Asensio, "Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre la competencia judicial", *La Ley: Unión Europea*, nº 56, de 28 de febrero de 2018 (LA LEY 1302/2018).

[40] Decisión del Consejo, de 4 de diciembre de 2014, relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro (DO L 353 de 10.12.2014).

[41] DO L 339 de 21.12.2007.

las disposiciones de origen interno recogidas en los arts. 21 a 22 *nonies* LOPJ, para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en supuesto excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento y disposiciones convencionales.

2. La acción de representación con implicaciones transfronteriza y los supuestos subsumibles en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/12

El Reglamento 1215/12 no contiene previsión específica acerca de acciones colectivas. Sin embargo, tratándose de litigios transfronterizos en materia civil y mercantil, en los términos de su art. 1, su aplicación no suscita duda alguna. El TJUE ha declarado en una reiterada jurisprudencia que las acciones de cesación, destinadas a la prohibición de cláusulas abusivas así como las que tienen por objeto declaración y cese de prácticas desleales, en la medida en que tienen por objeto someter relaciones de Derecho privado al control jurisdiccional, están comprendidas en el concepto de materia civil del Reglamento 1215/12[42].

Las dificultades se plantean cuando la tutela colectiva es ejercitada por una autoridad pública. Con ocasión de la sentencia dictada en el asunto *Movic*[43], el TJUE se ha pronunciado sobre este aspecto. Las autoridades belgas inician, ante los tribunales nacionales, un procedimiento de medidas cautelares en el que ejercitan acciones de cesación contra varias sociedades neerlandesas[44]. Estas últimas formularon excepción de incompetencia internacional considerando que las demandantes actúan en el ejercicio de su autoridad y, por tanto, el litigio estaba excluido del ámbito de aplicación del Reglamento 1215/12. La excepción que fue acogida en la instancia y, frente a esta decisión, las autoridades belgas plantearon recurso de apelación. El tribunal suspendió el procedimiento para cuestionar ante el

[42] *Vid*. SSTJUE 1 de octubre de 2002, *Henkel,* C–167/00 (EU:C:2002:555); 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, C–191/15(EU:C:2016:612).

[43] STJUE 16 de julio de 2020, as. C–73/19, *Movic y otros* (ECLI:EU:C:2020:568). Sobre esta decisión, *vid*. J.I. Paredes Pérez, "Ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I bis y acciones colectivas de cesación ejercitadas por autoridades públicas en defensa del interés general de los consumidores. Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020, as. 73/19: Movic BV y otros", *La Ley: Unión Europea*, nº 84, septiembre 2020, (LA LEY 10855/2020).

[44] Solicitan los demandantes, en primer lugar, que se declarara que las demandadas ponían a la reventa en Bélgica, mediante sitios de Internet que gestionaban, entradas para eventos por un precio superior al indicado por el vendedor original, eliminando, al mismo tiempo, el precio y el nombre del vendedor originales, y que tales actos infringían determinados preceptos del código civil neerlandés. En segundo lugar, solicitan que se ordene el cese de las infracciones; se ordenara medidas para la publicación de la resolución, se impusiera una multa coercitiva por las infracciones cometidas y, por último, se declarara que las infracciones pueden apreciarse mediante simple acta elaborada por la Dirección General de Inspección económica belga.

TJUE si el supuesto está o no incluido en el ámbito de aplicación del referido Reglamento.

En su decisión, el TJUE parte de una interpretación amplia del concepto "materia civil y mercantil" del art. 1.1º del texto europeo. Se trata de un concepto autónomo que, siguiendo una reiterada jurisprudencia, engloba los litigios surgidos entre autoridad pública y un sujeto de Derecho privado salvo que dicha autoridad actúe en ejercicio de poder público[45]. Para ello es necesario analizar la naturaleza jurídica de las relaciones entre las partes litigantes y el objeto del litigio o, alternativamente, el fundamento y modalidades del ejercicio de la acción entablada[46]. En el supuesto, afirma, la interposición por las autoridades belgas de una acción de cesación destinada a garantizar la protección de los consumidores supone el ejercicio de una competencia atribuida por ley que no implica necesariamente el ejercicio de su potestad pública. Al contrario la posición procesal de las autoridades belgas es comparable a la de una organización destinada a la tutela de los intereses de los consumidores sin que la legislación nacional le atribuya condiciones exorbitantes para su ejercicio. Resulta, por tanto, que la acción ejercitada por las autoridades belgas es subsumible en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/12. No obstante, la pretensión accesoria relativa a la atribución de competencia para acreditar la existencia de futuras infracciones mediante simple acta redactada por un funcionario de la Dirección General de Inspección Económica que haya prestado juramento, queda excluida del concepto de "materia civil y mercantil" ya que se refiere a poderes exorbitantes con respecto a las normas de Derecho común aplicables en las relaciones entre particulares.

Las acciones destinadas a la tutela colectiva de los consumidores son, pues, subsumibles en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/12. En esta línea, la propia Directiva prevé su aplicación al mecanismo procesal para las acciones de representación que regula[47]. En este punto, los criterios previstos en aquel condicionarán la calificación de una acción de representación como nacional o transfronteriza en el marco de la Directiva. En ella se distinguen ambas acciones en función del Estado en el que la misma es ejercitada. La primera concurre cuando una entidad habilitada ejercita la acción en un Estado distinto de aquel en el que ha sido designada. En cambio, se trataría de una acción de representación nacional cuando la

[45] *Vid.* SSTJUE 7 de mayo de 2020, *Rina* C–641/18 (EU:C:2020:349); 28 de febrero de 2019, *Gradbeništvo Korana*, C–579/17 (EU:C:2019:162); 11 de abril de 2013, *Sapir y otros*, C–645/11 (EU:C:2013:228) y 12 de septiembre de 2013, *Sunico y otros*, C–49/12, (EU:C:2013:545); 15 de febrero de 2007, *Lechouritou y otros*, C–292/05, (EU:C:2007:102).

[46] *Vid.* SSTJUE 28 de febrero de 2019, *Gradbeništvo Korana*, C–579/17 (EU:C:2019:162); 14 de octubre de 1976, *LTU*, 29/76 (EU:C:1976:137).

[47] Cdo. 21.

entidad interpone la acción en el Estado miembro en el que ha sido designada, independientemente de que se ejercite frente a un empresario domiciliado en otro Estado miembro o represente a consumidores de varios Estados[48]. Con independencia de las circunstancias que concurran, esto es, que la acción de representación se ejercite frente a un empresario domiciliado en otro Estado miembro o mediante dicha acción se represente a consumidores de varios Estados miembros, que sí son determinantes a la hora de subsumir el supuesto en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/12, en el marco de la norma armonizadora es el Estado donde se ejerce la acción el que determina su carácter transfronterizo o nacional.

Salvo que el supuesto esté vinculado solo con un Estado, sea una situación interna, la aplicación del sistema de foros del Reglamento 1215/12 nos permitirá, en función del tribunal designado competente determinar si nos encontramos con uno u otro tipo de acción de representación[49].

3. Sistema de foros y criterios atributivos de competencia judicial internacional

El sistema de foros instaurado en el Reglamento 1215/12 distingue, junto al régimen general otro específico, previstos en los arts. 17 a 19, destinado a la protección de los consumidores. Encontrándonos ante una acción de representación para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, en orden a determinar el tribunal internacionalmente competente debemos, en primer lugar, concretar cuál de los sistemas resulta aplicable. Para ello, las exigencias del régimen especial en materia de consumo se refieren, con carácter general, a la presencia de un consumidor, demandante, y al surgimiento del litigio en el marco de un contrato celebrado entre aquel y un profesional.

Con ocasión de la sentencia dictada en el asunto C–413/12, *Asociación de consumidores de Castilla y León*[50], en relación con las acciones ejercitadas por personas u organizaciones a las que se reconoce un interés legítimo en la protección de los consumidores, el TJUE afirma que la situación de aquellas en relación con las empresas es diferente a la posición de los

[48] *Vid.* cdo. 23 y aps. 6 y 7 del art. 3, en cuya virtud, 6) "acción de representación nacional": toda acción de representación ejercitada por una entidad habilitada en el Estado miembro en el que dicha entidad habilitada haya sido designada; 7) "acción de representación transfronteriza": toda acción de representación ejercitada por una entidad habilitada en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que dicha entidad habilitada haya sido designada.

[49] Cdo. 23.

[50] STJUE 5 de diciembre de 2013, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, C–413/12 (EU:C:2013:800).

consumidores, no encontrándose en la situación de inferioridad que caracteriza a estos últimos respecto a los profesionales. En el caso de acciones ejercitadas por organizaciones y entidades no existe el desequilibrio que se aprecia en el contexto de una acción en la que esté implicado un consumidor y un profesional[51]. Además, tampoco existe una relación contractual entre las entidades habilitadas, demandantes, y el profesional demandado. No son aplicable, por tanto, los foros de protección en materia de consumo.

Esta circunstancia no evita la pluralidad de litigios, uno de los objetivos perseguidos por la Directiva, en la medida en que el consumidor individual, *ex* arts. 18 y 19 del Reglamento 1215/12, puede ejercitar una acción destinada a reclamar los daños causados por el profesional, en el marco de la relación que los vincula, por los mismos hechos que fundamentan la acción de representación ejercitada por una entidad habilitada.

La competencia para conocer de una acción de representación ejercitada por personas u organizaciones a las que se reconoce un interés legítimo en la protección de los consumidores, atendiendo a las consideraciones que preceden, corresponderá a los tribunales del Estado miembro al que las partes se sometan, expresa o tácitamente, conforme a los arts. 25 y 26 del Reglamento 1215/12, o, en su defecto, bien a los tribunales del Estado del domicilio del demandado, *ex* art. 4 del texto europeo, bien a los tribunales del Estado designado conforme a los foros especiales por razón de la materia previstos en el art. 7 del mismo texto legal.

A) Autonomía de la voluntad

El ejercicio de la autonomía de la voluntad en litigios que enfrentan a personas u organizaciones a las que se reconoce un interés legítimo en la protección de los consumidores y profesionales es poco factible. Expresamente, el acuerdo de atribución de competencia debe reunir las exigencias, formales y materiales, previstas en el art. 25 del Reglamento 1215/12. En cuanto a la atribución de competencia en virtud de sumisión tácita, se producirá por comparecencia del profesional demandado sin impugnar la competencia en los términos del párrafo primero del art. 26 del Reglamento 1215/12[52]. En este marco también debemos tener en cuenta las previsiones contenidas en el CH 2005 y en el art. 22 bis LOPJ.

[51] L. Carballo Piñeiro, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial: Problemas de recepción y trasplante de las "class actions" en Europa*, Santiago de Compostela, Universidade Santiago de Compostela, 2009, pp. 70 y 111.

[52] STJUE 24 de febrero de 2014, as. C–1/13, *Cartier parfums–lunettes y Axa Corporate Solutions assurances* (ECLI:EU:C:2014:109).

Este foro actúa con independencia del domicilio de las partes en un Estado miembro, por lo que su concurrencia permitirá demandar a profesionales domiciliados en la UE, pero también otros domiciliados en terceros Estados. No obstante, es poco viable. En su caso, los acuerdos entre las entidades habilitadas y los profesionales se deberían articular para evitar la litigiosidad mediante el recurso a mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos[53].

B) El foro general del domicilio del demandado

En defecto de sumisión, el art. 4 Reglamento 1215/12 permite a las entidades habilitadas que estén domiciliadas en distintos Estados miembros, incluso fuera de la UE, plantear las acciones de cesación y/o resarcitoria ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado[54]. Para ello es necesario que en este último Estado se reconozca este tipo de acción, algo que logra armonizar la Directiva. En aquellos supuestos en los que el empresario demandado está domiciliado en un Estado distinto de aquel en el que la entidad habilitada ha sido designada, nos encontraríamos ante una acción de representación transfronteriza.

Este foro responde a los principios de seguridad y previsibilidad que inspiran el sistema de foros instaurado. Además, presenta la ventaja de unificar las acciones ante un único tribunal que podrá conocer de todas las reclamaciones planteadas por demandantes domiciliados en distintos Estados y, en el supuesto de la acción resarcitoria, poder reclamar por la totalidad del daño[55]. También resulta ventajoso en aquellos supuestos en los que estén implicados varios demandados domiciliados en distintos Estados miembros, permitiendo el recurso al foro de vinculación procesal contemplado en el párrafo primero del art. 8 del mismo texto legal. En un único procedimiento se conocerían las distintas acciones planteadas evitando pronunciamientos inconciliables en el espacio judicial europeo.

En relación con las partes, si bien por lo general, este foro privilegia y protege al demandado, no ocurre igual respecto al demandante. Para los actores procesales su aplicación los sitúa en cierta desventaja por los costes y riesgos que implica litigar en el extranjero.

[53] *Vid*., en esta línea, el cdo. 41 de la Directiva. En otro ámbito, el art. 8.4º de la Directiva 2020/1828.

[54] STJUE 24 de noviembre de 2020, C–59/19, *Wikingerhof GmbH & Co. KG y Booking.com BV* (ECLI:EU:C:2020:950).

[55] L. García Álvarez, *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 80–109.

C) Foros especiales por razón de la materia

Alternativamente con el foro del domicilio del demandado, el sistema previsto en el Reglamento 1215/12 permite al demandante elegir plantear la demanda ante los tribunales designados conforme a los foros especiales por razón de la materia que recoge el art. 7. En este contexto los problemas se plantean, de un lado, en relación a su elección en función de la acción ejercitada; y, de otro lado, en orden a su concreción. Tanto en los litigios relativos a las acciones de cesación como en aquellos que tienen por objeto acciones indemnizatorias, la aplicación, respectivamente, de los foros previstos en los apartados primero y segundo del precepto citado no está exenta de dificultades.

Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las dos reglas de competencia especial previstas en las citadas disposiciones deben interpretarse de manera autónoma, con referencia al sistema y a los objetivos del Reglamento 1215/2012, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de este en todos los Estados miembros[56]. Los términos "materia contractual" y "materia delictual o cuasidelictual" de los arts. 7.1º y 7.2º del Reglamento 1215/12 no pueden entenderse en el sentido dado por la ley nacional aplicable a la relación jurídica[57]. Además debe tenerse en cuenta que los foros en ellas previstos constituyen excepciones al foro general del domicilio del demandado y, como tales, deben interpretarse restrictivamente[58]. Estas reglas de competencia atienden a la existencia, en las materias contempladas, de un vínculo de conexión particularmente estrecho entre la demanda y los tribunales al que puede someterse aquella, así como al principio de buena administración de justicia[59]. Su aplicabilidad depende de la elección del demandante y del examen de las condiciones especiales previstas en el precepto.

Invocadas por el demandante corresponde al tribunal comprobar si la obligación que sirve de fundamento a la pretensión de aquel tienen naturaleza contractual o extracontractual[60]. En el primer caso, nos encontraremos ante una obligación de naturaleza contractual si la interpretación del contrato que vincula al demandado y demandante es indispensable para determinar la licitud o ilicitud del comportamiento

[56] *Vid.*, en este sentido, SS 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis*, 189/87, (EU:C:1988:459), ap. 16; 17 de septiembre de 2002, *Tacconi*, C–334/00, (EU:C:2002:499), ap. 19, y 18 de julio de 2013, *ÖFAB*, C–147/12, (EU:C:2013:490), ap. 27.

[57] *Vid.*, en ese sentido, la S 13 de marzo de 2014, *Brogsitter*, C–548/12 (EU:C:2014:148), ap. 18.

[58] STJUE 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis*, 189/87, (EU:C:1988:459).

[59] *Vid*. cdo. 16 Reglamento 1215/12 y la STJUE 4 de octubre de 2018, *Feniks*, C–337/17 (EU:C:2018:805).

[60] STJUE 13 de marzo de 2014, *Brogsitter*, C–548/12, ap. 26 (EU:C:2014:148).

imputado al primero por el segundo[61]. En cambio, estaremos ante una obligación de naturaleza delictual o cuasidelictual cuando se invoca el incumplimiento de una obligación impuesta por ley y no resulta indispensable para apreciar la licitud o ilicitud del comportamiento examinar el contenido del contrato[62].

Los litigios que enfrentan a entidades habilitadas fundamentan la interposición de las acciones colectivas en obligaciones legales destinadas a la tutela de sus representados. La legitimación para su ejercicio es extraordinaria en la medida en que no se fundamenta en titularidad del derecho reclamado. Por tanto, no derivando la reclamación del incumplimiento de las obligaciones contractuales, la competencia judicial internacional se determinará conforme al art. 7.2º Reglamento 1215/12[63]. Foro que comprende las acciones de cesación, de resarcimiento y, como ha declarado el TJUE, las acciones colectivas de inhibición entablada por una asociación para la protección de los consumidores con objeto de obtener la prohibición del uso por un comerciante de cláusulas consideradas abusivas en los contratos celebrados con particulares[64].

Pero los problemas no se agotan en la calificación de una materia como extracontractual. También suscita serios conflictos la concreción del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso del art. 7.2º Reglamento 1215/12[65]. Tal expresión se refiere tanto al lugar donde se ha producido el daño como al lugar del hecho causal que originó ese daño. A elección del demandante, la acción puede ejercitarse ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares. Ahora bien, en los ilícitos a distancia la jurisprudencia del TJUE ha subrayado la centralidad del lugar del hecho causal otorgando al lugar del daño una competencia limitada. Si el perjudicado opta por demandar al autor en el lugar del resultado dañoso, en la mayoría de los casos para obtener un resarcimiento completo deberá acudir a diferentes tribunales. Con ello se pone coto al *forum actoris*, pero

[61] SSTJUE 15 de junio de 2017, *Kareda*, C–249/16, (EU:C:2017:472); de 10 de septiembre de 2015, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, C–47/14 (EU:C:2015:574) y la de 13 de marzo de 2014, *Brogsitter*, C–548/12, ap. 26 (EU:C:2014:148).

[62] M. Eslava Rodríguez, *La protección del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional*, Cáceres, SPUEX,1996, pp. 145 ss.

[63] STJUE 24 de noviembre de 2020, *Wikingerhof GmbH & Co. KG y Booking.com BV*, C–59/19 (EU:C:2020:950).

[64] *Vid*. STJCE 1 de octubre de 2002, C–167/00, *Henkel*, (ECLI:EU:C:2002:555).

[65] *Vid*. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2020, pp. 698–712; M. Sabido Rodríguez, "Comentario al art. 7.2", en P. Blanco–Morales Limones, F.F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén y F.J. Montero Muriel (coords), *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 188–235.

no logra reducir la litigiosidad, particularmente en supuestos caracterizados por una amplia dispersión espacial de las causas y de los efectos del daño como ocurre en los litigios que tienen por objeto la tutela colectiva de los consumidores. Además, tampoco permite identificar el tribunal que presente mayor conexión y el que esté en mejores condiciones para resolver.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el lugar del hecho causal es el lugar donde se localiza el hecho del que puede derivar una responsabilidad delictual o cuasidelictual, el lugar de origen del hecho dañoso[66] y el lugar de materialización del perjuicio es el lugar donde el hecho causal, generador de la responsabilidad de su autor, ha producido sus efectos dañosos en relación con la víctima, donde despliega sus efectos perjudiciales y donde ha sobrevenido el perjuicio inicial. Es decir, aquel donde el perjuicio ocasionado por el producto defectuoso se manifiesta de forma concreta. Solución que puede servir para los supuestos más sencillos, pero no resulta adecuada para los casos más complejos ni desde el punto de vista de la coherencia del sistema, pues se aparta de la búsqueda de un equilibrio entre las posiciones de las partes.

Este foro presenta, de un lado, dificultades a la hora de concretar el lugar del hecho causal. En los ilícitos cometidos a través de Internet, el TJUE, ha venido estableciendo una serie de criterios que permiten conceder una especial relevancia al lugar donde intencionadamente se desencadenan los procesos técnicos que pueden originar un daño. En el marco de la una acción colectiva de un sindicato el TJUE, afirma que el lugar del hecho causal es aquel donde se realiza, notifica y difunde el preaviso de acción colectiva[67].

Si el lugar del hecho causal no está determinado ni resulta determinable, solo cabe demandar al autor ante el tribunal del lugar donde sobrevino el daño, el lugar del resultado dañoso[68]. Este último tampoco está exento de dificultades. El lugar de materialización del daño puede variar en función de la naturaleza del derecho supuestamente vulnerado; además, el riesgo de que un daño se materialice en un Estado miembro determinado está supeditado a que el derecho cuya vulneración se alega esté protegido en dicho Estado miembro. En este marco el riesgo es superado por las Directivas europeas que, en materia de consumo, han armonizado en gran

[66] STJUE 16 de julio de 2009, as. C–189/08 (*Zuid–Chemie BV*), Rec., 2009, p. I–6917, ap. 28.

[67] STJCE 5 de febrero de 2004, as. C–18/02 (*DFDS Torline*), Rec., 2004, p. I–1441, ap. 41. No obstante, hoy por hoy, las diferencias entre estos litigios y los relativos a acciones colectivas de consumidores, entre otras, procedimentales, impiden aplicar esta solución.

[68] *Vid*. SSTJCE 27 de octubre de 1998, as C–51/97 (*Reunion europeenne y otros*), Rec., 1998, p. I–6511, ap. 33; y 28 de enero de 2015, as. C–375/13 (*Kolassa*), aps. 51 a 53.

medida los derechos consagrados. No obstante, siendo directivas de mínimo, las diferencias entre las legislaciones nacionales pueden surgir.

Así configurado, este criterio no evita la proliferación de procedimientos paralelos y, por ende, el riesgo de decisiones inconciliables. El lugar del hecho causal coincidirá, normalmente, con el Estado del domicilio de la empresa demandada. El actor, en consecuencia, no puede elegir en los términos del art. 7 Reglamento 1215/12. El lugar de materialización del daño, por otro lado, implica que habrá tantos tribunales competentes como consumidores afectados con domicilio en distintos Estados[69].

A tenor de lo expuesto, podemos concluir que, a pesar de estos intentos jurisprudenciales por flexibilizar y adaptar las normas a los retos que la realidad plantea, el régimen del Reglamento 1215/12 no proporciona un mecanismo apto para la resolución de demandas colectivas[70]. Lo mismo cabe concluir, dada la similitud entre ambos textos, respecto del Convenio de Lugano, aplicable en aquellos supuestos excluidos del Reglamento 1215/12, o en la LOPJ.

Hubiera sido aconsejable la elaboración de un criterio atributivo de competencia judicial internacional para conocer de litigios relativos a la tutela colectiva de consumidores. En este aspecto, la nueva Directiva introduce cambios respecto de sus antecesoras. Estas últimas recogían en su art. 4.1º una disposición en cuya virtud, bajo la rúbrica "Infracciones comunitarias", designaba competente las autoridades del Estado en cuyo territorio se originara la infracción[71]. La Directiva 2020/1828 no contempla, en línea con la aplicabilidad de las normas de Derecho internacional privado prevista en su considerando 21, norma alguna sobre competencia judicial internacional.

Por su parte las normas armonizadoras y los Reglamentos elaborados en materia de protección de consumidores no incluyen disposiciones específicas sobre competencia judicial internacional remitiéndose al régimen previsto en el Reglamento 1215/12 o determinando su aplicación sin perjuicio de lo dispuesto en el texto citado[72]. No obstante, algunos textos

[69] *Vid. Study* "*Collective Redress In The Member States Of The European Union*", 2018, [<http://www.europarl.europa.eu/supporting–analyses>], pp. 99–114.

[70] L. García Álvarez, *Daños ambientales transnacionales (…), op. cit.*, pp. 105–107.

[71] Art. 4.1º Directiva 2009/22, como su antecesora, establece que: " (….) cuando una infracción tenga su origen en su territorio, toda entidad habilitada de otro Estado miembro donde los intereses protegidos por esa entidad habilitada se vean afectados por dicha infracción, pueda interponer una demanda ante las autoridades judiciales o una solicitud ante las autoridades administrativas".

[72] *Vid.*, entre otros, el considerando 65 de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (DO L 136 de 25.5.2019);

relacionados en el Anexo I de la nueva Directiva incluyen normas específicas para el sector[73].

4. El planteamiento de procesos paralelos

Aunque la Directiva recientemente aprobada, como decíamos, tiene entre sus objetivos eliminar el planteamiento de litigios y evitar que proliferen procesos paralelos, en ausencia de una disposición específica que aborde la competencia judicial internacional, la propia configuración del sistema instaurado en las normas de DIPr favorece su existencia.

El Reglamento 1215/12 y el resto de las disposiciones que integran dicho sistema está pensado para ordenar la tutela individual por lo que no responde a los intereses que subyacen en litigios que tienen por objeto acciones de representación en materia de consumo. Igual que ocurre en el marco de las normas de producción autónoma que abordan la competencia judicial internacional en litigios que tienen por objeto acciones colectivas de trabajadores, debían haberse elaborado disposiciones específicas en el ámbito de la tutela colectiva de consumidores. Con ello se evitaría el riesgo de abusos y de soluciones inconciliables.

En la situación actual, la proliferación de procesos paralelos es inevitable y requiere el recurso a las normas instrumentales reguladoras de los supuestos de litispendencia y conexidad. Los arts. 29 a 34 Reglamento 1215/12 resultan, en nuestro ámbito de estudio, imprescindibles. No obstante, dada la amplitud de los supuestos de litispendencia, esta será aplicable salvo que, como ocurrirá en la mayoría de los casos, no coincidan los sujetos intervinientes, en particular, los actores, encontrándonos ante situaciones conexas[74].

Esta calificación también se fundamenta en la propia norma armonizadora, al promover la acción de representación única ante un único tribunal para evitar estas situaciones[75], prevé una solución acorde con los arts. 30 y 34 Reglamento 1215/12. No obstante, en ambos casos deja en manos de los legisladores nacionales la posibilidad de permitir la acumulación.

---

los cdos. 79 y 80 de la Directiva 2019/770, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DO L 136 de 25.5.2019); Cdo. 50 de la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados (DO L 326 de 11.12.2015).

[73] *Vid. supra,* art. 79.2º RGPD.

[74] *Vid*. *Study* "*Collective Redress In The Member States (…)*", cit. pp. 99–102.

[75] *Vid*. considerando 31 como en sus arts. 6.2 ºy 7.5º.

Siendo competentes los tribunales españoles, el art. 78.4 LEC será aplicable para decidir acerca de la acumulación de acciones y/o procesos. Pero asimismo, nuestro ordenamiento prevé soluciones que evitan procedimientos paralelos. De un lado la LEC contiene previsiones de constitución de un litisconsorcio activo y pasivo en su art. 12 y establece normas especiales en materia de intervención en su art. 13. En su virtud, el perjudicado siempre estará legitimado, por el mismo título que le legitima desde un punto de vista individual, para intervenir a *posteriori* en los procesos iniciados por las entidades legalmente reconocidas.

Asimismo, en su art. 15, la LEC impone la obligación de efectuar una comunicación previa a la presentación de la demanda tanto cuando se trata de procesos para la tutela de intereses colectivos como para la tutela de intereses difusos a salvo de procesos en los que se ejercite una acción de cesación. Con ello se pretende informar a los posibles consumidores perjudicados de la pendencia de un proceso en el que pueden tener interés, para que, en su caso, puedan personarse e intervenir en él. Esta disposición se justifica, además, teniendo en cuenta que la Sentencia que se dicte les vinculará conforme la previsión contenida en el art. 222.3º LEC[76].

En este contexto, además, deben añadirse los problemas suscitados en orden a determinar cuál es el tribunal ante el que se plantea la primera demanda. Problema que se plantea, particularmente, por las diferencias entre las legislaciones nacionales. Mientras en algunos sistemas, con carácter previo al planteamiento del litigio, se requiere recurrir a mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos[77], en otros no ocurre lo mismo. La Directiva, que fomenta el recurso a las vías extrajudiciales en sus arts. 6.2º y 8.4º, deja en manos de los Estados miembros la inclusión de esta previsión. En consecuencia los problemas se suscitan para determinar la pendencia del proceso *ex* art. 30 Reglamento 1215/12.

IV. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE DECISIONES

Las cuestiones procesales que plantea el ejercicio de la acción de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores en Derecho internacional privado no se agotan en los referenciados. Al contrario, la eficacia en un Estado miembro de la decisión adoptada en otro Estado miembro constituye uno de los aspectos más

[76] *Vid*. STS 17 de junio de 2010 (ROJ 2010/5407).

[77] *Vid*., en España, Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del sector público de Justicia, en [<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/ Documents/APLEficienciaProcesal.pdf>].

controvertidos[78]. Las distintas formas de finalización del proceso, mediante transacción, acuerdo homologado, o mediante resolución judicial, de un lado; y, de otro, la afectación a una pluralidad de sujetos, suscitan algunas dificultades. A la complejidad del título ejecutivo se añaden los derivados de la distinta naturaleza de los pronunciamientos. Las diferencias entre legislaciones en relación con el título de legitimación y la ausencia de disposición unificadora inciden en la eficacia de las decisiones y, por ende, en los objetivos en orden a la tutela judicial efectiva.

En este contexto deben articularse soluciones que permitan la apreciación individual del daño en litigios colectivos así como la articulación de garantías para futuros interesados[79]. La defensa de los intereses colectivos en el proceso civil, como ha afirmado nuestro Tribunal Supremo[80], "no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito". Sus efectos, más allá de las partes litigantes, planteándose dificultades tanto en el ámbito interno como en el marco de relaciones jurídicas vinculadas con distintos Estados.

1. Título de legitimación y sujetos "interesados": la opción por un modelo forzoso o voluntario

Existen dos sistemas sobre la eficacia de la cosa juzgada para la totalidad del grupo de consumidores o usuarios afectado. Por un lado, puede entenderse que la sentencia tiene eficacia para todos los consumidores, salvo que estos se hayan separado explícitamente del grupo (exclusión voluntaria/*opt–out*) o, por otro, considerar que el efecto de la cosa juzgada debe limitarse a los integrantes que hayan manifestado su voluntad de formar parte del proceso colectivo (participación voluntaria/*opt–in*). Ambos modelos presentan ventajas e inconvenientes, aunque la citada Recomendación de la Comisión de 2013 estima preferible el segundo y esta parece ser la solución acogida en la nueva directiva respecto de los procesos colectivos transfronterizos.

Cuando la acción que se ejercita presenta carácter transfronterizo o, aun siendo interna, afecte a consumidores de distintos Estados miembros, se

[78] Sobre los problemas que suscitan las acciones colectivas en el ámbito de la eficacia extraterritorial de decisiones, *vid*., *inter alia*, L. Carballo Piñeiro, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial:(…)", op. cit.*; Study "*Collective Redress In The Member States (…)*", cit. pp. 109–112.

[79] Sobre la ejecución de acciones colectivas en Derecho procesal español *vid*. T. Armenta Deus, *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Madrid,Marcial Pons, 2013.

[80] SSTS nº 401/2010, de 1 de julio, y 241/2013, de 9 de mayo.

proyectan las dificultades derivadas de las divergencias entre legislaciones nacionales. La Directiva, con el fin de respetar la tradición de los ordenamientos de los Estados miembros, no ha armonizado el título de legitimación de las entidades habilitadas para el ejercicio de las acciones de representación. El texto europeo prevé, en su art. 7.2º, que para el ejercicio de la acción de representación la entidad habilitada proporcione información suficiente sobre los consumidores afectados. Consumidores que podrán beneficiarse de todas las medidas, cesatorias e indemnizatorias. Sin embargo, al regular las distintas medidas, la nueva Directiva combina ambas opciones lo que implica no admitir el sistema de representación forzosa, aspecto que puede plantear algunas dificultades cuando en un mismo procedimiento se acumulen ambas modalidades[81].

En el marco de la acción de cesación, *ex* art. 8, su estimación no puede quedar supeditada a la prueba de pérdidas o perjuicios reales por parte de los consumidores individuales afectados por la infracción ni de la intención o negligencia por parte del empresario. Además, se prohíbe que las legislaciones nacionales de trasposición de la directiva exijan a los consumidores afectados por una acción de representación dirigida a obtener una medida de cesación que participen en dicha acción de representación, excluyendo, por tanto, el modelo *opt–in*. En el ámbito de las medidas resarcitorias, en cambio, en su art. 9.2º establece que corresponderá a los Estados miembros decidir sobre la manera y la fase en la que los consumidores individuales afectados por la acción pueden expresar explícita o tácitamente su voluntad de ser representados o no por la entidad habilitada en el marco del proceso colectivo para obtener medidas de reparación y quedar vinculados por su resultado. Esto es, las legislaciones nacionales determinarán cuándo y cómo un consumidor individual ha de adherirse o cuándo ha de desvincularse.

Por lo que a las situaciones transfronterizas se refiere, la Directiva prevé en su art. 9.3º un modelo *opt–in* para los consumidores domiciliados en un Estado distinto del foro, de tal modo que estos deberán expresar explícitamente su voluntad de ser representados. De este modo, estos consumidores podrán quedar vinculados por el resultado de la decisión que se adopte, evitándose los problemas que pudieran surgir en el momento de otorgar eficacia a la resolución extranjera. En este marco, el art. 9.4º contiene previsiones para asegurar que los consumidores no puedan ser compensados más de una vez respecto del mismo hecho dañoso y, en los Estados que se opte por un modelo *opt–in*, si un consumidor ha expresado de manera explícita o tácita su voluntad de ser representado en una acción de representación, no podrá ya ser representado en otra acción de

[81] *Vid*. F. Gascón Inchausti, "¿Hacia un modelo …?", *loc. cit.*, pp. 1317–1323.

representación, ni tampoco podrá interponer una acción individual contra el mismo empresario y que tenga el mismo objeto y causa[82]. El art. 9.5º prevé, en aquellos sistemas en que no se exija una adhesión explícita o tácita de los consumidores individuales, es posible que no puedan determinarse quiénes pueden beneficiarse de las medidas correctoras establecidas por el órgano competente. En tal caso, se deberá describir al menos el grupo de consumidores que pueden beneficiarse de aquellas, en los términos del precepto citado, de tal modo que se pueda identificar las concretas circunstancias de las que se derive la condición de perjudicado y legitimado para obtener la reparación.

En sectores específicos, otras disposiciones europeas se refieren al título de legitimación combinando también ambos modelos[83]. El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse, en relación con el art. 7 Directiva 93/13, y ha declarado que "se opone a una normativa nacional (…) que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor (…) a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente (…) sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva"[84].

2. Instrumentos y mecanismos para otorgar efectos a una decisión extranjera en España

La ausencia en la Directiva 2020/1828 de disposición armonizadora sobre los efectos de las decisiones adoptadas en procesos para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores requiere el recurso a las normas de DIPr reguladoras del sector de la eficacia extraterritorial de decisiones[85]. Dado el contenido material de las acciones de representación y las decisiones que las resuelven la determinación de los efectos de estas deben efectuarse conforme al sistema previsto en el Reglamento 1215/12. En su caso, cuando se trate de decisiones procedentes de terceros Estados,

[82] Se ha planteado si esta exigencia se debe extender también en aquellas legislaciones que han optado por un modelo *op–out* (*ibíd.* pp. 21 ss).

[83] Es el caso, por ejemplo, del art. 80 RGPD. Sobre el precepto, *vid*., M. Requejo Isidro, "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, (LA LEY 18599/2017), espec. pp. 6–8.

[84] *Vid*. STJUE 14 de abril de 2016, as. ac. C–381/14 y C–385/14, Jorge Sales Sinués y Caixabank S.A. y Youssour Drame Ba y Catalunya Caixa S.A. (ECLI:EU:C:2016:252).

[85] V*id*., *Study* "*Collective Redress In The Member States (…)*", cit., pp. 109–112.

su eficacia se determinará, en España, en defecto de texto convencional, conforme al sistema previsto en la LCJIMC[86].

En una primera aproximación, la concreción del instrumento aplicable debe atender al tipo de resolución teniendo en cuenta que los procesos en los que se resuelve una acción de representación para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores derivarán en la obtención de un título que puede ser una sentencia judicial o un acuerdo entre las partes. En el primer caso, en función de su contenido, la sentencia será susceptible de reconocimiento y/o ejecución *ex* arts. 36 y 39 Reglamento 1215/12. En el segundo, serán aplicables las disposiciones recogidas en los arts. 59 a 60 del mismo texto legal a través de las cuales se determinan los efectos de las transacciones judiciales. No obstante, tratándose de acuerdos entre partes homologados, su eficacia se asimila a las de las resoluciones judiciales por lo que podrían ser objeto de reconocimiento y ejecución.

El Reglamento 1215/12 consagra un sistema de reconocimiento y declaración de ejecutividad automáticos. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en cualquier otro Estado miembro sin necesidad de recurrir a procedimiento jurisdiccional alguno[87]. Las decisiones extranjeras producirán en nuestro país efectos constitutivos y de cosa juzgada pero, asimismo, aquellas que contengan pronunciamientos de condena, podrán ejecutarse sin necesidad de someterse a procedimiento jurisdiccional de exequátur. Los principios de reconocimiento mutuo y confianza recíproca fundamentan la existencia del sistema. En su virtud se presume que las decisiones dictadas en otros Estados miembros concurren los presupuestos y no existen motivos para denegar su reconocimiento y ejecución. No obstante, ello no implica la ausencia de control en la medida en que al reconocimiento pueden oponerse los motivos de denegación previstos en el art. 45 del texto europeo.

Las decisiones adoptadas por las autoridades de un Estado miembro que resuelven acciones de representación interpuestas por entidades habilitadas producirán en España los efectos de cosa juzgada, constitutivos y, en su caso, ejecutivos, de acuerdo con la legislación del Estado de origen

[86] *Vid*. art. 47 LCJIMC. Sobre el precepto, L. Carballo Piñeiro, "Art. 47", en F.P. Méndez González/G. Palao Moreno (dirs), *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 544–559; Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2018, *op. cit*., p. 25.

[87] Arts. 36 y 39 del Reglamento 1215/12. Sobre el sistema de reconocimiento y declaración de ejecutividad consagrado, *vid.*, F.F. Garau Sobrino, "Comentario al art. 36" y "Comentario al art. 39" en P. Blanco–Morales Limones, F.F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén y F.J. Montero Muriel (coords), *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 723–751 y pp. 773–790.

de la decisión. Corresponde a esta última determinar qué resoluciones podrán desplegar el efecto de cosa juzgada material, con independencia de que el ordenamiento español otorgue o no este efecto a la resolución. El reconocimiento de la decisión extranjera estimatoria o desestimatoria de la acción de representación implicará que aquella existe indubitadamente para los órganos jurisdiccionales españoles que entiendan en procesos posteriores cuyo objeto afecte a lo decidido. Asimismo, en virtud de la *función negativa o excluyente* de la cosa juzgada, supondrá la imposibilidad de volver a plantear en España un nuevo proceso con objeto idéntico al de la resolución reconocida.

Al Estado de origen corresponde también determinar los límites al efecto de cosa juzgada. Junto a los límites objetivos, relacionados con el objeto y objetos del proceso, y temporales, dicha ley rige también los límites subjetivos, qué sujetos quedan afectados por la resolución cuyo reconocimiento y/o ejecución se pretende. En este aspecto se proyectan, salvo disposición armonizadora[88], las divergencias entre legislaciones nacionales en cuanto al modelo de exclusión voluntaria o participación voluntaria adoptado. En su virtud se determinará si la resolución afecta a las partes procesales, si se extiende a terceros o si posee eficacia *erga omnes*.

La determinación de los miembros afectados constituye una de las mayores dificultades que suscitan los procesos relativos a la tutela colectiva de los consumidores. Particularmente, en el caso de decisiones estimatorias de acciones indemnizatorias, su concreción obliga a adoptar instrumentos especiales para la ejecución de la decisión adoptada. Cuando la resolución resolutoria determina exactamente los beneficiarios de la condena y la prestación que se debe a cada uno de ellos, se iniciarían tantas ejecuciones como beneficiarios existan. Pero puede ocurrir que la sentencia se limite a fijar unas bases a partir de la cual cuantificar la indemnización o concretar la identidad de los beneficiarios. En este último caso, con carácter previo a la ejecución, deberá concretarse los distintos extremos por cada sujeto afectado[89].

Para garantizar la eficacia del sistema de acciones de representación la norma armonizadora incorpora algunas previsiones particulares en su art. 7.6º y en los párrafos sexto y séptimo del art. 9. Además de limitar el ejercicio a las entidades habilitadas, la directiva prevé la efectividad

[88] El TJUE, sobre los efectos de cosa juzgada de la decisión que declara la nulidad de una cláusula abusiva, ha afirmado su aplicación de oficio, también a contratos futuros, para que los consumidores no resulten vinculados por dicha cláusula. *Vid*., entre otras, la STJUE 26 de abril de 2012, as. C–472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság e Invitel Távközlési Zrt* (ECLI:EU:C:2012:242).

[89] *Vid*. arts. 221.1.1.a) y 519 LEC.

inmediata, sin interponer otra acción, de las decisiones adoptadas. Para ello requiere que los Estados establezcan normas sobre plazos para que los consumidores se beneficien de las medidas de reparación y trata de asegurar niveles adecuados de información para el ejercicio de sus derechos (art. 13)[90].

En este marco, el Reglamento 1215/12 permite que, a petición de cualquier parte interesada, se solicite la denegación del reconocimiento mediante un proceso específico en el Estado de ejecución. Atendiendo a las especialidades de las decisiones que resuelven un proceso relativo a la tutela colectiva de los consumidores, en líneas generales, los motivos para denegar el reconocimiento se centrarán tanto en el derecho de defensa, debiendo verificarse la notificación efectuada[91], como cuestiones relacionadas con la prueba, con el fin de determinar la responsabilidad del demandado en el caso de medidas indemnizatorias. Asimismo, la inconciliabilidad de decisiones puede producirse bien cuando se interponga una acción individual bien cuando se inicie otra acción en distintos países.

Al margen del sistema previsto en el texto europeo, toda decisión extranjera desplegará en España efecto probatorio cuando reúna las condiciones previstas en los arts. 323 y 144 LEC. Siendo competentes nuestros tribunales, la decisión extranjera que, por ejemplo, declaró la ilicitud de determinada actuación contraria a los derechos de los consumidores, podrá ser invocada por la parte que le interese. Contenida en un documento público, si reúne las exigencias previstas en los preceptos citados, la parte que lo estime podrá hacerla valer en el proceso como medio de prueba de su existencia así como de los hechos en ella recogidos y valorada conforme a los principios de nuestro Derecho procesal *ex* art. 319 LEC[92]. En esta línea, el art. 15 Directiva 2020/1828 establece la obligación para los Estados miembros de garantizar que las resoluciones firmes de un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa de cualquier Estado miembro que establezcan la existencia o inexistencia de una infracción que perjudique los intereses colectivos de los consumidores se puedan emplear por cualquiera de las partes cuando se ejerza cualquier otra acción para solicitar una reparación contra el mismo empresario por la misma

[90] F. Gascón Inchausti, "¿Hacia un modelo (…)?", *loc. cit.*, pp. 1323

[91] *Vid*., en relación con la Propuesta de reforma del Reglamento Bruselas I, L. Carballo Piñeiro, "Reconocimiento y ejecución de acciones colectivas indemnizatorias en la Propuesta de Reglamento Bruselas I: qué, por qué y cómo", en E.M. Vázquez Gómez, M. D. Adam Muñoz y N. Cornago Prieto (coords.), *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI*), Córdoba, 20–22 de octubre, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 497–512, espec. pp. 506–509.

[92] F.F. Garau Sobrino, "Comentario al art. 36" (…), *loc. cit.*, pp. 736–737.

infracción, de conformidad con el Derecho nacional en materia de valoración probatoria.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El desarrollo actual de los intercambios comerciales, más aún tras la situación sanitaria vivida en el último año, se caracteriza por su digitalización e internacionalización. Estas circunstancias obligan a adoptar medidas encaminadas a la tutela de uno de los principales actores del mercado, los consumidores. En el marco europeo, es cierto que, sustantiva y procesalmente, se han adoptado importantes iniciativas pero, hoy, no resultan suficientes La realidad evidencia la necesidad de proteger al consumidor frente a daños masivos, evitando el coste del proceso y otras dificultades a la hora de presentar reclamaciones frente empresarios ubicados más allá de sus fronteras nacionales. Respondiendo a esta necesidad ha sido elaborada la Directiva 2020/1828 en la que se abordan algunos aspectos que suscita la tutela colectiva de los consumidores tanto en el plano interno como en el transfronterizo. Sin embargo, la disposición armonizadora no configura un proceso colectivo europeo para la defensa de los consumidores afectados por una causa común, como hubiera sido deseable. Se limita a armonizar algunos aspectos, de los que destacan el contenido de las acciones de representación, integradas tanto por la modalidad cesatoria como indemnizatoria, y a la ordenación de las entidades habilitadas para el ejercicio de estas acciones, en cuyo marco consagra el principio de reconocimiento mutuo facilitando la concurrencia de los requisitos subjetivos para el ejercicio de la acción en supuestos conectados con distintos Estados.

Al margen de estos aspectos, las carencias que presenta la Directiva deben abordarse mediante el recurso, en cada Estado, a sus normas de DIPr. La labor unificadora llevada a cabo a través del Reglamento 1215/12 podría facilitar la determinación del tribunal internacionalmente competente pero la ausencia en el texto de disposición específica sobre procesos colectivos internacionales obliga a recurrir al sistema general en él instaurado. Un sistema que, elaborado en clave de litigios individuales, presenta algunas carencias para la ordenación de los procesos colectivos.

No siendo aplicables los foros de protección en materia de consumo, junto a la autonomía de la voluntad y, en su defecto, las entidades habilitadas podrán optar por presentar la demanda bien ante los tribunales del Estado del domicilio del demandado bien ante los tribunales del lugar donde se produce el hecho dañoso o, en su caso, ante los del Estado donde deba

cumplirse la obligación. Entre otras dificultades, la solución no impide la proliferación de procesos paralelos cuyo origen se encuentra en los mismos hechos, con la merma que ello implica en la configuración del espacio judicial europeo.

Esta misma consecuencia se proyecta en el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones en el que la ausencia de disposición específica y las diferencias entre legislaciones en relación al modelo instaurado suscitará dificultades tanto en orden a la determinación de los sujetos que quedan afectados por la resolución como en relación con la forma de terminación del proceso y con la posible concurrencia de algunos de los motivos de denegación contemplados en nuestro sistema derivados de la ausencia de la configuración de un proceso único europeo para acciones colectivas de los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

Armenta Deu, T.: *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

Calvo Caravaca, A.L.: "Los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: últimas tendencias", en S. Álvarez González/R. Arenas García/P. A. de Miguel Asensio/S. Sánchez Lorenzo/G. Stampa Casas (eds.) *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Thomson Reuters–Civitas, 2020, pp. 165–178.

Carballo Piñeiro, L.: "Art. 47" en F. P. Méndez González/G. Palao Moreno (dirs. *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 544–559.

——: "Reconocimiento y ejecución de acciones colectivas indemnizatorias en la Propuesta de Reglamento Bruselas I: qué, por qué y cómo*", en* Vázquez Gómez, E.M., Adam Muñoz, Mª D. y Cornago Prieto, N. (coords.), *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI*), Córdoba, 20–22 de octubre, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 497–512.

—— :"Recomendación de la Comisión Europea sobre los Principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea (Estrasburgo, 11 de junio de 2013), *REDI*, vol. LXV, nº 2, 2013, pp. 395–399.

——*: Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial: Problemas de recepción y trasplante de las "class actions" en Europa*, Santiago de Compostela, Ed. Universidade Santiago de Compostela, 2009.

Corominas Bach, S.:"Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la Recomendación de 11 de junio de 2013)", *RGDE*, 34, octubre 2014, pp. 1–30.

De Luis García, E.: "La tutela colectiva del medio ambiente", en A. Montesinos García (dir.), *La Tutela de los Derechos e Intereses Colectivos en la Justicia del Siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch,, 2020, pp. 345–358.

De Miguel Asensio, P.: "Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre la competencia judicial", *La Ley: Unión Europea*, nº 56, de 28 de febrero de 2018 (LA LEY 1302/2018).

Eslava Rodríguez, M.: *La protección del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional*, Cáceres, SPUEX, 1996.

Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2020, pp. 698–712.

Garau Sobrino, F. F, "Comentario al art. 36", en P. Blanco–Morales Limones, F. F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén, F.J. Montero Muriel (Coords.), *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 723–751.

—: "Comentario al art. 39" en P. Blanco–Morales Limones, F. F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén, F.J. Montero Muriel (Coords), *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 773–790.

García Álvarez, L.: "Las acciones colectivas en los litigios internacionales por daños ambientales", *REEI*, (30), 2015 www.reei.org.

—: *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Madrid, Dykinson, 2016.

Gascón Inchausti, F.: "¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?", *CDT* vol. 12, Nº 2, (Octubre 2020), pp. 1290–1323.

—: "Acciones de cesación" (arts. 53 a 56 TRDCU), en M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco (Dirs) *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, 2011, pp. 891–967

Gilsanz Usunaga, J. y Martínez de Velasco, P.: "Consideraciones generales de la Directiva para la protección de los intereses colectivos de los consumidores", *Newsletterde PwC Tax& Legal,* 2021, pp.3–4.

Llamas Pombo, E.: "Requisitos de la acción colectiva de responsabilidad civil", *Diario La Ley*, Nº 7141, Ref. D–99 (LA LEY 40239/2008)

Montesinos García, A.: "Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas ADR", *REDUR* 12, diciembre 2014, pp. 87–112

Ortells Ramos, M. (dir. /coord.): *Derecho procesal civil*, 19ª ed., Aranzadi, 2020

Paredes Pérez, J.I.: "Cooperación entre autoridades nacionales y medidas frente a las infracciones transfronterizas contrarias a los intereses colectivos de los consumidores: El Reglamento (UE) 2017/2394 y su incidencia sobre las normas europeas de Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 227–263.

Pérez–Serrabona González, F.J.: "Indefinición de un nuevo modelo de tutela colectiva para consumidores (Directiva 2020/1828): la vigente *class action* europea", *La Ley: mercantil*, nº 81, Junio 2021 (LA LEY 7925/2021).

Planchadell Gargallo, A.: "Los retos de Europa ante la litigación colectiva", en I. Díez–Picazo Giménez, J. Vegas Torres (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, Ed. Univ. Ramón Areces, 2016, vol. II, pp. 2615–2633.

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 (LA LEY 18599/2017).

Sabido Rodríguez, M.: "Comentario al art. 7.2", en P. Blanco–Morales Limones, F. F. Garau Sobrino, M.L. Lorenzo Guillén y F.J. Montero Muriel (coords), *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 188–235.

Salas Carceller, A.: "El ámbito de la legitimación de las asociaciones para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios", *Actualidad Civil*, nº 12, diciembre 2020 (LA LEY 15083/2020).

Vallespín Pérez, D.: "Las acciones colectivas de consumo", en D. Vallespín Pérez, *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas: conflictos y reclamaciones habituales,* Bosch Editor, 2018.

Recibido: 30 julio 2021
Aceptado: 3 noviembre 2021

Responsabilidad civil internacional por daños causados por un robot quirúrgico

Isabel ANTÓN JUÁREZ*

SUMARIO: I. Introducción. II. Los robots quirúrgicos. 1. Concepto y evolución. 2. Clasificación. III. Responsabilidad civil en la cirugía mediante robots quirúrgicos. 1. Aproximación inicial. 2. ¿Se podría demandar a un robot?. 3. El foco de la responsabilidad: las personas. IV. La aplicación de la normativa sobre productos defectuosos a los robots quirúrgicos. 1. ¿El robot quirúrgico como un producto defectuoso?. 2. El tipo de defecto y la responsabilidad del fabricante. 3. Las actualizaciones del producto una vez puesto en circulación y su impacto en la responsabilidad del fabricante. V. La estrategia a seguir en la litigación transfronteriza. 1. La competencia judicial internacional. 2. El Derecho aplicable. VI. Conclusiones

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es analizar desde la perspectiva de la responsabilidad civil por productos defectuosos los problemas jurídicos que surgen desde un punto de vista internacional privatista pero también material cuando el producto que causa el daño es un robot quirúrgico. Así, una de las normas importantes en este trabajo será la Directiva 85/374/CEE, la cual nos permitirá plantearnos interrogantes que productos altamente tecnológicos como los robots ponen en relieve, *v.gr.*, si el concepto de producto que se maneja en dicha norma también incluiría a los robots o a un mero software. Uno de los problemas que puede plantear este tipo de litigios a una víctima es que no sabría a quién demandar ni por qué ni en qué país. Con este trabajo perseguimos dar respuesta a estas cuestiones en atención a las normas de Derecho internacional privado europeas.

PALABRAS CLAVE: INTELIGENCIA ARTIFICIAL – ROBOTS – RESPONSABILIDAD POR PRODUCTO DEFECTUOSO – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL –LEY APLICABLE

International civil liability for damage caused by a surgical product

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze from the perspective of civil liability for defective products the legal problems that arise from a private international law perspective but also material when the product that causes the damage is a surgical robot. Thus, one of the key aspects in this work will be Directive 85/374/EEC, which will allow us to ask ourselves questions that highly technological products present such as if the concept of product in that Directive would also include robots or mere software. One of the problems of this litigation is the victim does not

* Profesora Titular interina de Derecho internacional privado. Universidad Carlos III de Madrid.

AEDIPr, t. XXI, 2021, pp. 147–180
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.07

know who to sue or why or in what country. With this work pursued to give answers to these questions in attention to the norms of European private international law.

KEYWORDS: ARTIFICIAL INTELLIGENT – ROBOTS – LIABILITY FOR DEFECTIVE PRODUCTS – INTERNATIONAL JURISDICTION – APPLICABLE LAW

I. INTRODUCCIÓN

La gran evolución de la ciencia en general y de la medicina en particular en el último siglo y medio ha sido espectacular. Estos avances se han podido observar en el hallazgo de nuevos compuestos para combatir enfermedades que antes eran incurables o la invención de aparatos para detectarlas. *V.gr.* la penicilina (Fleming, 1928), la resonancia magnética o el TAC (tomografía axial computarizada) [Cormack y Newbold, 1979].

Muchos de los avances médicos que se utilizan a diario en la actualidad se originaron en tiempos convulsos, en tiempos de guerra. Tiempos donde la necesidad de salvar vidas y de aliviar el padecimiento de los soldados que combatían era imperiosa. Así, algunos de los tratamientos que se utilizan en la actualidad se desarrollaron en la II Guerra Mundial[1]. Uno de ellos es el ideado por el Dr. Archibald Mclndoe el cual puso en práctica técnicas a base de agua salina para que la piel se pudiera regenerar tras haber sufrido graves quemaduras[2]. Estas técnicas se utilizan actualmente en las cirugías estéticas. También, aparatos de Raxos X como el denominado "pequeño Curie" tuvieron un papel clave en las Guerras Mundiales del pasado siglo. Éste inventado por Marie Curie era una unidad móvil de Rayos X que permitía la detección de esquirlas en el campo de batalla sin necesidad de que el soldado tuviera que ser trasladado al hospital.

El *big data* y la inteligencia artificial han permitido importantes avances en el diagnóstico y detección de enfermedades, pero también en las intervenciones quirúrgicas, prueba de ello son robots como el Da Vinci. Aunque actualmente estos robots tienen un grado de autonomía limitado y son manejados por los cirujanos, el estado de la ciencia actual permite predecir que dentro de pocos años los robots podrían ser programados para realizar las cirugías con completa autonomía limitándose la intervención del cirujano a supervisar. Sin embargo, esto no tiene por qué quedarse ahí, y por qué no incluso pensar en un paso más allá, en escenarios donde la

[1] *Vid.* E. Mayhew, "9 avances de la medicina que han hecho que las guerras sean menos mortals", disponible en [<https://www.bbc.com/mundo/noticias–37865043>] (consultado el 4 de junio de 2021).

[2] R. García Portero, "Los robots en sanidad", en M. Barrio Andrés, *Derecho de los robots*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 206.

intervención humana sea inexistente. En esos supuestos donde el robot tiene un papel clave en una operación quirúrgica cabe plantearse qué sucede en el caso de que se causen daños a un paciente, quién debe responder. Diferentes posibles demandados pueden surgirnos de inmediato, así podríamos pensar en: 1) los cirujanos, ya que son los profesionales que pueden estar al cargo de supervisar al robot; 2) al fabricante del robot quirúrgico; 3) los programadores de *software*; 4) el propietario del robot; 5) el propio robot.

La identificación del causante del daño es en muchos casos una tarea realmente difícil cuando la tecnología está presente, ya que muchas veces no existe un único nexo causal sino que pueden ser varios. Esto hace que no sea nada sencillo determinar quién debe soportar la reparación del daño causado. Además, en estos asuntos hay un aspecto importante y es que la mayoría de ellos se presenta y es el elemento extranjero el cual es clave a la hora de llevar a cabo la estrategia de litigación internacional.

El objeto del presente trabajo es triple. En primer lugar se analizará el uso de los sistemas robotizados en la sanidad poniendo especial atención en los robots quirúrgicos. En segundo lugar, se estudiarán los problemas de responsabilidad civil en relación al uso de estos robots desde la perspectiva de los productos defectuosos. Por último, se estudiarán las opciones a la hora de litigar que tendría un perjudicado por un robot quirúrgico en atención a las normas de competencia judicial internacional y Derecho aplicable aplicables en el ordenamiento jurídico español.

II. LOS ROBOTS QUIRÚRGICOS

1. Concepto y evolución

El uso de los robots en la sanidad es cada vez más una realidad. Los robots son básicamente máquinas controladas por microprocesadores y que se componen de sensores y motores que son los que le permiten desempeñar una tarea física[3]. En el ámbito sanitario podríamos diferenciar entre[4]: 1)

[3] Sobre este concepto en la literatura médica *vid.* M. Bloom, A.D Salzberg y T.M. Krumel, "Advanced Technology in Surgery", *Current Problems in Surgery*, vol. 39, nº 8, 2002, p. 746; J.A Cadeddu, D. Staoianovici y L.R. Kavouissi, "Robotics in urology surgery", *Urology*, vol. 49, nº 4, 1997, p. 468; P. Dasgupta, A. Jones e I.S. Gill, "Robotic urological surgery: a perspective", *Robotic Urological Surgery*, vol. 95, nº 1, 2005, p. 20.

[4] R. García Portero, "Los robots en sanidad", en M. Barrio Andrés, *Derecho de los robots*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 207.

robots asistenciales; 2) robots protésicos y rehabilitadores; 3) robots quirúrgicos.

Los *robots asistenciales* son aquellos que persiguen asistir y atender a los pacientes. Uno de sus objetivos es aminorar la carga de trabajo del personal de enfermería, ya que la asistencia que podrían ofrecer puede ser muy variada desde tomar la temperatura, repartir medicina o mover a los pacientes de una silla de ruedas a una cama. Un ejemplo de este tipo de robot asistencial es Robear es un robot creado en Japón por el Instituto Riken. Es un robot con forma de oso que está principalmente enfocado en asistir a las personas con problemas de movilidad[5]. Sin embargo, no es el único, está también "Spot", un perro robótico que puede tomar las constantes vitales y tener monitorizado a los pacientes en todo momento sin necesidad de que lo haga un enfermero[6]. Y también "Tommy", un robot utilizado en Italia durante la primera ola de la pandemia por la Covid–19 que asistía a enfermos leves, reduciendo la carga de trabajo y que permitía que los médicos y enfermeras pudiera atender a las personas más graves[7].

Junto con los robots asistencias se encuentran los *robots protésicos*, entre ellos se podrían destacar a los exoesqueletos. Se trata de prótesis que permitirían sustituir extremidades inexistentes o que están dañadas del aparato locomotor. Así, *v.gr.*, con un exoesqueleto una persona sin piernas podría volver a correr o una persona que tiene una lesión severa en la médula espinal podría volver a ponerse en pie. Esto es posible debido a que el cerebro del paciente envía señales a la prótesis de forma tan automática y tan instantánea que permiten recuperar el movimiento. En la actualidad hay una empresa española *Able Human Motion* que está realizando exoesqueletos con importantes ventajas frente a los de la competencia. Esto es así porque utilizan materiales como la fibra de carbono o la impresión 3D lo que permite reducir considerablemente el peso de los exoesqueletos. Estos robots suelen pesar de media entre 25 y 30 kilogramos, los de la empresa española pesarían menos de 10 kilogramos[8].

---

[5] C. Martínez Ramos, "Robótica y cirugía laparoscópica", *Revista Cirugía española*, vol. 80, nº 4, 2006, p. 190.

[6] A. Kim, "Este robot enfermero con forma de perro toma los signos vitales de pacientes a distancia", disponible en [<https://cnnespanol.cnn.com/2020/09/01/este–robot–enfermero–con–forma–de–perro–toma–los–signos–vitales–de–pacientes–a–distancia/>] (consultado el 9 de junio de 2021).

[7] *Vid.* para más detalle [<https://forbes.co/2020/04/02/historias/en–italia–usan–robot–enfermero–para–atender–a–pacientes–de–covid–19/>] (consultado el 9 de junio de 2021).

[8] A.Branco., "Un exoesqueleto español y barato para volver a andar y dejar la silla de ruedas", disponible en [<https://www.elespanol.com/omicrono/hardware/20200922/exoesqueleto–espanol–barato–volver–andar–dejar–ruedas/522448769_0.html>] (consultado el 9 de junio de 2021).

Por último cabe destacar a los *robots quirúrgicos*, aunque los primeros robots programables son de la década de los cincuenta del pasado siglo, en cirugía se comenzaron a utilizar robots alrededor de 1980. Estos primeros usos eran especialmente en las cirugías mínimas invasivas[9]. La NASA y también el ejército estadounidense fueron de los primeros en realizar investigaciones en este campo. Esto es así debido a que estas técnicas que permiten operar desde la distancia implican avances bastante importantes en misiones espaciales pero también en el campo de batalla[10]. De este modo, las primeras empresas estadounidenses que crean robots quirúrgicos son lideradas por personas que trabajaban en el ejército[11]. *V.gr.*, *Computer Motion Inc.* creó AESOP. Este robot permitía realizar cirugías laparoscópicas de abdomen. El cirujano a través de su voz manejaba el brazo robótico lo que le permitía tener el control de una cámara endoscópica[12]. Posteriormente, en los años 90 del pasado siglo, la empresa *Surgical Systems* crea ROBODOC, el cual se utilizaba en cirugía ortopédica. También se podría destacar al Robot Minerva el cual apareció para biopsias cerebrales y el robot DA VINCI que apareció en torno al año 2000 y es de las tecnologías más sofisticadas para llevar a cabo cirugías mínimas invasivas.

En definitiva, muchos de estos robots quirúrgicos surgen para paliar las limitaciones de la cirugía laparoscópica[13]. Aunque esta ultima presenta importantes ventajas frente a la cirugía abierta no deja de presentar problemas a los cirujanos como la pérdida de profundidad, la libertad de movimiento (máximo cuatro grados), la pérdida de coordinación ojos–manos ya que en la cirugía laparoscópica existe el efecto espejo. El cirujano debe mover el instrumento laparoscópico en sentido opuesto al que quiere dirigirlo. Estos obstáculos hacen que el cirujano deba permanecer más tiempo operando lo que da lugar a que la fatiga aumente dando lugar a un incremento de temblores y de posibilidades de error.

Por lo tanto, robots como el DA VINCI mejoran considerablemente la destreza y precisión del cirujano, contando éste con una mayor libertad de movimiento (de 6 a 7 grados)[14]. Así, estos sistemas añaden estabilidad y

[9] D. Camarillo, B.Thomas, T.M. Krummel y J.K. Salisbury, "Robotic tecnology in surgery: past, present, and future", *The American Journal in Surgery*, 188, 2004, p. 2.

[10] *Vid.* S. M. Saceanu, C. Angelescu, S. Valeriu y A. Preascu, "Telesurgery and Robotic Surgery: Etihical and Legal Aspect", *Journal of Community Medicine & Health Education*, 5:3, 2015, p. 1.

[11] C. Martínez Ramos, "Robótica y cirugía laparoscópica", *Revista Cirugía española*, vol. 80, nº 4, 2006, p. 191.

[12] Para un mayor detalle *vid.* M. Bloom, A.D Salzberg y T.M. Krumel, "Advance tecnology in surgery", *Current problems in surgery*, vol. 29, nº 8, 2002, p. 751 ss.

[13] C. Martínez Ramos, *Robótica y cirugía…*, *op. cit.*, p. 189.

[14] M. Bloom, A.D Salzberg y T.M. Krumel, "Advance tecnology in surgery", *Current problems in surgery*, vol. 29, nº 8, 2002, p. 747.

comodidad e incorporan mecanismos que permiten eliminar los temblores fisiológicos lo que permite realizar operaciones con una mayor seguridad y efectividad.

2. Clasificación

Los robots quirúrgicos podrían clasificarse en tres categorías, éstas serían[15]:

1) En atención *al campo de aplicación*. Aquí se podría diferenciar[16]: a) robots que se utilizan en cirugía en general(un ejemplo podría ser AESOP); b) robots que se utilizan en cirugía cardiaca (DA VINCI); c) robots que se utilizan en neurocirugía (PUMA 560); d) robots que se utilizan en urología (DA VINCI); robots que se utilizan en obstetricia y ginecología (ZEUS).
2) En atención la *tecnología que incorporan y el grado de autonomía* se podrían destacar: a) Sistema robótico autónomo. El robot actúa de forma autónoma no siendo necesaria la presencia humana; b) Sistema robótico teleoperado. El robot es manejado por un cirujano.
3) En atención al *grado de intervención del robot y del cirujano en la operación*. Para determinar este criterio es necesario tener en cuenta aspectos como el nivel de riesgo que implica en sí, la duración de la cirugía, la invasividad del procedimiento para llevarla a cabo, su necesidad y las diferentes tareas para llevarla a cabo y cuales de ellas realiza el robot[17]. Así en atención a este criterio se puede diferenciar entre:

    a) Intervención activa. El grado de intervención del robot es elevado, realizando las partes más arriesgadas de la cirugía
    b) Intervención pasiva. El grado de intervención del robot en la cirugía es prácticamente inexistentes. Por lo tanto, el riesgo que implica su intervención es bajo.

[15] *Vid.* R. Taylor,D. Stoianovivi, "Medical robotics in computer–integrated surgery", en *IEE Transaction on Robotics and Automation*, vol. 19, nº 5, 2003, pp. 765 ss. .*Vid.* también T.G. García Micó, "Litigación asociada a la cirugía robótica con el da Vinci", *InDret*, 2014, pp. 8–12. Disponible en [<https://InDret.com/wp–content/themes/InDret/pdf/1083_es_.pdf>] (cónsultado el 9 de junio de 2021); R. García Portero, "Los robots en sanidad", en M. Barrio Andrés, *Derecho de los robots*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, pp. 213–215.

[16] T. García Micó, "Litigación asociada a la cirugía robótica con el da Vinci", *InDret*, 2014, p. 8.

[17] D. Camarillo, B. Thomas, T.M. Krummel y J.K. Salisbury, "Robotic tecnology in surgery: past, present, and future", *The American Journal in Surgery*, nº 188, 2004, p. 3.

c) Intervención restringida. El grado de intervención del robot es elevado en alguna de las partes de la cirugía donde es necesario actuaciones más invasivas. Sin embargo, su papel es restringido ya que la labor del cirujano en determinadas partes claves de la cirugía sigue siendo transcendental.

Por lo tanto, estudiada esta clasificación se puede afirmar que lo habitual actualmente es que el robot quirúrgico sea manipulado por el cirujano. Prácticamente no existen robots autónomos que en la actualidad se utilicen en cirugía[18].

III. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CIRUGÍA MEDIANTE ROBOTS QUIRÚRGICOS

1. Aproximación inicial

La realidad es que los robots en el ámbito sanitario están para quedarse. La cuestión es que cuanto mayor protagonismo ostenten bien en el cuidado de las personas (robots asistenciales), como prótesis (robots protésicos) o interviniendo activamente en cirugías, mayor será el riesgo que se asume respecto de un posible daño. En relación a la cirugía, cabe preguntarse no sólo quién podría ser el responsable de esos hipotéticos daños sino también en qué país se debería interponer la demanda judicial y en base a qué tipo de responsabilidad se debería interponer tal demanda. Estos aspectos no se pueden decidir a la ligera y deberán basarse en una meditada estrategia procesal transfronteriza debiendo ir muy en consonancia con el Derecho aplicable por el juez para resolver el fondo del asunto.

2. ¿Se podría demandar a un robot?

Aunque hemos señalado que el uso de los robots autónomos en cirugía son prácticamente inexistentes en la actualidad, consideramos que debido al avance de la tecnología este escenario podría ser posible en un futuro. Pero además, este tipo de planteamientos podría tener una mayor cabida en

[18] Un ejemplo podría ser STAR, siglas que significan *Smart Tissue Autonomous Robot*, es un robot autónomo capaz de lleva a cabo por sí mismo los procesos más complejos de cirugía de colón, mostrando una precisión nada comparable con la de un cirujano humano. Para un mayor detalle *vid.* S. Castellanos, "Autonomous robots are coming to the operating room", The Wall Street Journal, septiembre 2020, disponible en [<https://www.wsj.com/articles/autonomous–robots–are–coming–to–the–operating–room–11599786000>] (consultado el 10 de junio de 2021).

otros ámbitos como el de los coches autónomos o drones o incluso en relación a daños causados por otros robots también utilizados en el ámbito sanitario como son los robots asistenciales y que de forma autónoma podrían atender en muy poco tiempo a personas dependientes. Por ese motivo, consideramos que es necesario un breve análisis jurídico sobre este particular.

La preocupación de las instituciones europeas por el régimen de responsabilidad civil en relación a la robótica se remonta a más de un lustro. Al inicio del año 2015, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo (JURI) reunió a expertos juristas creando un grupo de trabajo para que estudiaran el impacto de la IA en el Derecho civil y elaboraran unas normas en relación a esta materia. En base a ese informe el Parlamento europeo aprobó una resolución el 16 de febrero de 2017[19]. En esa resolución se deja entrever la preocupación para que Europa no se quede atrás. En este informe se refleja unas primeras ideas de cómo podría ser esa futura regulación en materia de Derecho civil e inteligencia artificial. Sin embargo, esta primera aproximación se ha ido perfilando, dando lugar en octubre de 2020 a otra resolución del Parlamento Europeo en la materia[20]. Se podría afirmar que esta segunda Resolución es más precisa que la anterior y en ella se propone la creación de un Reglamento europeo en materia de responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial. También en la misma línea, recientemente se ha publicado un borrador de Reglamento por parte de la Comisión Europea mediante la que se persigue armonizar normativa en materia de inteligencia artificial[21]. La idea central de la que parte esta propuesta de Reglamento es de que el ser humano se encuentra en el centro, teniendo la privacidad un papel clave. Se prevé que este Reglamento debido a la complejidad de las cuestiones que aborda no entre en vigor antes del año 2023.

[19]Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2013,INL). Disponible en [<https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA–8–2017–0051_ES.html (consultado el 11 de junio de 2021). Sobre trabajos analizando esta resolución del Parlamento Europeo *vid.* sin carácter exhaustivo S. Díaz Alabart, *Robots y Responsabilidad Civil*, Reus Editorial, Madrid, 2018, p. 55–94; G. Tomás Martínez, "¿Puede un robot ser responsable por causar daños? Primeras reflexiones ante el reto europeo de innovación legal", en L. Prats Abentosa y G. Tomás Martínez, *Culpa y responsabilidad*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2017, pp. 859–869.

[20] Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014 INL), disponible en [<https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA–9–2020–0276_ES.html>] (consultado el 11 de junio de 2021).

[21] Disponible en [<https://eur–lex.europa.eu/legal–content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>] (consultado el 17 de junio de 2021).

En la resolución del Parlamento Europeo de octubre de 2020 se puede apreciar como la idea de dotar a los sistemas de inteligencia artificial de una personalidad jurídica se descarta casi por completo[22]. Esto es así porque uno de los principios claves en la propuesta es que ningún perjudicado se quede sin indemnización[23]. Por lo tanto deben ser las personas que intervienen en la cadena de valor del producto las que deberían ser los responsables de un posible daño causado por sistemas de inteligencia artificial, no dando ningún valor a la creación de una personalidad jurídica electrónica y poniendo el foco en el operador del sistema de inteligencia artificial[24].

Por lo tanto, en relación a la pregunta que formulábamos sobre si se podría demandar a un robot, afirmar que no, a un sistema de inteligencia artificial no se le va a poder demandar al menos en un futuro cercano y con bastante seguridad nunca. La razón es que para ello, los sistemas de inteligencia artificial debería ostentar una personalidad jurídica electrónica. En definitiva, tener un estatus, ser sujeto de derechos que permitiera que puedan tener bienes o patrimonio con los que hacer frente a posibles indemnizaciones. Este escenario implicaría un importante cambio en las normas sobre responsabilidad civil, ya que junto con las personas físicas y jurídicas habría un nuevo tipo de personalidad: la electrónica[25]. Sin embargo, en la actualidad esta opción se descarta, optándose por la tesis de que por muy autónomo y complejo que sea un robot siempre hay una persona física o jurídica detrás –un programador, un fabricante, un operador, etc.– que puede responder por los daños causados, siempre teniendo muy presente la importancia de los seguros de responsabilidad civil en esta materia.

---

[22] Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014 INL), apartado 7 disponible en [<https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA–9–2020–0276_ES.html>] (consultado el 11 de noviembre de 2020). En la anterior propuesta de 2017 del Parlamento Europeo solicitaba a la Comisión que reflexionara sobre la creación a largo plazo de una personalidad jurídica específica para los robots más complejos con el fin de que pudieran ser personas electrónicamente responsables de reparar los daños que pudieran llegar a ocasionar. Esta propuesta se concibió de forma muy crítica por parte de los expertos por considerar que la propuesta era poco realista y carecía de fundamento jurídico *ad ex. vid* la carta abierta que firmaron centenares de expertos en contra de la personalidad jurídica electrónica y que iba dirigida al presidente de la Comisión y al resto de autoridades europeas [<http://www.robotics–openletter.eu/>].

[23] *Ibíd.*, ap. 6.

[24] *Ibíd.*, aps. 10–13.

[25] Sobre este particular *vid.* C. Van Rossum, "Liability for robots: legal responsibilities in cases of errors or malfunctioning", p. 42, disponible en [<https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/479/449/RUG01–002479449_2018_0001_AC.pdf>] (consultado el 17 de junio de 2021).

3. El foco de la responsabilidad: las personas

Como ya hemos puesto de manifiesto el foco a la hora de resarcir daños que puedan tener lugar debido al uso de sistemas expertos de inteligencia artificial debe basarse en las personas. Sin embargo, es necesario precisar y para ello se debe responder a dos interrogantes a quién y en base a qué normativa de la que disponemos en la actualidad.

En el caso de daños causados a una persona por una cirugía llevada a cabo por un robot quirúrgico diferentes opciones podrían tenerse en consideración. Éstas serían las siguientes:

i) *La opción de demandar al prestador del servicio sanitario*. Es decir a la clínica u hospital que son los encargados de realizar la operación quirúrgica. Dentro de esta posibilidad sería necesario diferenciar entre la prestación de los servicios médicos por un ente privado o público. En el caso de tratarse de un hospital de gestión y titularidad privada, sería posible plantear la demanda bien desde la perspectiva de un incumplimiento contractual o desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual por daños. Si el robot quirúrgico se utiliza por un hospital del sistema de salud público en ese caso sería posible entablar una demanda por responsabilidad civil extracontractual por asistencia sanitaria defectuosa.

ii) *La opción de demandar al propio médico o facultativo.* La posibilidad en este escenario es vía responsabilidad civil extracontractual por *mala praxis* médica.

iii) *La opción de demandar al fabricante/importador del robot quirúrgico.* Dentro de esta opción la posibilidad que cobra más sentido es la de interponer una demanda por producto sanitario defectuoso. En atención al art. 3 de la Directiva 85/374/CEE[26], la víctima por daños causados por un producto defectuoso puede reclamar daños contra el productor, el cual puede ser la persona que fabrica el producto acabado como la que produce la materia prima o sólo fabrica una parte del mismo. También se considera productor en atención a la normativa europea la persona que se presenta como productor y pone su marca, su nombre o cualquier

[26] Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 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).

> otro signo distintivo en un producto. A pesar de que en este trabajo nos vamos a centrar en la responsabilidad del fabricante, el perjudicado también tendría la opción de demandar al importador de un producto. La Directiva y también el derecho material español que la implementa equiparan el importador al fabricante con el fin de que la víctima pueda ahorrarse las dificultades que implicaría litigar en terceros Estados contra el fabricante que tiene su domicilio en un tercer Estado[27].

Desde nuestro punto de vista, planteadas las diferentes opciones de litigación consideramos que una de las más interesantes cuando ha existido un fallo en el sistema inteligente es tener en cuenta la opción de demandar al fabricante del sistema experto. Esta es la opción que vamos a desarrollar en el presente trabajo.

IV. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE PRODUCTOS DEFECTUOSOS A LOS ROBOTS QUIRÚRGICOS

1. ¿El robot quirúrgico como un producto defectuoso?

En el caso de que se considere que la vía para reclamar daños es la responsabilidad por producto defectuoso es necesario tener en cuenta en primer lugar si un robot en términos generales (ahora no nos centramos en particular en el robot quirúrgico) puede ser considerado un producto. La normativa sobre responsabilidad civil por productos defectuosos se encuentra armonizada por la Directiva 85/374/CEE. En el ordenamiento jurídico español la Ley material donde se recoge esa normativa europea es el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias[28] (en adelante, TRLGDCU).

En atención al art. 2 de la citada Directiva, un robot podría ser considerado un producto, ya que es un bien tangible[29]. Un robot quirúrgico se compone de un cuerpo que sería la estructura física y de un *software*. Sin

[27] STS 20 de julio de 2020, nº 448/2020, ECLI:ES:TS:2020:2492, FJ 4º.

[28] BOE 30.11.2007. Respecto a cómo se ha implementado esta Directiva en el resto de los Estados europeos *vid.* J.–S. Borghetti, *La resposabilité du fait des produits, Étude de droit comparé*, París, LGDJ, 2004.

[29] S. Navas Navarro, "Responsabilidad civil del fabricante y tecnología inteligente", *Diario La Ley*, 18 de diciembre de 2019, p. 1.

embargo, cabría preguntarse qué sucedería en el caso de que el fallo con el robot quirúrgico sea consecuencia de un fallo del *software*, podría tener un *stand–alone software* la consideración de producto defectuoso. El art. 2 Directiva 85/374/CEE hace alusión únicamente a bienes muebles. Si se siguiera una interpretación estricta de dicho precepto, un *software* quedaría excluido de ser considerado producto en atención a esta normativa por tratarse de un bien intangible[30]. Si esto fuera así la interpretación no sería muy acorde a los tiempos actuales donde los *softwares* están presentes en una importante mayoría de los productos que utilizamos a diario y que puede ser desde la nevera inteligente hasta el *smartphone*, pasando por el coche y terminando por el *smartwatch* que llevamos en la muñeca. De este modo, no es de extrañar que exista doctrina que haya considerado que igual que el gas o la electricidad (bienes intangibles) se pueden considerar productos defectuosos, un *stand–alone software* también podría serlo siempre que su uso se haya realizado en el ámbito privado y ese *software* haya causado un daño de los que se quedan cubiertos por el art. 9 Directiva 85/374/CEE[31]. De este modo, *ad ex*. una aplicación móvil que es un programa informático, es decir, un *stand–alone software* podría ser considerado un producto defectuoso siempre que este programa sea de código cerrado[32].

Por lo tanto, en la actualidad, podemos afirmar que el art. 2 de la Directiva 85/374/CEE podría extenderse y considerarse que un producto defectuoso también podría ser un *software*, ya sea incorporado dentro de otro producto físico o incluso un *software* independiente. Sin embargo, esta consideración a la que llegamos debido al importante impacto que tienen la tecnología y los servicios digitales en la economía y en la sociedad en la actualidad puede que dentro de muy poco sea una realidad legislativa. La resolución del Parlamento Europeo de octubre de 2020 sobre el régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial señala que la Directiva sobre la responsabilidad por productos defectuosos debería revisarse y fruto de la misma una opción podría ser convertir la Directiva en

[30] Sobre la dificultad de que un bien intangible deba ser considerado un producto defectuoso *vid*. M.A Parra Lucán, "Comentario al art. 137 TRLGDCU", en R. Bercovitz Cano, *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson–Reuters–Aranzadi, 2015, p. 1.934.

[31] S. Navas Navarro, "Responsabilidad civil del…", *loc. cit*, p. 1.

[32] Los softwares pueden ser de código cerrado o de código abierto. Estos últimos pueden ser modificados por cualquiera. A nuestro juicio el fabricante–diseñador de este tipo de software no podría ser responsable de un producto que puede ser modificado sin su control. Una interpretación similar se sigue en la Directiva 2019/770/UE, donde en su considerando 32 excluye expresamente de su ámbito de aplicación los programas informáticos libres y de código abierto.

un Reglamento[33]. Además de ese cambio, la citada resolución señala que debería precisarse el concepto de producto determinando si los contenidos y servicios digitales entrarían dentro de su ámbito de aplicación. A nuestro juicio la respuesta sería afirmativa, y junto con la misma, se debería también extender a otros conceptos igual de importantes como el de "productor". De este modo, en esta línea por productor no sólo se debería entender al fabricante sino también incluir a los programadores, desarrolladores de *software*, prestadores de servicios y operadores finales.

Además, en estos casos de *stand–alone softwar*e sería muy necesario no olvidar que podría ser de aplicación la Directiva 2019/770/UE sobre determinados aspectos de los contratos de suministro y servicios digitales[34]. No obstante, debido a que el objeto del presente trabajo son robots quirúrgicos se puede afirmar que el *software* va a estar "embebido" o incorporado dentro de otro bien, por lo que no resulta de aplicación la Directiva 2019/770[35].

2. El tipo de defecto y la responsabilidad civil del fabricante

El art. 6.1º de la Directiva 85/374/CE establece que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho[36]. Este es un concepto jurídico indeterminado, amplio y flexible, el cual ha sido precisado por la doctrina y por los tribunales y se conoce como *consumer expectation test*[37]. Esas perspectivas razonables del público en relación a un producto deben modularse en atención a la presentación del producto, el uso que de forma razonable se

[33] Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014 INL), apartado 8 disponible en [<https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA–9–2020–0276_ES.html>] (consultado el 15 de noviembre de 2020).

[34] Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativo a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DO L 136 de 22.5.2019).

[35] En estos casos de *softwares* que están incorporados dentro de otros bienes no será de aplicación la citada Directiva 2019/770/UE, así lo señala su art. 3.4º.

[36] Sobre el concepto de defecto *vid.* ad ex. en la doctrina española P. Gutiérrez Santiago, "Daños causados por productos defectuosos.(Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias)", *Cuadernos de Aranzadi Civil*, nº 32, 2009, p. 82; C. Roge Vide., "Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la Jurisprudencia en la mano", *RGLJ*, nº 1, 1999, p. 604 ss.; J. Solé Feliú, *El concepto de defecto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

[37] STJUE 5 de marzo de 2015, C– 503 y C–504/13, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH*, ECLI:EU:C:2015:148, aps. 37–38.

pudiera esperar del mismo y del momento en el que dicho producto se puso en circulación. El Derecho estadounidense diferencia entre tres tipos de defectos, aunque la Directiva 85/374/CE ni tampoco el Derecho español que la implementa realizan tal clasificación, sí que es habitual entre la doctrina y la jurisprudencia europea y española. Estos tipos de defectos a los que nos referimos son: 1) Defecto de fabricación; 2) Defecto de diseño; 3) Defecto de información.

1) El *defecto de fabricación* tiene lugar cuando se produce un error durante la fabricación del producto. Esto hace que el producto o lote de productos no coincida con el proyecto original que se tenía sobre ese producto[38]. Este error generalmente existe en un conjunto o lote de productos de una misma serie. La responsabilidad del fabricante es objetiva con independencia de la diligencia que haya empleado en la fabricación del producto si al comparar con los ejemplares de la misma serie, el producto no ofrece la seguridad que debería ofrecer (art. 137 Texto Refundido sobre la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios). El fabricante podría exonerarse de esta responsabilidad si prueba que el defecto no se podía prever debido al estado del desarrollo de los conocimientos científicos y técnicos en aquel momento.
   Una norma importante que no se puede pasar por alto en la fabricación de los robots es la Directiva 2006/42/CE[39]. En base a la misma se aplican las normas ISO y las normas IEC, las cuales son normas de carácter técnico que los fabricantes de los robots deben seguir para su fabricación. En el caso de los robots quirúrgicos, la normativa es IEC 80601–2–78. La doctrina ha señalado que el seguimiento de estas normas por el fabricante no implica exención de responsabilidad por riesgos inherentes en el desarrollo, ya que son normas básicas de seguridad y funcionamiento esencial y que no implican que esas reglas que se recogen en esa norma sea el estado de la técnica en ese momento[40].

[38] S. Díaz Alabart, *Robots y Responsabilidad Civil*…, *op cit*, p. 106.

[39] Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006 relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE (DO L 157/24 de 9.1. 2006). Esta Directiva está siendo actualmente objeto de revisión, sobre este particular *vid.* el Commision Staff working document.Evaluation of the Machinery Directive, SWD (2018) 161, final, disponible en [<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/ 10102/2018/EN/ SWD–2018–160–F1–EN–MAIN–PART–1.PDF (consultado el 29 de junio de 2021).

[40] S. Navas Navarro, "Responsabilidad civil del…", *loc. cit.*, p. 5. *Vid.* también, G. Spindler, "User liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots" (S. Lohsse, R. Schulze y D. Staudenmayer, eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2019, p. 136.

2) El *defecto de diseño* es un defecto que afecta al producto de manera estructural[41]. Así, un producto se considera defectuoso en relación a su diseño debido a que no es seguro debido a que existe un error en la propia concepción del producto[42]. Así, a diferencia de un defecto en la fabricación, el cual puede afectar a algunos lotes de productos, el defecto de diseño afecta a todos los productos de una o varias series. De este modo, un aspecto crucial para el demandante para poder probar este defecto es compararlos con otros del mismo tipo que existan en el mercado. El problema para un perjudicado por un robot quirúrgico es que es difícil llevar a cabo esa comparación[43], todavía son pocos los robots quirúrgicos que se utilizan en la sanidad. El defecto de diseño va a estar muy relacionado con los riesgos en el desarrollo. Un fabricante podría quedar exonerado de responsabilidad si lograra probar que el desarrollo del estado de la técnica al momento del diseño del producto le impedía conocer que el diseño era defectuoso. La clave para que el productor no sea responsable es que pueda probar que el diseño del producto era lo más seguro posible en atención a la ponderación de riesgo–utilidad teniendo presente las expectativas del consumidor y el conocimiento que tenía en aquel momento del estado del arte cuando se diseñó el producto. En otras palabras, el productor debe conseguir probar que en atención al estado del desarrollo de la técnica no tenía forma de llegar a saber que ese producto era defectuoso. La Directiva europea sobre producto defectuoso pone el foco en el conocimiento que podía tener el fabricante cuando diseño el producto para exonerarle de responsabilidad dejando a un lado la conducta del fabricante. Sin embargo, esto no es ni mucho menos una cuestión pacífica, especialmente para los tribunales y la doctrina estadounidense. Así, al otro la del atlántico existe "la tesis del diseño alternativo". En base a la misma, se entiende que la responsabilidad en el caso de defecto del diseño debería acercarse más a la responsabilidad por culpa y alejarse de la responsabilidad objetiva especialmente cuando se trata de productos químicos o farmacéuticos donde el riesgo del diseño es en los únicos supuestos en los que puede tener lugar en estado puro[44]. Por lo tanto, con el fin

[41] R. Prieto Molinero, *El riesgo del desarrollo: un supuesto paradójico en la responsabilidad por productos*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 149.

[42] *Ibid.*, p. 149.

[43] T.G. García Micó, "Litigación asociada…", *loc. cit.*, p.23, destaca que esa comparación es imposible debido a que no hay competencia en el mercado de los robots quirúrgicos.

[44] Sobre este particular *vid.* G.W. Conk, "The True Test: Alternative Safers Designs For Drugs and Medical Device in a Patent–Constrained Market", *UCLA L. Rev*, 49, 2002, disponible en [<http://ssrn.com/abstract=869746>] (consultado el 29 de junio de 2021).

de restarle protagonismo a la tesis de los riesgos en el desarrollo surge la tesis del diseño alternativo. Esta tesis se sustenta en que debido a que el diseño no es un criterio absoluto, más bien de apreciación "subjetiva", pudiendo existir diferentes diseños alternativos o incluso ningún otro, el fabricante no debería ser responsable si consiguiera probar que no existía un diseño alternativo en el momento en el que realizo el diseño sobre su producto[45].

3) El *defecto de información* es un defecto realmente relevante en lo que a máquinas o robots inteligentes se refiere. El defecto de información a diferencia del defecto de fabricación o de diseño no es inherente al producto, si no que tiene que ver con la vertiente extrínseca del mismo[46]. El productor debe proporcionar información adecuada a los consumidores para que éstos puedan evaluar los riesgos inherentes al producto durante su uso, esto es especialmente importante cuando estos riesgos no puedan ser percibidos por el consumidor sin las advertencias adecuadas que le permitan tomar medidas de precaución (art. 5.1º Directiva 2001/95/CE[47]). De este modo, no es suficiente con que el fabricante informe, debe informar de forma adecuada y esto se considerará de tal modo en atención al peligro que se persigue advertir al consumidor, las circunstancias en las que se usa ese producto y los usuarios que van a utilizarlo[48]. Así, es relevante no solo el qué sino también el cómo. De este modo, cómo se presenta esa información al consumidor también será importante. Es decir, el tipo de letra, si se acompañaba con dibujos ilustrativos o el lugar donde se coloca esa información, etc.

   Un aspecto importante en relación a los productos tecnológicos es que el fabricante sólo será responsable de informar en relación a los riesgos que conoce en el momento que pone en circulación el producto. De este modo, el uso de un robot quirúrgico podría implicar riesgos que ni si quiera su propio fabricante conoce en atención al estado de la técnica. Sobre esos riesgos que desconoce incluso el propio fabricante es imposible que pueda informar. Por lo tanto, nuestra recomendación para el fabricante de este tipo de sistemas expertos es que en la información que acompaña al producto debe ser lo más

[45] Para un mayor detalle sobre este particular *vid*. R. Prieto Molinero, *El riesgo del desarrollo: un supuesto paradójico en la responsabilidad por productos*, Madrid, Dykinson, 2005, p.159–170.

[46] *Ibíd.,* p. 173; J. Solé Feliú, *El concepto de defecto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 696–698.

[47] Directiva 2001/95/CE del Parlamanento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos (DO 11 de 15.1.2002).

[48] R. Prieto Molinero *El riesgo del desarrollo…, op. cit.*, p. 174.

completa que la técnica le permite, evitando errores, imprecisiones y confusiones. Es decir, la información debe ser suficiente y exacta[49]. El objetivo del fabricante es que las personas que van a utilizar el robot tengan claro qué pueden esperar de la máquina y les permita conocer los riesgos que implica.

Por último, es necesario tener en cuenta que un robot quirúrgico no sólo es un producto con un alto componente tecnológico también es un *producto sanitario.* De este modo es necesario también tener presente lo dispuesto en el Reglamento europeo sobre productos sanitarios[50]. A los productos sanitarios también se les aplica la Directiva 85/374/CEE, la peculiaridad es que el régimen de responsabilidad que se aplica para este tipo de productos es la responsabilidad objetiva. En ese caso, el perjudicado debería probar el daño y el defecto y la relación causal entre ambos.

3. Las actualizaciones del producto una vez puesto en circulación y su impacto en la responsabilidad del fabricante

Desde nuestro punto de vista, es interesante esta diferenciación de la tipología de defectos porque en los productos altamente tecnológicos donde pueden existir distintos y variados agentes en la fabricación, diseño y actualización y mejora del producto una vez se ha comercializado sería necesario repensar el criterio de imputación de esa responsabilidad[51]. El objetivo no es otro que buscar un equilibrio entre la protección de la persona que adquiere un producto basado en la última tecnología y la seguridad del fabricante/programador que realiza este tipo de productos para que no pueda ser demandado a la primera de cambio[52].

---

[49] T.G. García Micó, "Litigación asociada…", *loc. cit.*, p. 26.

[50] Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) n.° 178/2002 y el Reglamento (CE) n.° 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo (DO L 117/1 de 5.5.2017).

[51] A nuestro juicio muy acertadamente así lo señala la profª. S. Navas Navarro en "Responsabilidad civil del fabricante y tecnología inteligente", *Diario La Ley*, 18 de diciembre de 2019, p. 5.

[52] Sobre este particular la doctrina se encuentra dividida, hay posiciones que abogan que el productor no debería responder por los daños que causara un robot, especialmente cuando el grado de autonomía del robot es elevado y se utiliza para la asistencia de las personas. La razón de esta inmunidad en la responsabilidad del fabricante descansaría en el fomento la innovación y el desarrollo, sobre esta posición *vid.* R. Calo., "Robotics and The Law: Liability For Personal Robots", disponible en [<https://ftp.documation.com:8443/references/ABA10a/PDfs/2_1.pdf>] (consultado el 25 de junio de 2021).

De este modo, la regla general es que el fabricante cuando pone en circulación un producto defectuoso ostenta responsabilidad objetiva. La culpa del productor no es necesaria para que pueda ser considerado responsable, quedando exonerada su responsabilidad si puede probar que el daño se debió a caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero (art. 8 Directiva 85/374/CEE).

Estos productos altamente tecnológicos tienen una peculiaridad importante y es que se deben actualizar cada cierto tiempo. En realidad, no dejan de ser productos en constante desarrollo. Los programas informáticos se mejoran (*upgrade*s) y se actualizan (*updates*) frecuentemente lo que hace preguntarse dos aspectos que pueden impactar de forma considerable en la responsabilidad del productor del robot, estos serían: 1) esa mejora o actualización debería tener la consideración de producto; 2) quién es el responsable de los defectos de esas actualización o mejora.

Estos aspectos consideramos que son importantes debido a que afectan en uno de los aspectos claves en los que se configura la responsabilidad del fabricante: la puesta en circulación del producto[53]. Por lo tanto, en productos tecnológicos como los robots quirúrgicos cuando estamos determinando la responsabilidad del fabricante ya no sólo hay un único momento de "puesta en circulación del producto", puede existir uno o más "momentos de puesta en circulación del producto", tantos como modificaciones o actualizaciones pueda haber tenido ese producto. Esto sobre todo es relevante en los casos en los que el defecto del producto se pueda sea debido al *software*. En ese caso, se deberá estar muy pendiente de si ese defecto ya estaba o no antes de que las actualizaciones del *software* hubieran tenido lugar. Así, una vez entendida la importancia de las *upgrades* y *updates* es necesario responder a si las mismas pueden ser considerada un producto y quién debería responder. Sobre este particular señalar que hay doctrina que considera que cada vez se

[53] *Vid.* S. Navas Navarro, "Responsabilidad civil del…", *loc. cit*, p. 4. Si se acude al Derecho español que implementa la Directiva 85/374/CEE, el art. 140 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, se puede apreciar como todas las causas de exoneración de responsabilidad del fabricante tienen que ver con el momento de la puesta en circulación del producto. De este modo, en atención al Derecho español, el productor no va a ser responsable si prueba: 1) Que no había puesto en circulación el producto; b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto; c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial; d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes; e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.

actualiza o mejora el programa informático estamos ante un producto[54]. La razón es que el propio *software*, un *stand–alone software* en sí mismo puede ser considerado un producto. Desde nuestro punto de vista, como hemos apuntado, compartimos la tesis de que un *stand–alone software* pueda ser un producto en el sentido de la Directiva sobre responsabilidad por producto defectuosos. En relación a si las modificaciones ulteriores de un *software* pueden ser un producto en sí mismo consideramos que sí pero dependerá siempre del caso concreto y de qué repercusión tienen en relación al defecto. El responsable sobre los defectos que puedan incluir actualizaciones o mejores de *software* no es una cuestión fácil de dilucidar. La primera persona responsable en la que podemos pensar es en el programador, el desarrollador que haya implementado esas mejoras o actualizaciones de *software*. La verdad es que así podría ser, sin embargo, para dirimir esa responsabilidad por producto defectuoso no deberíamos excluir por completo al resto de agentes que intervienen en la cadena de fabricación y diseño del producto. La razón es que uno de los aspectos claves a evitar es que debido a la complejidad de estos productos nadie acabe respondiendo y la víctima se quede sin indemnización. Esto nos lleva de nuevo a la necesidad de destacar que el concepto de productor en la actual Directiva se queda estrecho cuando el producto está basado en sistemas expertos.

V. La estrategia a seguir en la litigación civil transfronteriza

1. Competencia judicial internacional

Como hemos señalado el elemento extranjero está muy presente en los litigios en los que se producen daños debido al uso de sistemas inteligentes o robots. Hemos estudiado que una de las opciones que tendría la víctima es encauzar su reclamación por la vía de responsabilidad civil por producto defectuoso. Sin embargo, teniendo presente el elemento extranjero, imaginemos que la operación con el robot quirúrgico se realiza en una clínica española pero el paciente tiene su residencia habitual en Alemania, siendo el robot fabricado en Francia por una empresa con sede estatutaria en Delaware (EE UU). Si en esa operación hay un problema con el funcionamiento de ese robot debido a que presenta un defecto y el paciente sufre daños, surge un interrogante sobre dónde podría el perjudicado interponer una demanda judicial para que pudiera ver resarcido esos daños sufridos.

[54] S. Navas Navarro, "Responsabilidad civil del…", *loc. cit.,* p. 4.

Si la vía elegida para resarcir esos daños es la de la responsabilidad civil por productos defectuosos, tendremos que tener presente que para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles debemos acudir al Reglamento 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[55] (en adelante, R. Bruselas I–bis). Como ya se ha analizado, uno de los aspectos más problemáticos de la litigación debido a daños por sistemas basados en IA es precisar contra quien se dirige la demanda. En este caso, debido a que la demanda se basaría en los daños causados por un producto defectuoso, en atención a la Directiva europea sobre la materia y la legislación española que la implementa, será el fabricante del sistema experto contra el que se debería litigar.

El primer aspecto a tener en cuenta es que Reglamento Bruselas I bis no recoge ningún foro específico en materia de productos defectuosos[56]. No obstante, distintos foros podrían tenerse presente por la víctima. En primer lugar, la primera opción podría ser recurrir al foro del art. 25 del R. Bruselas I bis[57]. Las partes (víctima y productor) podrían pactar la competencia a favor de algún tribunal de un Estado miembro que mejor encajara con sus

[55] DO L 351/1 de 20.12.2012.

[56] G. Palao Moreno, "La responsabilidad transfronteriza por productos defectuosos en la Unión Europea", *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 74, 2015, p. 333. Sobre la responsabilidad del fabricante desde la perspectiva del Derecho aplicable *vid.* E. Torralba Mendiola, *La responsabilidad del fabricante. Aplicación de la ley extranjera y normativa comunitaria*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 39 ss.

[57] Sin carácter exhaustivo, sobre el art. 25 del Reglamento Bruselas I bis, vid art. 25 RBI–bis, *vid.* entre la abundante doctrina, J. Basedow, "Exclusive choice–of–Court Agreements as a Derogation from Imperative Norms", en *Essays in honour of Michael Bogdan*, 2013, pp. 15–31; A. Borrás Rodríguez, "The Application of the Brussels I Regulation to Defendants Domiciled in Third States: From the EGPIL to the Commission Proposal", en E. Lein (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, The British Institute of International and Comparative Law, 2012, pp. 57 ss.; A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 752–786; F. Garau Sobrino, "Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 2, 2010, pp. 52–91; *id*. Los acuerdos internacionales de elección de foro, Colex, Madrid, 2008; U.Magnus, "Article 23", U. Magnus y P. Mankowski, *Brussels I Regulation*, 2nd revised edition, Selp, Munich, 2012, pp. 436–514; U. Magnus, "Article 25", en U. Magnus y P. Mankowski, *Brussels I bis Regulation*, Colonia, Ottoschmidt, 2016, pp. 584–669; U. Magnus, "Choice of Court Agreements in the Review Proposal for the Brussels I Regulation, en E.Lein, *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, The British Institute of International and Comparative Law, 2012, pp. 83 ss.; "F. Pocar, "On the Substantive validity of Choice–of– Court Agreements under the EU Brussels I Regulation Recast", en *Essays in Honour of Michael Bogdan*, 2013, pp.471 ss; M. Virgos Soriano y F. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor,Thomson–Civitas, 2007, pp. 273–304.

intereses[58]. No obstante, a pesar de las ventajas que podría suponer para las partes, ya que aportaría seguridad jurídica y previsibilidad, esta opción no suele ser muy habitual en este tipo de asuntos[59]. Otra opción relacionada con la autonomía de la voluntad podría ser el foro del art. 26 del R. Bruselas I bis[60], el foro de sumisión tácita, el cual permite que sea competente el tribunal del Estado miembro en el que el demandante interpone la demanda y en el que el demandado la contesta sin impugnar la competencia del tribunal[61]. No hay que olvidar que la sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa anterior[62].

Otro foro general disponible para la víctima de un producto defectuoso es el foro del domicilio del demandado. El art. 4 del Reglamento Bruselas I–bis permite acudir a demandar al lugar donde el fabricante tenga su domicilio[63]. Este es un foro de competencia judicial internacional, posteriormente se deberá determinar el concreto tribunal territorial competente en atención al Derecho procesal interno del Estado miembro correspondiente. En el ordenamiento jurídico español sería en atención a la LEC. En el caso de la demanda se interponga contra una persona jurídica, se deberá tener presente para saber qué se entiende por domicilio el art. 63 del R. Bruselas I bis. Este precepto señala que una sociedad o persona jurídica se considera domiciliada en el lugar donde bien tiene su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal. Se trata de un concepto de domicilio múltiple, en base al mismo una sociedad podría tener su domicilio en varios Estados miembros a la vez o incluso en un Estado miembro y también en un tercer Estado. El demandante puede elegir cualquiera de ellos para interponer la demanda judicial. En el supuesto de que el demandado fuera una persona física se deberá tener presente el art. 62 del R. Bruselas I–bis. Esta norma no define qué debe entenderse por

[58] Sobre este foro en la jurisprudencia del TJUE *vid.*, *v.gr.,*. STJCE 24 de junio de 1981, as. C–150/80, *Elefanten*, ECLI:EU:C:1981; STJUE 21 de mayo de 2015, C–352/13, *Cartel Damage*, ECLI:EU:C:2015:335; STJUE 20 de abril de 2016, C–366/13, *Profit Investment*, ECLI:C:2016:282STJUE 7 de julio de 2016, C–222/15, *HÖszig*, ECLI:EU:C:2016:525; STJUE 24 de octubre de 2018, C–596, *Apple*, ECLI:EUC:2018:854.

[59] *Vid.* G. Palao Moreno, "La responsabilidad transfronteriza por productos defectuosos en la Unión Europea", *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 74, 2015, pp. 336–337.

[60] Para un comentario sobre este artículo *vid.* A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Article 26", en U. Magnus y P. Mankowski*, European Commentaries on Private International Law. Brussels I bis Regulation*, Colonia, Ottoschmidt, 2016, pp. 669–882.

[61] Para un mayor detalle sobre estos foros basados en la autonomía de la voluntad *vid.* A.L.Calvo Caravaca y J.Carrascosa González *Tratado de Derecho Internacional privado*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1.189–1.237.

[62] STJCE 7 de marzo de 1985, as. 48/84, *Spitzley*, ECLI:EU:C:1985:105, ap. 25.

[63] Sobre este foro *vid* este interesante estudio del prof. J. Carrascosa González, "Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas I bis 1215/2012: análisis crítico de la *regla actor sequitur forum rei*", *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 112–138.

domicilio, por lo que será de aplicación el Derecho interno del Estado miembro que vaya a conocer del asunto. En el caso de que la víctima planteara demandar a un productor persona física ante tribunales españoles debería tener presente el art. 40 Cc español[64].

También otra interesante opción en materia de litigación transfronteriza en el caso de productos defectuosos es el foro especial por razón de la materia que se recoge en el art. 7.2º RB I bis[65]. Este foro es el que se utiliza en materia de reclamaciones transfronterizas por daños y su uso no es exclusivo para demandas relacionadas con productos defectuosos. En base al art. 7.2º podría ser competente el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. Es un foro realmente interesante debido a que atribuye no sólo competencia judicial internacional sino también territorial y además en materia de productos defectuosos la interpretación que ha realizado el Tribunal de Justicia es extensiva. Esto es así debido a que en los ilícitos que analizamos puede llegar a ser complejo fijar en un mismo Estado el hecho causal y los daños que sufre la víctima, siendo frecuente en la práctica que nos encontremos ante ilícitos a distancia y plurilocalizados[66].

Los ilícitos en materia de producto defectuosos suelen ser generalmente "ilícitos a distancia". Es decir, ilícitos donde no hay coincidencia entre el país donde se producto el hecho causal y el país donde la víctima sufre el daño. En estos casos, el TJUE ha considerado que la mejor solución es optar por la "tesis de la ubicuidad"[67]. Por lo tanto, en base a dicha tesis demandante tendría dos opciones de litigación en base al art. 7.2º del Reglamento Bruselas I–bis cuando se trata de una reclamación por daños en el caso de productos defectuosos: 1) el demandante bien puede acudir al tribunal del lugar del origen del daño; o 2) al lugar donde se ha producido el daño[68]. El actor puede elegir litigar en cualquiera de esos dos Estados, no hay ninguno que tenga más peso o que prevalezca sobre el otro. Esto es así porque ambos

[64] A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho Internacional privado*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 1245.

[65] Para un mayor detalle *vid* sin carácter exhaustivo, *vid.* U. Magnus y P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law– Brussels I Bis Regulation*, Colonia, Otto Schimidt, pp. 80 ss.

[66] *Vid.* A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho Internacional privado*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 3615 y p. 3650; A. Saravalle, *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato,* Cedam, 1991, p. 33.

[67] STJUE 30 de noviembre de 1976, as. 21/76, *Mines de Potasse D' Alssace*, ECLI:EU:C:1976: 166, aps. 24 y 25.

[68] STJUE 16 de julio de 2009, C–189/08, *Zuid–Chemie BV*, ECLI:EU:C:2009:475, ap. 23. Sobre esta sentencia *vid. v.gr.*, N. Goñi Urriza, "La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el art. 5.3 del Reglamento 44/2001: nota a la STJCE 16 de julio de 2009", *CDT*, vol. 3, nº 1, 2011, pp. 290–295.

lugares presentan una conexión igual de próxima con el litigio[69]. Ese lugar del origen del daño o del hecho causal en litigios relativos a productos defectuosos es el lugar donde se ha fabricado el producto[70]. El lugar donde se ha producido el daño no presenta mayores problemas interpretativos, el lugar donde la víctima ha sufrido el daño causado por el producto defectuoso. Esta opción de litigación resulta muy positiva para la víctima debido a que normalmente el lugar donde se sufre el daño suele coincidir con el lugar de su residencia habitual. Por lo que en base al art. 7.2º del Reglamento Bruselas I bis en muchas ocasiones la víctima podrá acudir a demandar a los tribunales de su domicilio. Sin embargo, el TJUE ha remarcado que el objeto de esta interpretación del art. 7.2º en el caso de ilícitos a distancia no es favorecer a la víctima[71]. El objetivo es que las partes puedan litigar ante unos tribunales próximos en aras de favorecer la buena administración de justicia[72], lo cual implica reducir costes en la litigación, ya que la litigación en un lugar con conexión no genera sorpresa a las partes, facilita la recogida y práctica de la prueba y en definitiva la sustanciación adecuada del proceso.

En relación a los ilícitos plurilocalizados, cabe destacar que se trata de un mismo hecho causal que genera daños que se verifican en diferentes países[73]. El TJUE ha seguido para este tipo de daños la "tesis del mosaico"[74]. De este modo, la víctima tiene la posibilidad de reclamar una indemnización en atención al art. 7.2º del Reglamento Bruselas I–bis en el Estado donde ha sufrido los daños. Dicho tribunal sólo podrá conocer en relación a los daños que han tenido lugar en ese país. Si la víctima sufre daños en diferentes países debería reclamar Estado por Estado. En el supuesto de que se trata de un ilícito plurilocalizado pero a la vez también de un ilícito a distancia, el perjudicado tendría dos opciones[75]: 1) litigar ante el tribunal del Estado miembro del origen del hecho causal. La víctima podría reclamar ante dicho tribunal los daños producidos en todos los países del mundo; 2) litigar Estado miembro por Estado miembro en función de donde se ha producido el daño.

---

[69] STJUE 16 de junio de 2016, C–12/15, *Universal*, ECLI:EU:C:2016:449, aps. 26–28.

[70] STJUE 16 de enero de 2014, C– 45/13, *Andreas Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, ap. 26. Sobre esta sentencia *vid. ad ex.* I. Lorente Martínez, "Daños causados por los productos y competencia judicial internacional en la Unión Europea", *CDT*, vol. 6, nº2, 2014, pp. 351–361.

[71] STJUE 16 de enero de 2014, C– 45/13, *Andreas Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, ap. 31.

[72] STJUE 5 de junio de 2014, C–360/12,*Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318,apartado 46; STJUE 10 de septiembre de 2015, C-47/14, *Ferho*,ECLI:EU:C:2015:574, apartado 72.

[73] A.–L. Calvo Caravaca y J.Carrascosa González *Tratado de Derecho Internacional privado*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 3650.

[74] STJUE 7 de marzo de 1995,C–68/93, *Shevill*, ECLI:EU:C:1995:61,ap. 32; STJUE 27 de septiembre de 1988, as.189/87, *Kalfelis*, ECLI:ES:C:1988:459,ap. 21.

[75] A.–L. Calvo Caravaca y J.Carrascosa González *Tratado de Derecho Internacional privado*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 3651.

Hay que tener en cuenta que la reclamación por daños en el caso de ilícitos a distancia y/o plurilocalizados que se puede sustanciar en atención al art. 7.2º es respecto de daños directos que haya sufrido la víctima en cualquier Estado. Una víctima de un daño indirecto no podría basar su demanda en el art. 7.2º del Reglamento Bruselas I–bis. Un daño indirecto es aquel que se deriva de un daño directo[76]. *V.gr.* un padre que sufre un infarto cuando se entera que su hijo ha quedado en coma tras una operación realizada por un robot quirúrgico defectuoso. La razón de excluir los daños indirectos del art. 7.2º es para restar imprevisibilidad e incertidumbre, de no ser así, se podría sustanciar una demanda contra el demandado en cualquier país con conexión o sin ella, lo cual atentaría contra la buena administración de justicia. Esto no quiere decir que el perjudicado por un daño indirecto no pueda reclamar, lo puede hacer en atención a otros foros del Reglamento Bruselas I–bis, pero no en base al art. 7.2º.

Para concluir, en atención al caso hipotético planteado al inicio del apartado, señor que reside habitualmente en Alemania que sufre daños en España debido a que es operado en nuestro país por un robot quirúrgico defectuoso señalar que las opciones a la hora de litigar podrían ser las siguientes: 1) pactar bien de forma expresa (art. 25 Reglamento Bruselas I bis) o tácita el tribunal competente (art. 26 Reglamento Bruselas I bis); 2) acudir al domicilio del demandado (art. 4 Reglamento Bruselas I bis), en este caso hay que precisar si esta empresa tiene su domicilio en algún Estado miembro en atención al art. 63 Reglamento Bruselas I–bis. En este caso, señalábamos Delaware como domicilio porque tiene ahí su sede estatutaria pero si realiza sus actividades principales en uno o varios Estados europeos, a éstos se podría acudir en virtud del art. 4 del Reglamento Bruselas I bis; 3) acudir en atención al art. 7.2º Reglamento Bruselas I bis bien al lugar donde se fabricó el producto (en este caso era Francia, el robot se fabricó en dicho Estado) o al lugar donde se sufrieron los daños (España, debido a que fue el lugar de la operación).

2. Derecho aplicable

A) Aproximación inicial

La norma de conflicto aplicable por un tribunal español para determinar el Derecho aplicable en una demanda por daños en el caso de productos defectuosos es el Convenio del Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos[77] (en adelante CH 1973). El

[76] *Ibíd.*, p. 3.652.

[77] BOE 25.1.1989.Sobre este convenio *ad ex.* en la doctrina española, M. de Angulo Rodríguez, "El convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los

problema es que este Convenio no es de aplicación en todos los Estados europeos, lo que da lugar a que haya Estados en la UE en los que se aplique para responsabilidad por productos el art. 5 Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II")[en adelante, Roma II], y en otros, como España, se aplique el citado Convenio[78]. El Convenio prevalece en su aplicación frente al Reglamento Roma II en los países en los que el mismo se encuentra en vigor en atención a lo dispuesto en el art. 28.1º Reglamento Roma II[79]. Este precepto precisa que el Reglamento Roma II no afecta a la aplicación de los Convenios internacionales multilaterales de los que son parte los Estados miembro con anterioridad a la adopción del Reglamento Roma II en materia de la determinación del Derecho aplicable en obligaciones extracontractuales[80].

productos", *ADC*, 1974, pp. 921–940; M. Eslava Rodríguez, "El Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad por daños derivados de los productos en caso de muerte o lesiones corporales. Una iniciativa armonizadora anterior a la de las Comunidades Europeas", en *La responsabilidad internacional*, Alicante, 1990, pp. 473–483; J.M. Espinar Vicente, "Notas para un estudio de las nuevas perspectivas de la responsabilidad por daños en el Derecho internacional privado", *AESJ*, vol. VI, Granada, 1977, pp. 67–102; G. Esteban de la Rosa, "Ley aplicable a la responsabilidad por productos en Derecho internacional privado español", *RGD*, 2000, n. 667, pp. 4363–4390; I. Lorente Martínez, "La Ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en los casos internacionales. La perspectiva del Tribunal Supremo", en A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 607–627; G. Palao Moreno, "Product Liability: jurisdiction and applicable law in crossborder cases in the European Union", *ERA Forum*, 2010, pp. 45–65; E. Torralba Mendiola, *La responsabilidad del fabricante. Aplicación de la ley extranjera y normativa comunitaria*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 65–103; E. Zabalo Escudero,"La ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en el Derecho internacional privado español", *REDI,* 1991, vol. XLIII, pp. 75–107. En la doctrina extranjera *vid*. sin carácter exhaustivo, P. Cavin, "La convention sur la loi applicable à la responsabilité de produits (Conférence de La Haye)", *Ann. suisse dr. int.*, vol. XXVIII, 1972,, pp. 44–60; P. Cerina, "Osservazioni di diritto internazionale privato sulla direttiva CEE per danno da prodotti difettosi", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XXXVII, 1991, pp. 355–374; A. Dyer, "The Hague Convention on the law applicable to products liability after one fifth of a century", *International Litigation Quarterly*, diciembre 1993, pp. 41–550; T. Rodiek, Die Produkthaftung im Europäischen Kollisionsrecht, Frankfurt/Main, PL Acad. Research, 2015; G. Risso, "Product liability and protection of EU consumers: is it time for a serious reassessment?", *J. Priv. Int'l L.*, vol. 15, nº 1, 2019, pp. 210–233.

[78] Los países en los que actualmente se aplica el Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por productos son 11, y son: Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Montenegro, Noruega, Países Bajos, República de Macedonia del Norte y Serbia. Para ver el estado actual de países que aplican el convenio vid. [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status–table/?cid=84>] (consultado el 29 de julio de 2021).

[79] Para un mayor detalle sobre este particular *vid.* M. Guzmán Peces,"La coordinación de normas de fuente internacional: la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 713–714.

[80] La doctrina ha criticado esta solución que brinda el Reglamento Roma II *vid. v.gr.*. E. Torralba Mendiola, "El proyecto de Reglamento Roma II y la Ley aplicable a la responsabilidad por

No obstante, hay supuestos en los que los tribunales españoles van a aplicar el Reglamento Roma II y no el CH 1973 para determinar el Derecho aplicable, este podría ser los casos en los que el producto que causa el daño es una materia agrícola. España hizo una reserva en atención al art. 16 del Convenio y decidió no aplicarlo a productos agrícolas brutos[81].

B) La determinación del Derecho aplicable mediante el Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973

El Convenio de la Haya en materia de productos defectuosos es de aplicación *erga omnes* (es indiferente el domicilio, nacionalidad de las partes o cualquier otra circunstancia personal de las mismas) y contiene unos puntos de conexión complejos. Puntos de conexión de agrupación por contactos[82]. En otras palabras, estos puntos de conexión persiguen que se aplique un derecho verdaderamente conectado con el asunto con el fin de que no cause sorpresa a las partes afectadas por este tipo de litigios, que en muchos casos suelen ser consumidores. Los puntos de conexión que contiene este Convenio podrían resumirse en: a) Una regla general (art. 4). y b) Tres reglas especiales (arts. 5, 6 y 7).

Los puntos de conexión que recoge el Convenio son puntos de conexión materialmente orientados con el objetivo de que se aplique el Derecho más conectado, el orden de aplicación que el operador jurídico debe tener presente a la hora de determinar el Derecho aplicable mediante este Convenio es el siguiente, no pudiéndose cambiar el mismo, éste es:

1) Lo primero que se debe verificar es si *la residencia habitual de la víctima* coincide bien con bien con el establecimiento principal del responsable o con el lugar de adquisición del producto (art. 5 Convenio de la Haya). En el caso de que así sea, el Derecho aplicable será el del Estado de la residencia habitual de la víctima.
2) En el caso de que la víctima no tenga la residencia habitual en el lugar donde el responsable tiene su establecimiento principal o

productos", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, 2005, pp. 268–269, la autora propone que la solución debería haber sido la inversa, que la aplicación del Reglamento Roma II hubiera prevalecido frente a la del Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973.

[81] Para un mayor detalle *vid.* E. Torralba Mendiola, "El proyecto de Reglamento Roma II y la Ley aplicable a la responsabilidad por productos", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, 2005, pp. 270–271.

[82] *Vid.* A.–L .Calvo Caravaca y J.Carrascosa González, *Tratado de Derecho Internacional privado*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 515; G. Palao Moreno, "La responsabilidad transfronteriza por productos defectuosos en la Unión Europea", *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, nº 74, 2015, p. 344.

tampoco coincida con el lugar donde ha adquirido el producto, se deberá aplicar el art. 4. En base a este precepto, la Ley aplicable será la del *lugar del daño* siempre que ese lugar sea también el lugar de la residencia habitual de la víctima, o el lugar del establecimiento principal del responsable o el lugar donde se ha adquirido el producto por la víctima.

3) Si no se pudieran aplicar los arts. 5 y 4, en ese caso se podría aplicar el art. 6 del Convenio. Este punto de conexión permite que la víctima pueda elegir entre el Derecho sustantivo del país donde el responsable tiene su establecimiento principal o el Derecho del lugar donde se hubiera producido el daño[83].
4) Por último, se deberá tener presente la regla especial del art. 7. Este artículo señala que no se podrán aplicar las Leyes designadas en los arts. 4, 5 y 6 si la persona a la que se le imputa la responsabilidad demuestra que no pudo prever que el producto acabaría comercializándose en ese Estado.

La realidad en la práctica es que este Convenio de la Haya sobre Ley aplicable en materia de producto defectuosos se ha aplicado poco[84]. Una de las razones es debido a que muchos de los litigios que surgen en esta materia se solucionan extrajudicialmente. También otro de los motivos es que este Convenio que analizamos es complejo en su aplicación, las reglas subsidiarias que recoge junto con la acumulación de los puntos de conexión hacen que la tarea del operador jurídico se complique a la hora de determinar el Derecho aplicable. Desde nuestro punto de vista, se debería denunciar este Convenio por parte del Estado español como vía para que deje de estar en vigor en nuestro ordenamiento y poder aplicar de forma plena el Reglamento Roma II (art. 29 Reglamento Roma II). Esto permitiría conseguir uniformidad de soluciones y mayor seguridad jurídica.

C) El Derecho aplicable determinado por el Reglamento europeo Roma II

El Reglamento Roma II prevé una norma de conflicto especial para la responsabilidad por producto defectuoso en su art. 5[85]. No obstante, no es la única norma de conflicto aplicable, ya que también entran en juego para determinar el Derecho aplicable otras disposiciones del Reglamento como

[83] G. Palao Moreno, "La responsabilidad transfronteriza…", *loc. cit.*, p. 345.

[84] E. Torralba Mendiola, "El proyecto de Reglamento Roma II y la Ley aplicable a la responsabilidad por productos", *Revista jurídica Univ.ersidad Autónoma de Madrid*, nº 13, 2005, p. 269.

[85] La necesidad de esta norma de conflicto especial se apunta en el considerando 20 del Reglamento Roma II.

el art. 14 y el art. 4.2º. Aún así estas normas de conflicto son más sencillas de aplicar y más previsibles que las que se recogen el CH 1973. El objetivo es hacer un reparto equilibrado entre los riesgos que existen en una sociedad donde cada vez más los productos que se ponen en circulación tienen un mayor componente tecnológico. En atención a este precepto se podría determinar el Derecho aplicable a supuestos donde se reclaman daños causados por productos donde la responsabilidad ha sido objetiva o ha habido negligencia, quedando fuera de este precepto la responsabilidad contractual[86]. El art. 5 del Reglamento Roma I tiene un radio de acción mayor que el de la Directiva 85/374 debido a que se puede utilizar por cualquier víctima, tenga o no la condición de consumidor, incluyendo también a cualquier persona que se ha visto dañada de forma totalmente casual sin ser la que ha adquirido el producto para un consumo privado. Del mismo modo sucede con el término fabricante, el art. 5 hace referencia a *"la persona cuya responsabilidad se alega"* lo cual es positivo para las reclamaciones por productos tecnológicos, ya que en atención al Reglamento Roma II se podría determinar el Derecho aplicable no sólo para el fabricante en sí mismo sino también para otras personas que participan en el proceso de producción del producto, como podrían ser desarrolladores de *software.*

Las normas de conflicto para determinar el Derecho aplicable en atención al Reglamento Roma II serían las siguientes y el orden de prelación que recogemos:

1) *Art.14 Reglamento Roma II*. Las partes podrían elegir el Derecho aplicable[87], aunque no suele ser habitual en la práctica. La elección de Ley debería realizarse con posterioridad al hecho generador del daño. El art. 14 permite que se pueda elegir el Derecho aplicable con anterioridad a que el daño se produzca pero ambas partes deben realizar una actividad comercial. Supuesto que no es el que no nos encontraríamos en la responsabilidad por producto. La razón es evitar imposiciones de Ley a la parte más débil que suele ser la víctima. Este pacto puede realizarse de forma expresa o tácita[88], pero debe resultar de manera inequívoca en atención a las

[86] G. Palao Moreno, "La responsabilidad transfronteriza…", *loc. cit.*, p. 345.

[87] Sobre el alcance de la autonomía de la voluntad en materia de obligaciones extracontractuales *vid. ad ex.* S. Leible, "El alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II", *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 219–239.

[88] S. Leible, "El alcance de …", *loc. cit.*, p. 230; *Vid.* también, M.A. Rodríguez Vázquez, "La Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el espacio europeo", *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, 2010, pp. 167–179.

circunstancias del caso. La clave es que sea fácil probar la existencia del mismo. Además, dicha elección no puede perjudicar los derechos de terceros. La intención del legislador europeo es evitar perjudicar al asegurador, al cual la víctima puede reclamar mediante "la acción directa" (art. 18 Reglamento Roma II)[89]. De este modo, el perjudicado puede reclamar al asegurador del fabricante mediante la acción directa pero siempre que lo permite bien el Derecho que rige el contrato de seguro o el Derecho que resulta aplicable en atención al art. 4 del Reglamento Roma II[90]. Otra limitación a tener en cuenta es que las partes pueden elegir un Derecho extranjero aunque todos los elementos del caso apunten a un único Estado. Es decir, podrían convertir una relación meramente interna en internacional en atención a dicha elección. Pero la misma tiene "efectos jurídicos recortados"[91], debido a que el Derecho imperativo del Estado donde la obligación extracontractual presenta todos los elementos no se va a poder excluir (art. 14.2º Reglamento Roma II). Del mismo modo, las partes pueden elegir un Derecho de un tercer Estado aunque todos los elementos del asunto estén relacionados con uno o varios Estados miembros. No obstante, con dicha elección no se podrá obviar la aplicación del Derecho europeo(art. 14.3º Reglamento Roma II).

2) *Art. 4.2º Reglamento Roma II*. En ausencia de elección de Ley, el art. 5 del Reglamento Roma II señala que antes de acudir a los puntos de conexión del citado art. 5 se debe determinar el Derecho aplicable en atención a lo dispuesto en el art. 4.2º. Este artículo establece que el Derecho aplicable sería el de la residencia habitual común de la víctima y la persona cuya responsabilidad se alega. El principio de proximidad y la previsibilidad que aporta la residencia habitual ha sido muy tenido en cuenta por el legislador europeo. El art. 4.2º es un elemento clave en el Reglamento Roma II cuyo punto de conexión es un gran protagonista para determinar el Derecho aplicable para las obligaciones extracontractuales en atención a este Reglamento[92]. No hay que olvidar que este punto de conexión del art. 4.2º se aplica con anterioridad al clásico en materia extracontractual *lex loci delicti comissi"* qe se recoge en el art. 4.1º.

[89] *Vid.* sobre este particular, P. Jiménez Blanco, "El régimen de las acciones directas en el Reglamento de Roma II", *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 287–313.

[90] A.L.Calvo Caravaca y J.Carrascosa González *Tratado de Derecho Internacional privado*, vol. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 3.679.

[91] *Ibíd.*, p. 3.680.

[92] Críticas de la doctrina sobre el peso del art. 4.2º en la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales *vid*., *v.gr*., F.J. Garcimartín Alférez,"Un apunte sobre la llamada 'Regla general' en el Reglamento Roma II", *AEDIPr*, t. VIII, 2007, pp. 247–248.

Un aspecto importante es determinar qué se entiende por residencia habitual en el Reglamento Roma II, para ello se debe acudir al art. 23 del citado texto legal. El cual prevé la residencia habitual de las personas jurídicas –lugar administración central–, también de las sucursales y agencias –lugar donde se encuentra sito el establecimiento– y de las personas físicas profesionales– lugar del establecimiento principal de dicha persona–, pero no de las personas físicas. Para determinar la residencia habitual de las mismas habrá que acudir a la *lex fori*.

3) *Art. 5 Reglamento Roma II*. Si las partes no tienen su residencia habitual en el mismo Estado, se debe acudir a los puntos de conexión ordenados en cascada del art. 5. Los puntos de conexión que se recogen en el art. 5 utilizan también la técnica de la agrupación por contactos en aras de que se aplique una Ley estrechamente conectada con el asunto. Los puntos de conexión que se recogen en el art. 5.1º son los siguientes:

   a) La Ley aplicable a una reclamación por daños causados por un producto sería la Ley del país donde la persona perjudicada tiene su residencia habitual en el momento de producirse el daño siempre que el producto se comercializara en dicho país.
   b) La Ley del país donde se adquirió el producto siempre que dicho país sea también un lugar donde se comercializó el producto.
   c) La Ley del país donde se produjo el daño siempre que el producto se haya comercializado en dicho país.

También en el mismo precepto se recoge una "cláusula de previsibilidad" y una "cláusula de escape". La "cláusula de previsibilidad" es similar a la que se recoge en el CH 1973. Así, cuando la persona cuya responsabilidad se alega no pueda prever de forma razonable la comercialización del producto en un país cuyo derecho se determina en atención a las letras a, b y c, el Derecho aplicable a dicha reclamación extracontractual será el de su residencia habitual. Por su parte, la "cláusula de escape" concebida de forma excepcional por el legislador europeo si es una novedad respecto al clausulado del CH 1973[93]. En base a la misma se podría aplicar una Ley que presente vínculos manifiestamente más estrechos que la Ley determinada en atención al art. 5.1º. El Reglamento señala que un ejemplo de esa

[93] M. Guzmán Peces,"La coordinación de normas de fuente internacional: la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos", *AEDIPr*, t. XI, 2011, p. 711.

conexión manifiestamente más estrecha podría tener lugar cuando existe una relación contractual previa entre las partes.

En definitiva, el art. 5 del Reglamento Roma II es una norma de conflicto neutra donde se persigue que la protección del consumidor no perjudique al productor permitiéndole a este último conocer con bastante grado de certeza el Derecho aplicable en este tipo de litigios. A pesar de que el mejor escenario sería que el Reglamento Roma II fuera el instrumento legal internacional aplicable para determinar el Derecho aplicable en responsabilidad por producto en todos los Estados miembros, la realidad es que las soluciones a las que se llegan vía art. 5 del Reglamento Roma II y en el CH 1973 son similares en muchos supuestos[94]. Esto es así porque los puntos de conexión se conciben de forma bastante similar. Aunque en el Reglamento Roma II *el lugar donde se comercializa el producto* es la contacto que se añade al punto de conexión y en el CH 1973 es el *lugar del establecimiento del productor* y el *lugar de adquisición del producto* el Derecho que se suele acaba aplicando utilizando una y otra norma suele ser el mismo.

Un ejemplo nos permitiría reforzar dicha afirmación. Imaginemos que el robot X el cual ha sido fabricado Y causa daños en un paciente que reside en España. La intervención se realizó en Italia en un hospital privado en Roma que adquirió en Alemania. El fabricante del robot es una empresa con administración central y sede estatutaria en Milán. El robot sólo se ha comercializado en algunos países europeos como Francia o Italia. En el supuesto de que un juez italiano fuera competente para conocer del litigio, el Derecho aplicable se determinaría en atención al art. 5 del Reglamento Roma II, ya que es la norma de conflicto aplicable en defecto de elección de ley (art. 14) y también cuando las partes no tienen residencia habitual común (art. 4.2º). En atención al citado art. 5, el Derecho aplicable sería el del lugar donde se ha producido el daño siendo ese lugar también un país donde se ha comercializado el producto. Es decir, el Derecho italiano. En el caso de que resultara competente para conocer del asunto un juez español, el Derecho aplicable se debería determinar en atención al CH 1973, el art. 5 no sería de aplicación debido a que la víctima no tiene su residencia habitual en el lugar donde el responsable tiene su establecimiento principal ni tampoco es el lugar donde se adquirió el producto por la víctima. Sin embargo, aplicando el art. 4 del CH 1973, el juez español aplicaría el Derecho italiano también debido a que ese es el lugar del daño y además coincide con el lugar donde el fabricante tiene su establecimiento principal.

[94] Ya lo adelantaba M. Guzmán Peces,"La coordinación de…", *loc. cit.*, p. 712.

VI. Conclusiones

La litigación transfronteriza por daños causados por un producto cuando el mismo es un robot y además es un robot quirúrgico en la actualidad puede no ser frecuente. Sin embargo, puede que no sea algo muy extraño dentro de unos años. El *big data* y la inteligencia artificial junto con el internet de las cosas van a revolucionar (si no lo han hecho ya) la medicina de este siglo. Una medicina mucho más personal, más moderna y menos invasiva con el ser humano va a ser muy pronto una realidad. No obstante, esta nueva realidad no implica que las personas no sigamos sufriendo daños, los cuales ya no sólo van a ser causados por seres humanos sino también por robots. No hay que perder de vista que un elemento que va a estar casi siempre en este tipo de reclamaciones cuando los productos no funcionan adecuadamente por tener algún defecto va a ser el elemento extranjero. Así, podemos decir que el Derecho internacional privado va a ser junto con la tecnología el otro gran protagonista de los próximos años. A nuestro juicio, las normas actuales con las que contamos en la Unión Europea tanto en materia de competencia judicial internacional como en materia de Derecho aplicable son más que suficientes para responder a estas nuevas realidades. Como ya hemos señalado, lo aconsejable sería que los países europeos que son parte del CH 1973 lo denunciaran y se pudiera aplicar en todos los Estados miembros el mismo instrumento legal internacional. Sin embargo, no se prevé que esto vaya a suceder al menos a corto plazo. Opinión diferente mantenemos en relación a la Directiva sobre producto defectuosos, esta norma sí que debería ser adaptada y modificada en aras de dar respuesta a algunos de los problemas que hemos apuntado a lo largo del trabajo, *ad ex.* si un *software* se considera un producto para dicha Directiva o una mera actualización del mismo. Las modificaciones que puedan realizar siempre deberán tener presente todos los intereses en juego, los de la víctima pero también los de las empresas. La compensación a las víctimas no debería estar reñido con la innovación y el desarrollo tecnológico, un justo equilibrio entre ambos aspectos debería ser uno de los ejes fundamentales de la nueva normativa que actualmente se está fraguando en Europa.

Bibliografía

Bloom, M., Salzberg, A.D. y Krumel, T.N.: "Advanced Technology in Surgery", *Current Problems in Surgery*, vol. 39, nº 8, 2002.

Cadeddu, J.A.: D. Staoianovici y L.R. Kavouissi, "Robotics in urology surgery", *Urology*, vol. 49, nº 4, 1997.

Calo, R.: "Robotics and The Law: Liability For Personal Robots", disponible en [<https://ftp.documation.com:8443/references/ABA10a/PDfs/2_1.pdf>].

Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González, J.: "Article 26", en U. Magnus y P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law. Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 669–882.

Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González, J.: *Tratado de Derecho Internacional privado*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Camarillo, D., Thomas, B., Krummel, T.M. y Salisbury, J.K.: "Robotic tecnology in surgery: past, present, and future", *The American Journal in Surgery*, 188, 2004.

Carrascosa González, J.: "Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas I bis 1215/2012: análisis crítico de la *regla actor sequitur forum rei*", *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 112–138.

Conk, G.W.: "The True Test: Alternative Safers Designs For Drugs and Medical Device in a Patent–Constrained Market", *UCLA Law Review*, 49, 2002, disponible en [<http://ssrn.com/abstract=869746>].

Dasgupta, P., Jones, A., Gill, I.S.: "Robotic urological surgery: a perspective", *Robotic Urological Surgery*, vol. 95, nº 1, 2005.

Díaz Alabart, S.: *Robots y Responsabilidad Civil*, Madrid, Reus Editorial, 2018.

Dyer, A.: "The Hague Convention on the law applicable to products liability after one fifth of a century", *International Litigation Quarterly*, diciembre 1993, pp. 41–550.

García Micó, T.G."Litigación asociada a la cirugía robótica con el da Vinci", *InDret*, 2014, pp. 8–12. Disponible en [<https://InDret.com/wp–content/themes/InDret/pdf/1083_es_.pdf>].

García Portero, R.: "Los robots en sanidad", en M. Barrio Andrés, *Derecho de los robots*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Garcimartín Alférez, F.J.: "Un apunte sobre la llamada 'Regla general' en el Reglamento Roma II", *AEDIP*r, t. VIII, 2007, pp.241–250.

Guzmán Peces, M.: "La coordinación de normas de fuente internacional: la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 695–716.

Jiménez Blanco, P.: "El régimen de las acciones directas en el Reglamento de Roma II", *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 287–313.

Leible, S.: "El alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II", *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 219–239.

Lorente Martínez, I.: "Daños causados por los productos y competencia judicial internacional en la Unión Europea", *CDT*, vol, 6, nº2, 2014, pp. 351–361.

Lorente Martínez, I.: "La Ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en los casos internacionales. La perspectiva del Tribunal Supremo", en A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dir.): *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 607–627.

Martínez Ramos, C.: "Robótica y cirugía laparoscópica", *Revista Cirugía española*, vol. 80, nº 4, 2006.

Mayhew, E.: "9 avances de la medicina que han hecho que las guerras sean menos mortals", disponible en [<https://www.bbc.com/mundo/noticias–37865043>].

Navas Navarro, S.: "Responsabilidad civil del fabricante y tecnología inteligente", *Diario La Ley*, 18 de diciembre de 2019.

Palao Moreno, G.: "La responsabilidad transfronteriza por productos defectuosos en la Unión Europea", *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, nº 74, 2015, pp. 333–352.

Parra Lucán, M.A.: "Comentario al art. 137 TRLGDCU", en R. Bercovitz Cano, *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

Prieto Molinero, R.: *El riesgo del desarrollo: un supuesto paradójico en la responsabilidad por productos*, Madrid, Dykinson, 2005.

Risso, G.: "Product liability and protection of EU consumers: is it time for a serious reassessment?", *J. Priv. Int'l L.*, vol. 15, nº 1, 2019, pp. 210–233.

Rodríguez Vázquez, M.A.: "La Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el espacio europeo", *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, 2010, pp. 167–179.

Roge Vide, C.: "Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la Jurisprudencia en la mano", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, 1999.

Saceanu, S.M., Angelescu, C., Valeriu, S. y Preascu, A.: "Telesurgery and Robotic Surgery: Etihical and Legal Aspect", *Journal of Community Medicine & Health Education*, 5:3, 2015.

Saravalle, A.: *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato,* Pádua, Cedam, 1991.

Solé Feliú, J.: *El concepto de defecto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

Spindler, G.: "User liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots", en S. Lohsse, R. Schulze y D. Staudenmayer, (eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Nomos Verlag, Baden Baden, 2019, pp. 125–145.

Taylor, R. y Stoianovivi, D.: "Medical robotics in computer–integrated surgery", *IEE Transaction on Robotics and Automation*, vol. 19, nº 5, 2003.

Tomás Martínez, G.: "¿Puede un robot ser responsable por causar daños? Primeras reflexiones ante el reto europeo de innovación legal", en L. Prats Abentosa, G. Tomás Martínez, *Culpa y responsabilidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2017, pp. 859–869.

Torralba Mendiola, E.: "El proyecto de Reglamento Roma II y la Ley aplicable a la responsabilidad por productos", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, 2005, pp. 253–272.

Torralba Mendiola, E.: *La responsabilidad del fabricante. Aplicación de la ley extranjera y normativa comunitaria*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Van Rossum, C.: "Liability for robots: legal responsabilities in cases of errors or malfunctioning", disponible en [<https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/479/449/RUG01–002479449_2018_0001_AC. pdf p>] (consultado el 17 de junio de 2021).

Zabalo Escudero, E.: "La ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en el Derecho internacional privado español", *REDI*, 1991, vol. XLIII, pp. 75–107.

Recibido: 30 agosto 2021
Aceptado: 1 octubre 2021

La fiducia inmobiliaria de administración y el concepto de "obligaciones contractuales" en el Reglamento Roma I

Eva JIMÉNEZ PALMA*

SUMARIO: I. Introducción. II. La fiducia inmobiliaria de administración en el comercio internacional: 1. Aproximación conceptual. 2. Estructura interna. 3. Internacionalidad de la operación. III. Problemas de calificación en sede conflictual: especial referencia al ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I. 1. Fraccionamiento de la operación. 2. Obligaciones contractuales presentes en la fiducia inmobiliaria de administración. 3. Alcance de la exclusión de los *trusts* (art. 1.2º.h RRI) sobre la fiducia inmobiliaria de administración.4. Repercusiones prácticas: breve aproximación a la ley aplicable a la transmisión de la propiedad inmobiliaria con fines de administración. IV. Conclusiones.

RESUMEN: La determinación de las fuentes de regulación de la "fiducia inmobiliaria de administración" en el comercio internacional es ciertamente compleja. La internacionalización de este novedoso entramado negocial, su polémica naturaleza jurídica, la disparidad normativa existente en Derecho comparado, el fracaso de ciertos intentos unificadores en materia fiduciaria, y la consecuente necesidad de acudir al tradicional método conflictual, constituyen las principales notas que caracterizan la reglamentación de este tipo de transacciones fiduciarias en el tráfico comercial internacional. En este trabajo se analizan algunos de los problemas de calificación que plantean estos entramados en sede conflictual. Puesto que estamos ante una significativa "operación compleja", compuesta por numerosas relaciones jurídicas de distinta naturaleza, se ha optado por realizar una calificación múltiple y, a partir de ahí, se ha determinado si algunas de ellas tienen carácter contractual en el sentido del Reglamento Roma I, y si se subsumen en el ámbito material de dicho instrumento europeo. Para ello, no solo se ha de traer a colación el concepto europeo de "obligaciones contractuales"; se debe examinar también el significado y alcance de la exclusión de los *trusts* prevista en el art. 1.2º.h) del Reglamento Roma I. Reglamento cuyas disposiciones, en todo caso, han de ser interpretadas y aplicadas de manera uniforme por todos los Estados parte, con independencia del tratamiento que reciban estas instituciones en sus sistemas jurídicos.

PALABRAS CLAVE: FIDUCIA INMOBILIARIA – OPERACIÓN JURÍDICA COMPLEJA – REGLAMENTO ROMA I – CALIFICACIÓN JURÍDICA – OBLIGACIONES CONTRACTUALES – *TRUSTS.*

* Profesora de Derecho internacional privado. Universidad de Málaga.

ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.08

Real estate management fiducia" and the concept of "contractual obligations" in Rome I Regulation

ABSTRACT: The determination of the sources of regulation of the "real estate management fiducia" in international trade is certainly complex. The internationalization of this new business framework, its controversial legal nature, the existing normative disparity in comparative law, the failure of certain unifying attempts in fiduciary matters, and the consequent need to resort to the traditional conflictual method, constitute the main features that characterize the regulation of this type of fiduciary transactions in international commercial traffic. In this work some of the qualification problems posed by these frameworks in conflictive headquarters are analyzed. Since we are facing a significant "complex operation", made up of some legal relationships of different nature, it must be determined whether some of them are contractual in the sense of the Rome I Regulation, and whether they are subsumed within the material scope of said European instrument. To do this, not only must the European concept of "contractual obligations" be brought up; the meaning and scope of the exclusion of trusts provided for in art. 1.2.h) of the Rome I Regulation must also be examined. These provisions, in any case, must be interpreted and applied in a uniform manner by all States parties, regardless of the treatment that these institutions receive in their legal system.

KEYWORDS: REAL ESTATE FIDUCIARY INSTRUMENTS – COMPLEX LEGAL TRANSACTIONS – ROME I REGULATION – QUALIFICATION – CONTRACTUAL OBLIGATIONS – TRUSTS

I. INTRODUCCIÓN

1. Asistimos a un notable debilitamiento en las formas tradicionales de gestión de proyectos de construcción inmobiliaria, lo que ha llevado en numerosos países a optar por modelos más novedosos, como la denominada "fiducia inmobiliaria", que representa una herramienta de fuerte impacto en el esquema de los negocios fiduciarios y una importante alternativa para la expansión del mercado inmobiliario. Así ha quedado evidenciado en numerosos sistemas jurídicos, donde se ha optado por regular esta institución –de forma más o menos específica– y donde resulta prácticamente inconcebible actualmente construir sin fiducia inmobiliaria[1].

[1] En este sentido, destacan especialmente algunos sistemas jurídicos latinoamericanos, como los de Colombia, México o Argentina, entre otros. En ellos, no solo se prevé una regulación general de los negocios fiduciarios, sino que, en algunos casos, también regulan específicamente la fiducia inmobiliaria («fideicomiso inmobiliario», atendiendo a la terminología empleada comúnmente en tales ordenamientos). Asimismo, esta operación también ha sido consolidada jurisprudencialmente y en la práctica jurídica de tales países. Para un estudio general de los «fideicomisos inmobiliarios» regulados en Latinoamérica, *vid*. E. Casas Sanz De Santamaría, *Del «Trust» anglosajón a la fiducia en Colombia*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2004, pp. P.M. Guiraldi, *Fideicomiso (Ley 24.441)*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 11–38; C.A. Molina Sandoval, *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Buenos Aires, Euros Editores, 2009, pp.11–22; S. Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios: su significación en América latina,* Colombia, Legis, 2017, pp. 44–100. Otros sistemas jurídicos de derecho civil (*civil law*

Sus innumerables ventajas han fomentado incluso que en la práctica comercial de otros Estados –como España– se esté planteando la posibilidad de celebrar este tipo de negocios[2].

2. A modo de delimitación del objeto de estudio, cabe destacar que existen multitudes de esquemas de fiducia inmobiliaria, en atención a la función económica de la obligación asumida, al bien objeto del negocio, a la naturaleza pública o privada del fiduciante, etc. En términos generales, se puede afirmar que la fiducia inmobiliaria puede ser de administración, de inversión, de garantía o de titulización[3]. En el presente trabajo, será objeto de análisis la "fiducia inmobiliaria de administración", esto es, la que tiene por objeto la administración del completo desarrollo del proyecto de construcción inmobiliaria y la retransmisión final de las unidades inmuebles resultantes[4]. Se excluyen, por tanto, los negocios fiduciarios de inversión inmobiliaria. Aunque estos negocios contemplan ciertas funciones de administración, su finalidad principal no es esta, sino la captación del capital necesario parala financiación del proyecto inmobiliario[5]. Lo mismo ocurre

jurisdictions) también contemplan la posibilidad de celebrar negocios fiduciarios de administración en el ámbito inmobiliario. En Francia, por ejemplo, destacan tres figuras: *fiducies de redevances ou de ressources*, *fiducies comerciales* y *fiducies de placement immobilier*. *Vid. infra*. párrafo 10.

[2] Un sector de la doctrina civilista e internacional–privatista ha venido analizando la conveniencia de una reforma de alcance general en nuestro Derecho interno español que tipifique los negocios fiduciarios en general, así como ciertas figuras en particular, como la transmisión de la propiedad con fines de garantía (*fiducia cum creditore*); y que garantice, en esta materia, la seguridad en el tráfico nacional e internacional. *Vid*., entre otros, R. Caro Gándara, "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; P. Salvador Cordech, "Fideicomiso inter vivos, fundación de interés particular y fiducia expresa: una propuesta de política jurídica", *Diario La Ley*, nº 9892, Sección Tribuna, 15 de Julio de 2021, Wolters Kluwer, disponible en [<https://noticias.juridicas.com/160–anos–de–ley–hipotecaria/noticias/16460–fideicomiso–inter–vivos–fundacion–de–interes–particular–y–fiducia–expresa:–una –propuesta–de–politica–juridica/>].

[3] Para profundizar sobre la gran variedad de esquemas de fiducia inmobiliaria existentes en los distintos sistemas jurídicos, *vid*. S.I. Bello Knoll, *Fideicomiso público*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013, pp. 171–231; E. Casas Sanz De Santamaría, *Del «Trust»…, op. cit.*, pp. 34–38; N.P. Etchegaray, *Fideicomiso*, Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 81–115; L.M. Medina Vanegas y J.A. Vásquez Torres, "Responsabilidad de las fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios", *Universidad Militar Nueva Granada*, Bogotá, 2014, pp. 10–18; C.A. Molina Sandoval, *El fideicomiso…, op. cit.*, pp. 381–503; S. Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios…, op. cit.*, pp. 399–559.

[4] También conocida como "fiducia inmobiliaria clásica". Es necesaria una precisión terminológica a este respecto. Para referirnos a la fiducia inmobiliaria de administración, utilizamos en ciertas ocasiones dicha denominación clásica, así como el término "fiducia inmobiliaria", por tratarse de la categoría general en la que se incluye aquella.

[5] Es el caso de los conocidos fondos de inversión inmobiliaria (FII), entre otros. En el actual y relevante as. 272/18, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el tratamiento que reciben este tipo de operaciones fiduciarias en Derecho internacional privado europeo;

con los restantes esquemas mencionados, en los que, aunque el fiduciario lleve a cabo tareas de administración, este no es su fin último. De otro lado, este trabajo se centra en operaciones celebradas por particulares con fines privados; excluyendo, de este modo, los negocios fiduciarios de naturaleza pública, es decir, aquellos en los que intervienen –en calidad de fiduciantes o de beneficiarios– sujetos de Derecho público[6].

3. En la práctica jurídica, la fiducia inmobiliaria de administración suele presentar elementos transfronterizos. Dicha internacionalidad (por la que el esquema fiduciario queda vinculado a más de un ordenamiento jurídico), junto con su polémica naturaleza jurídica, la disparidad normativa existente en Derecho comparado, el fracaso de ciertos intentos unificadores en materia fiduciaria, y la consecuente necesidad de acudir al tradicional método conflictual, constituyen las principales notas que caracterizan la reglamentación de este tipo de transacciones fiduciarias en el tráfico comercial internacional.

4. El necesario recurso al método conflictual aumenta, aun si cabe, los interrogantes que suscitan estos negocios fiduciarios en el tráfico jurídico externo. La aplicación de las normas de conflicto en la práctica fiduciaria plantea numerosos problemas de aplicación. El primero de ellos, de carácter preliminar, es el relativo a la identificación del instrumento normativo en virtud del cual se determinará la ley aplicable a la fiducia inmobiliaria transfronteriza. En este sentido, la posibilidad –o imposibilidad– de aplicar las normas de conflicto insertas en el Reglamento Roma I[7] depende de que la relación jurídica en cuestión se subsuma en los ámbitos de aplicación de dicho texto europeo. Este proceso de calificación entraña, como se examinará *infra*, una doble dificultad: (i) la primera de ellas referida al concepto europeo de "obligaciones contractuales", para la que se deberá traer a colación la vasta jurisprudencia del TJUE y doctrina existente en la

particularmente, en el Reglamento Roma I. Para un análisis completo de la resolución, *vid*. E. Jiménez Palma, "Fondos de inversión inmobiliaria y Derecho internacional privado europeo: reflexiones al hilo de la STJUE 3 de octubre de 2019, Verein für konsumenteninformation, C–272/18", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº 2, 2021, pp. 789–805. Para un análisis de la influencia de los «*real estate investment trusts*» en el mercado inmobiliario de la Costa del Sol, *vid*. R. Urrestarazu Capellán, J.L. Sánchez Ollero y A. García Pozo, "The influence of the real estate investment trust in the real estate sector on the Costa del Sol", *European Research on Management and Business Economics,* vol. 27, nº 1, Enero–Abril 2021, disponible en [<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S2444883420303144? token=78E1918CC1E3FDD085DD7D1E4EC078075E49F0A154E7ED81246F7D6048A5CB27299B0E6DDBA18AB0CFBCA6D1A94960D&originRegion=eu–west–1&originCreation=20210822095632>].

[6] Para un análisis exhaustivo de los negocios fiduciarios de naturaleza pública, *vid*. S.I. Bello Knoll, *Fideicomiso público*…, *op. cit*., pp. 135–314.

[7] Reglamento (CE) n º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

materia, con el fin de comprobar si los atributos de la fiducia inmobiliaria se subsumen en el mismo; (ii) la segunda, relativa al alcance de la exclusión contemplada en el art. 1.2º.h) del Reglamento sobre las instituciones fiduciarias, como la que nos ocupa en el presente trabajo. No obstante, antes de adentrarnos en el análisis de estos problemas de calificación que plantea la fiducia inmobiliaria de administración en sede conflictual, resulta indispensable partir de una breve aproximación material a la figura en la que se examine, desde una perspectiva sustantiva, su concepto, su polémica naturaleza jurídica en Derecho comparado y su compleja estructura interna.

II. LA FIDUCIA INMOBILIARIA DE ADMINISTRACIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

1. Aproximación conceptual

5. En el Derecho romano clásico existían dos modalidades de fiducia: la fiducia con fines de garantía (*fiducia cum creditore*) y la fiducia con fines de administración (*fiducia cum amico*)[8]. De acuerdo con esta tradicional clasificación, la fiducia inmobiliaria se enmarca en la segunda modalidad, esto es, la que tiene por objeto la transmisión de bienes fiduciarios para que estos sean gestionados por el fiduciario y retransmitidos por este una vez cumplida la función encomendada. Aunque resulta complejo ofrecer un concepto universal de "fiducia inmobiliaria", se podría afirmar que se trata

[8] Mientras la primera modalidad tenía por objeto entregar la propiedad del bien a fin de recuperarla una vez satisfecha la deuda garantizada; en la segunda, el objetivo consistía en la transmisión de ciertos bienes para que quien los recibía los administrara de una forma determinada y los retransmitiera al fiduciante una vez cumplido el plazo o condición acordada. *Vid*. R. Caro Gándara, "La transmisión de propiedad...", *loc. cit*., p. 254. Para mayor profundización sobre la mencionada clasificación, los antecedentes históricos de la fiducia y su evolución en distintos sistemas jurídicos (como el español, el francés o el alemán, entre otros), *vid*. A. Bosch Carrera, "La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust, y los fideicomisos)", en M. Garrido Melero y J.M. Fugardo Estivill (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 565–600; C. Fuenteseca, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 47; M. Fuenteseca, *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 33–38; M.J. García Garrido, *Derecho Privado Romano*, 3ª Ed., Madrid, Dikinson, 1985, p. 358; T. Giménez–Candela, *Derecho privado romano*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp. 422–424; M.C. Gómez Buendía, "La fiducia en el Derecho romano clásico y su posterior evolución", en M. Garrido Melero y S. Nasarre Aznar (coords.), *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust*, *III Congreso de Derecho Civil Catalán*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 157–171; J.B. Jordano Barea,*El negocio fiduciario*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 23; M. Navarro Martorell, *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, Bosch, 1950, pp. 27–28; C.A. Molina Sandoval, *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Buenos Aires, Euros Editores, 2009, p. 9; B. Rodríguez–Rosado, *Fiducia y pacto de retro en garantía,* Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 6 y 13.

de una operación en virtud de la cual el o los fiduciantes transmiten la propiedad de uno o más bienes inmuebles (por ejemplo, un terreno) al fiduciario (entidad ajena y profesional, denominada "sociedad fiduciaria") con el fin de que esta última administre y gestione el completo desarrollo del proyecto inmobiliario –en los términos y plazos convenidos– y retransmita, finalmente, las unidades inmuebles resultantes, bien a título de beneficiario (a los fiduciantes o a otras personas designadas por ellos) o bien a título de compraventa (a terceros interesados en la adquisición de dichas unidades inmuebles)[9].

6. Al igual que sucede en cualquier esquema fiduciario, es precisamente la confianza depositada en el fiduciario la que motiva la celebración de estas transacciones comerciales. Entre las ventajas que presenta esta operación, destaca –al hilo de la mencionada confianza en la profesionalidad de la sociedad fiduciaria– la relativa a la "impermeabilización del patrimonio". Al integrarse los bienes en un patrimonio autónomo, separado del patrimonio personal del fiduciario, se logra minimizar muchos de los riesgos que suelen presentar los proyectos de construcción inmobiliaria, como la no finalización de la obra, la insolvencia del promotor / constructor, o el incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de los adquirentes de las unidades inmuebles, entre otros. De este modo, el patrimonio fiduciario solo responderá ante las obligaciones o deudas contraídas en el marco del propio negocio. No se verá afectado, por tanto, por las deudas personales del fiduciario ni por las de los promotores o constructores del proyecto[10].

2. Estructura interna

7. La fiducia inmobiliaria para el desarrollo de proyectos de construcción se caracteriza por involucrar un claro fenómeno de conexidad o agrupamiento contractual, resultante de la combinación de varios negocios jurídicos –celebrados con profesionales de distintos ámbitos– que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí[11]. Esta operación

[9] L.G. Baena Cárdenas, *Fiducia inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho de consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 25–37; S. Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios…, op. cit.,* p. 186.

[10] L.G. Baena Cárdenas, *Fiducia inmobiliaria…, op. cit.,* pp. 26–29; S. Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios…, op. cit.,* pp. 139–140 y 172–173.

[11] L.G. Baena Cárdenas, *Fiducia inmobiliaria*…, *op. cit*., pp. 38–69. Como expone este autor al analizar todos los elementos subjetivos y objetivos de la operación, en la actualidad es muy frecuente que, a fin de realizar una operación económica, las partes celebren de forma simultánea o sucesiva diversos contratos que no funcionan de forma aislada, sino que quedan vinculados de forma que solo el conjunto de ellos los conduce a la consecución del objetivo que persiguen. Concurren, de este modo, dos fines o funciones: uno individual, particular de cada negocio jurídico; y otro global, común a todo el entramado negocial.

compleja, que podría ser denominada como "esquema de fiducia inmobiliaria de administración" (en sentido amplio), está compuesta por un "contrato marco" o "contrato matriz" (el "negocio fiduciario" en sentido estricto, celebrado entre fiduciante/s y sociedad fiduciaria) y varios "contratos secundarios" o "contratos accesorios".

En virtud del contrato marco,esto es, del negocio fiduciario *stricto sensu*,el o los fiduciantes transfierena la sociedad fiduciaria el inmueble en el que se desarrollará el proyecto de construcción y, en su caso, planos, licencias y demás documentos necesarios para ello. Debe aclararse que se trata de un único negocio. Como cualquier negocio fiduciario de administración, consiste básicamente en transmitir un bien a un fiduciario para que este lo administre o gestione en los términos acordados. El carácter complejo de este negocio –en tanto que no solo se origina la transmisión de un bien inmueble sino también una prestación de servicios fiduciarios de administración– no implica que estemos ante dos o más negocios jurídicos[12].

Los contratos secundarios, por su parte, son celebrados generalmente entre la sociedad fiduciaria –como encargada de la gestión del proyecto de construcción– y otros sujetos que intervienen indirectamente en la operación fiduciaria. Entre estos negocios accesorios, la doctrina especializada menciona comúnmente los contratos de vinculación, como contratos de consumo celebrados entre la sociedad fiduciaria y los beneficiarios; los contratos de opción de compra o contratos de promesa, que les vinculan con los futuros adquirentes de vivienda; los contratos de crédito celebrados con entidades financieras para financiar el proyecto; la propia contratación de la construcción con la empresa encargada de edificar los inmuebles; etc.

3. Internacionalidad de la operación

8. Como se ha adelantado *supra*, en la práctica jurídica estos esquemas fiduciarios suelen presentar elementos transfronterizos[13]. La internacionalidad de la operación puede manifestarse en elementos personales o subjetivos relativos a las partes que intervienen en tal esquema

[12] *Cf.* A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho internacional privado,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 3168–3171. Estos autores sostienen, en cambio, que los negocios fiduciarios están compuestos por dos contratos diferentes, uno de transmisión de propiedad y otro de gestión.

[13] El carácter transfronterizo de estas transacciones comerciales viene dado especialmente por la internacionalización de la actividad inmobiliaria en zonas como la Costa del Sol, al constituir un polo de atracción de inversión extranjera, debido, principalmente, al clima.

fiduciario (nacionalidad, residencia o domicilio), o por elementos objetivos de la propia relación jurídica (situación del inmueble, lugar de celebración del negocio, lugar de prestación de los servicios fiduciarios, etc.).

9. Dicho carácter transfronterizo, por el que la fiducia inmobiliaria queda vinculada, en casi todas las ocasiones, a más de un ordenamiento jurídico, aumenta las dificultades a las que se enfrentan comúnmente estos negocios fiduciarios. Y es que la disparidad normativa que nos muestra el Derecho comparado en esta materia no solo hace cuestionar la validez de este negocio y su eficacia (*inter partes* y frente a terceros), sino que es el caldo de cultivo de los problemas de calificación que se expondrán en los siguientes epígrafes. En atención a la mencionada disparidad normativa, cabe distinguir tres grupos o escenarios diferentes: (i) en primer lugar, aquellos ordenamientos jurídicos en los que están firmemente consolidados los "fideicomisos inmobiliarios", como es el caso de numerosos países latinoamericanos[14]; (ii) de otro lado, aquellos sistemas jurídicos que no cuentan con una regulación especial para la fiducia inmobiliaria de construcción pero que sí han regulado los negocios fiduciarios en general[15]; (iii) y, por último, un tercer grupo de Estados que aún no han regulado estos negocios por considerarlos, en muchos casos, incompatibles con los principios jurídicos que inspiran su ordenamiento[16].

10. Cabe destacar que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno se reconoce actualmente la validez y la eficacia de los negocios fiduciarios de administración en general (también conocidos con el término de "fiducia–gestión"). Tras algunas reformas legislativas importantes, tales sistemas jurídicos han regulado esta institución de forma más o menos general. En otros casos, la fiducia ha sido construida jurisprudencialmente, o con base en una práctica comercial fuertemente consolidada. Así se desprende de los numerosos estudios de Derecho comparado que se han realizado en la materia y de la *Lista de fideicomisos (trust) e instrumentos jurídicos análogos regulados por el Derecho de los Estados miembros notificados a la Comisión Europea*, en la que se enumeran, entre otras, las siguientes instituciones: *Svěřenský fond* (Chequia), *Fiducies* (Francia), *Mandato fiduciario* y *Vincolo di destinazione* (Italia), *Contrats fiduciaires* (Luxemburgo), *Trusts y Foundations* (Malta), *Fonds voor gevene rekening* (Países Bajos), o *Fiducia* (Rumanía)[17]. No obstante, y como afirma

[14] Como ya se ha expuesto, en algunos sistemas jurídicos de Latinoamérica como Colombia, México o Argentina, entre otros, se prevé un tratamiento específico para el «fideicomiso inmobiliario». *Vid. supra*. nota 1.

[15] Este es el caso –como se señalará a continuación– del sistema jurídico francés, entre otros.

[16] Por ejemplo, España. *Vid*. *infra* párrafo 11.

[17] DO C 136 de 27.4.2020, pp. 5–6, que anula y sustituye a la lista publicada en el DO C 434 de 27.12.2019, p. 27. El art. 31, ap. 10, de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo

C. Witz, cada fiducia es un modelo único que dispone de sus propias particularidades, de modo que no existe una fiducia en sí, sino tantas fiducias como sistemas de Derecho civil de tradición romana[18].

En el sistema jurídico francés, por ejemplo, la fiducia (*fiducie*) fue incorporada mediante la Ley 2007–211, de 19 de febrero de 2007, que introdujo los arts. 2011 a 2030 en el *Code civil*[19]. Han de ser destacadas algunas ideas esenciales en relación a esta institución fiduciaria: (i) se constituye mediante un contrato solemne que ha de constar por escrito; (ii) como queda definida expresamente en el art. 2011, es una operación en virtud de 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; (iii) el fiduciario adquiere una propiedad plena sobre los bienes y derechos fiduciarios, los cuales se integran en un patrimonio de afectación o patrimonio fiduciario protegido, separado del patrimonio personal del fiduciario, de modo que tan solo responden de las deudas nacidas de su conservación o gestión (art. 2025); (iv) en virtud de los arts. 2019 y 2020, los contratos fiduciarios –así como los bienes inmuebles y los derechos reales inmobiliarios resultantes de aquellos– deben ser registrados en el servicio de impuestos y en el Registro nacional de fiducias, que no cumple una función de publicidad –puesto que no está destinado a ser consultado por terceros–, sino más bien de control frente a la evasión

y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, obliga a los Estados miembros a notificar a la Comisión las categorías, la descripción de las características, los nombres y, en su caso, la base jurídica de los fideicomisos (*trust*) e instrumentos jurídicos análogos que se rigen por su legislación. El mismo artículo obliga a la Comisión a publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea la lista consolidada de tales fideicomisos (*trust*) e instrumentos jurídicos análogos notificados por los Estados miembros. Como se explica expresamente en el mencionado texto, las instituciones fiduciarias en Italia, Chipre, Luxemburgo y Países Bajos se reconocen en virtud de las disposiciones del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento.

[18] C. Witz, "Les caractères distinctifs de la fiducie", *Trust & fiducie: concurrents ou compléments?*, Actes du colloque tenu à Paris, les 13 et 14 juin 2007, Step France, Academy & Finance, Genève, 2008. Tanto es así que no existe unanimidad en lo que respecta a los elementos objetivos y subjetivos de estos negocios. De hecho, se ha afirmado que de la fiducia se discute prácticamente todo: su naturaleza jurídica, si tienen o no carácter contractual, si se transmite o no la propiedad de los bienes fiduciarios, si se constituye un patrimonio autónomo y si este tiene personalidad jurídica, si la configuración de estos negocios es incompatible o contraria al principio de *numerus clausus*, si son equivalentes a los *trusts* desde un punto de vista funcional y estructural, etc.

[19] Preceptos en los que quedó contenido el régimen general de la fiducia, esto es, tanto la fiducia–gestión (*fiducie–gestion*) como la fiducia–garantía (*fiducie–surêté*).

fiscal y el blanqueo de capitales[20]. En el marco de esta regulación general, se permite la constitución de fiducias inmobiliarias en dicho sistema[21].

11. En lo que respecta, en cambio, a los sistemas jurídicos que no regulan aún la fiducia con carácter general, podemos destacar el caso del ordenamiento jurídico español. Esclavo de los principios tradicionalmente asentados, el legislador español no regula ni en el Código civil ni en el Código de comercio los negocios fiduciarios[22]. Es por ello por lo que la eficacia de dicha institución en el Derecho civil común español actual es bastante incierta[23]. Aunque en un principio la teoría del negocio fiduciario fue bien recibida en España, su evolución no obtuvo una respuesta unánime por parte de la doctrina[24] ni de la jurisprudencia española[25]. De hecho, aún se mantiene en la actualidad un profundo debate acerca de la naturaleza de este negocio, de su validez y de sus efectos frente a terceros[26]. Debe

[20] R. Caro Gándara, "La transmisión…", *loc. cit.,* pp. 270–273.

[21] De hecho, destacan en el sistema jurídico francés tres figuras: las *fiducies de redevances ou de ressources*, las *fiducies comerciales* y las *fiducies de placement immobilier*.

[22] E. Estrada Alonso, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, p. 2.

[23] Analizando pormenorizadamente los problemas de validez y de eficacia que suscitan los negocios fiduciarios de garantía en España, y reclamando una regulación específica que dé seguridad jurídica en la materia, *vid*. R. Caro Gándara, "La transmisión…", *loc. cit.,* pp. 260–267.

[24] Destacan la teoría clásica o del doble efecto y la teoría de la titularidad fiduciaria. Para mayor profundización sobre las distintas posiciones doctrinales en la materia, *vid*., entre otros, M. Albaladejo, "El negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente", *Actualidad Civil,* 1993/4, pp. 663–675; F. De Castro y Bravo, "El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto", *RDN*, jul–dic, 1996, pp. 7 ss; (también publicado en *AAMN,* 1972, pp. 5 ss); *id*. *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967 (reed. Facsímil, Madrid, Civitas, 1985), pp. 379–442; J.L. De los Mozos, "El negocio fiduciario", *La Ley*, 1986, t. 4, p. 1033; L. Díez–Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1975, p. 520; E. Estrada Alonso, *El fideicomiso…, op. cit.,* p. 79; C. Fuenteseca, *El negocio fiduciario…, op. cit.,* pp. 16 y 49; G. Tomás Martínez, "Fiducia, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia", *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, 2004, vol. 52, nº 1, pp. 289–314.

[25] Como afirma E. Estrada Alonso, *El fideicomiso…, op. cit.,* pp. 33 y 85, el negocio fiduciario existente en España es de creación jurisprudencial. Este autor sostiene que "el régimen de silencio ha sido afortunadamente roto por algunos fallos de nuestro TS en los que se recogen de la vida real diversos casos de negocio fiduciario".

[26] Profundizando sobre la disparidad doctrinal existente en este punto, *vid*. J. Arespacochaga, *El Trust, La fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 17; A. Díaz Bautista y A.A. Díaz–Bautista Cremades, *El derecho romano como introducción al Derecho*, Murcia, Librero–Editor, 2010, pp. 224–225; 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 Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 393 ss; T. Giménez–Candela, *Derecho Privado Romano,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 449; 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. 171–177;

recordarse que el reconocimiento de la validez del negocio fiduciario lo hallamos por primera vez en la STS 25 de mayo de 1944. En esta resolución, el TS entendía que el negocio fiduciario es un negocio real y querido por las partes, de modo que no puede decirse que el negocio fiduciario sea un negocio ficticio, puesto que se quiso y se concertó con todas sus consecuencias. En este sentido, el Alto Tribunal se preocupó por separar los negocios fiduciarios de los negocios simulados. Así se desprende también de las sentencias de 9 de octubre de 1987, de 14 de julio de 1994, de 14 de octubre de 1994. Sin embargo, en cuanto a sus efectos, sólo en contadas ocasiones el TS ha reconocido el efecto transmisivo de la propiedad. Merece especial interés la STS 14 de julio de 1994, sobre cooperación y ayuda en la edificación de un inmueble. En dicha resolución, el TS califica este negocio fiduciario de negocio real y no simulado, admitiendo una propiedad formal análoga a la *fiducia cum amico*[27]. No se pretende en este trabajo analizar en profundidad estas cuestiones, sino únicamente plasmarlas muy sucintamente para aclarar, de cara al abordaje de los subsiguientes epígrafes, que, en virtud del posicionamiento doctrinal que aquí se sigue, sostenemos que los negocios fiduciarios son perfectamente válidos en el ordenamiento jurídico español, que no carecen de causa, y que –al igual que sucede en la *fiducie* francesa– se transmite la propiedad de los bienes, que quedan integrados en un patrimonio autónomo separado del patrimonio personal del fiduciario y que responden únicamente a las obligaciones y deudas contraídas en el seno del esquema fiduciario.

12. La mencionada disparidad normativa, brevemente expuesta en los párrafos anteriores, y la ausencia de textos unificadores en materia fiduciaria[28] hacen necesario acudir al método conflictual. Se prestará especial atención, en este sentido, al Reglamento Roma I, piedra angular en

R. Panero Gutiérrez, *Derecho Romano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 400; B. Rodríguez–Rosado, *Fiducia*…, *op. cit*., pp. 13–14.

[27] Para mayor profundización sobre este particular, pueden consultarse, entre otras, las SSTS de 30 de marzo de 2004, de 26 de julio de 2004, de 31 de octubre de 2003, de 14 de marzo de 2002, de 1 de febrero de 2002, de 5 de diciembre de 2001, de 17 de julio de 2001, o de 26 de abril de 2001. *Vid*. C. Fuenteseca, *El negocio fiduciario*…, *op. cit*., pp. 96–207; B. Rodríguez–Rosado, *Fiducia*…, *op. cit*., pp. 110–116; I. Solís Villa, "Negocio fiduciario y fideicomiso en España", *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Madrid, Banco de Bilbao, 1980, pp. 103–115.

[28] Los intentos de armonización europea y las propuestas académicas que se han elaborado hasta la actualidad se han centrado en los *trusts*, más que en los negocios fiduciarios propios de los sistemas de derecho civil. Destacan, entre otros, los *Principles of European Trust Law,* el Libro X (Trusts) del Proyecto de Marco Común De Referencia o la Propuesta de Directiva de Fondos Protegidos. Analizando estos textos desde una perspectiva comparada, *vid*. A. Braun, "The framing of a European law of trusts", en L.D. Smith (ed.), *The worlds of the trust*, Cambridge University Press, 2013, pp. 278–303; *id*. "Trusts in the draft common frame of reference: the «best solution» for Europe?", *Cambridge L. J.,* vol. 70, nº 2, 2011, pp. 327–352.

la regulación conflictual de las transacciones comerciales transfronterizas. Como se explicará *infra*, la aplicación de este Reglamento debe ser uniforme en todos sus Estados parte, de modo que sus disposiciones han de ser interpretadas de forma autónoma, atendiendo al método europeo de calificación y con independencia del tratamiento que reciban, en sus respectivos sistemas jurídicos, las instituciones fiduciarias y los *trusts*. Todo ello con el fin último de garantizar la uniformidad de soluciones, principio rector del DIPr europeo.

III. Problemas de calificación en sede conflictual: especial referencia al ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I

1. Fraccionamiento de la operación

13. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, la fiducia inmobiliaria plantea diversos problemas, entre ellos el relativo a la identificación del texto en virtud del cual se determinará la ley aplicable a la operación[29]. En presencia de un entramado negocial compuesto por numerosas relaciones jurídicas, como el examinado en este trabajo, la doctrina ha destacado comúnmente la necesidad de pronunciarse –en la etapa calificatoria– sobre la naturaleza e interrelación de las mismas, a fin de determinar si es posible fijar la ley aplicable de forma global o si, por el contrario, se debe optar por una calificación múltiple[30].

14. Se ha sostenido mayoritariamente que la complejidad de la operación permite su fraccionamiento, su descomposición en varias relaciones jurídicas. Aunque desde el punto de vista económico, la operación presenta

[29] Ello se debe a numerosos motivos, como la multitud de relaciones jurídicas que subyace en esta estructura fiduciaria, la naturaleza heterogénea de las mismas, la extendida atipicidad de los negocios fiduciarios en los Derechos nacionales y el titubeante tratamiento jurisprudencial que les proporcionan los tribunales de algunos Estados, como España.

[30] Para un análisis de las dificultades que presentan generalmente las operaciones complejas –como la *joint venture* o los contratos «llave en mano», entre otras– en sede conflictual, y cómo resolverlas, *vid*. M. Behar–Touchais y G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, París, LGDJ, 1999, pp. 384–408; J. Carrascosa González, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad),* Madrid, Civitas, 1992, pp. 148–155; M.A. Cebrián Salvat, "Las operaciones contractuales complejas en Derecho internacional privado europeo", *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 333–378; N. Downes, *Los contratos internacionales de timesharing*, Madrid, Eurolex, 1998, pp. 164–166; F. Esteban de la Rosa, *La joint venture en el comercio internacional*, Granada, Comares, 1999, pp. 74–89; A. Hernández Rodríguez, "Los contratos internacionales de construcción 'llave en mano'", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 195–199 y 231–232.

una unidad indiscutible; desde un punto de vista jurídico, se configura en torno a distintas relaciones jurídicas (conectadas entre sí, pero autónomas). De ahí que se afirme que cada contrato tiene su propia Ley reguladora. El Reglamento Roma I señala la ley aplicable a cada contrato de modo separado e independiente, "contrato por contrato" (regla también vigente en sede de competencia judicial internacional, en el Reglamento Bruselas I bis). Se debe calificar, por tanto, cada una de las relaciones jurídicas que integran la operación, y descartar una determinación global de la ley aplicable al conjunto de la operación[31]. No obstante, la conexión entre todos los contratos es un dato importante a tener en cuenta posteriormente; sobre todo, en defecto de elección de ley aplicable por las partes[32].

15. En este sentido, merece especial atención la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C–272/18)[33]. Aunque este asunto versa sobre

[31] *Vid*. A.–L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González y C.M. Caamiña Domínguez, *Litigación internacional en la Unión Europea II: La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 98–100; J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 222; M.A. Cebrián Salvat, "Las operaciones…", *op. cit.*, pp. 333–378; F. Esteban de la Rosa, *La joint venture…, op. cit.,* pp. 86–89 y 268–269; J.M. Fugardo Estivill, *El Reglamento (CE) número 593–2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I): especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2010, pp. 12–13; S. Sánchez Lorenzo, *Garantías reales en el comercio internacional*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 222–225.

[32] Dicha vinculación –entre otras circunstancias– pueda hacer que todos ellos se rijan por la misma Ley (bien a través de la cláusula de excepción prevista en el art. 4.3 RRI, o bien activando la conexión de vínculos manifiestamente más estrechos, contemplada en el art. 4.1.2 RRI). En cualquier caso, esto habría de ser analizado caso por caso, valorando el conjunto de elementos de la operación. *Vid*. A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho internacional privado,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020*,* pp. 2995–2996.

[33] STJUE 3 octubre de 2019, *Verein für Konsumenteninformation* (C–272/18, EU:C:2019: 827). Esta sentencia resulta de gran interés por diversos motivos. Se trata de la primera ocasión en la que el TJUE se pronuncia sobre el tratamiento que recibe la fiducia inmobiliaria de inversión en DIPr europeo. Particularmente, examina el alcance del art. 1.2º.f) del RRI; el alcance de la exclusión prevista en el art. 6.4º.a) del citado Reglamento, en virtud del cual las normas de protección en materia de consumo no se aplicarán a los *"contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual"*; y la licitud de la cláusula de elección de ley aplicable inserta en los contratos fiduciarios controvertidos (a la luz del art. 6.2º RRI y del art. 3.1º de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores). Comentando esta resolución, *vid*. D. Bureau, "L'application du réglement Rome I à un contrat de fiducie ayant pour objet la gestion d'une participation dans une société en commandite et contenant une clause d'*electio juris* abusive", *Rev. crit. dr. int. pr.*, avril–juin 2020, pp. 356–359; D. Carrizo Aguado, "Examen detallado de la exclusión del Derecho societario en el Reglamento Roma I al hilo del Asunto *verein für konsumenteninformation*: Fortaleza legal hacia el consumidor inversor", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, octubre 2020, pp. 959–965; P.A. De Miguel Asensio, "Ámbito de la exclusión del Derecho de

otro tipo fiduciario (particularmente, sobre ciertos contratos de fiducia celebrados en el marco un fondo de inversión inmobiliaria de tipo cerrado), cabe destacar la aportación del Abogado General en los puntos 50 y 51 de sus conclusiones, en los que se refiere a la fiducia como una "operación" que puede plantear tanto cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades (excluidas del Reglamento Roma I) como cuestiones comprendidas en el ámbito de la *lex contractus* (y, por ende, incluidas en el ámbito material del citado Reglamento). Añade en este sentido que:

> "[S]e trata de realizar, en cada situación, un riguroso ejercicio de clasificación. En estas circunstancias, (...) procede adoptar, por regla general, una clasificación distributiva en función de las cuestiones de Derecho que plantee la demanda".

Por todo ello, cabe afirmar que en el esquema de fiducia inmobiliaria debemos desgranar cada una de las relaciones internas que lo integran, calificando el contrato marco, de un lado; y cada uno de los contratos secundarios, por otro. Nos centramos en adelante en el contrato marco, esto es, en el negocio fiduciario propiamente dicho, no en la operación en su conjunto, a fin de identificar el texto en virtud del cual se determinará la ley aplicable a la fiducia inmobiliaria (*stricto sensu*). Se cuestiona si este negocio fiduciario se subsume en el ámbito material del Reglamento Roma I. Para ello, ha de examinarse si esta situación jurídico–privada internacional se subsume, primero, en el concepto de "obligaciones contractuales" contemplado en el art. 1.1º del citado Reglamento; y, segundo, en la exclusión prevista en el art. 1.2º.h) del mismo texto, relativa a los "*trusts*". En ambos casos, se habrá de analizar el significado y alcance de ambas categorías jurídicas (delimitando las materias incluidas y excluidas en las mismas), y comprobar posteriormente si la fiducia inmobiliaria se subsume en las mismas.

2. Obligaciones contractuales presentes en la fiducia inmobiliaria de administración

16. Antes de entrar a analizar qué aspectos o relaciones jurídicas de la fiducia inmobiliaria de administración se subsumenen el ámbito material del Reglamento Roma I, debemos partir necesariamente de una premisa básica: este Reglamentose aplica para designar la ley aplicable a las "obligaciones contractuales" (art. 1.1º). El texto no define tal concepto. Sin

sociedades del ámbito de aplicación del Convenio de Roma de 1980 y del Reglamento Roma I: comercialización de fondos de inversión y prestación de servicios en línea (STJ 1ª 3 octubre 2019. as. 272/18: Verein für Konsumenteninformation)", *AEDIPr*, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 524–527; E. Jiménez Palma, "Fondos de inversión…", *loc. cit.*, pp. 789–805.

embargo, al tratarse de una categoría jurídica determinante del ámbito de aplicación material de un instrumento europeo, debe ser interpretada de modo uniforme y autónomo en todos los Estados parte. Debe tener, por tanto, un "significado propio", con independencia de lo que establezcan los Derechos nacionales. Con ello se trata de garantizar la "uniformidad de soluciones", principio fundamental en el seno del Derecho internacional privado europeo. Tal calificación uniforme se logra, como sabemos, partiendo de los denominados "cánones hermenéuticos europeos", pormenorizadamente expuestos por la doctrina internacional privatista[34].

Cabe destacar –a los efectos del presente trabajo– la relevancia del principio de coherencia recíproca en la aplicación del Reglamento Roma I y el Reglamento Bruselas I bis[35]. El legislador de la UE preserva en todo momento la interpretación y aplicación armónica y coherente de los Reglamentos que regulan cuestiones de Derecho internacional privado[36]. Como se deduce de la lectura del asunto Amazon[37] o del asunto Ergo[38], entre otros, puede afirmarse que la calificación de una acción como "contractual" debería ser, en principio, la misma cuando se aplica el Reglamento Bruselas I bis y cuando se aplica el Reglamento Roma I[39]. No obstante, en ningún caso la congruencia pretendida puede llevar a interpretar las disposiciones de tales instrumentos normativos de una manera ajena al sistema y a los objetivos de política legislativa perseguidos porlos mismos[40].

---

[34] *Vid*. A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2018, p. 421; J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pp. 92–93; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 155–158; F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2019, libro electrónico, párrs. 4.7–4.13; R. Plender, *The european contracts…, op. cit.*, pp. 29–30.

[35] E. Lein, "La nouvelle synergie Rome I / Rome II / Bruxelles I", en E.C. Bonomi, *Le Nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi aplicable aux obligations contractuelles*, Zúrich, Schulthess, 2008, pp. 27–47.

[36] Considerando 7 del RRI: "El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) no 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) no 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)".

[37] STJUE 28 julio 2016, as. C–191/15, *Amazon*, ap. 37.

[38] STJUE 21 enero 2016, ass. C–359/14 y C–475/14, *Ergo*, ap. 43.

[39] Esta es la regla general de interpretación en opinión del profesor F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho…, op. cit.*, párrs. 6.16 y 24.7. de modo que quien sostenga que un concepto utilizado por un Reglamento europeo debe tener un significado diferente al que se sigue en otro Reglamento europeo, debe argumentar dicha «separación conceptual».

[40]Como expone S. Sánchez Lorenzo, "El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo", *REDI*, vol. LXX, nº 2, 2018, pp. 17–47, esp. p. 46, en un estudio crítico sobre el alcance del principio de coherencia (vertical, horizontal y transversal): "[E]l paralelismo de

Tomando como referencia la construcción del concepto europeo / autónomo de "materia contractual", debe partirse de la idea de que tal categoría jurídica comprende los litigios derivados de un "compromiso libremente asumido por una parte frente a otra". Con otras palabras, cuando se percibe la existencia de una "obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra". Esta noción es amplia. No es necesario que exista "contrato", "pacto" o "compromiso" entre dos partes, sino que es suficiente con que exista una obligación jurídica libremente asumida por una persona frente a otra[41].

17. Es lugar común en la doctrina afirmar que los negocios fiduciarios –ya sean de garantía o de administración– generan ciertas obligaciones comprendidas en el ámbito de la *lex contractus* y, por ende, del Reglamento Roma I. Partiendo del "principio de unidad del régimen normativo" consagrado en el art. 12 RRI, se sostiene que quedan incluidos en el ámbito material del mencionado Reglamento la validez del negocio y las obligaciones personales que éste genere entre las partes[42].

18. Merece especial atención a este respecto el punto 35 de las conclusiones del Abogado General en el asunto C–272/18[43], en el que afirma

nociones, conceptos y soluciones no puede ser automático. (…) Requiere un análisis caso por caso de la correspondencia de valores y objetivos perseguidos por las distintas normas jurídicas de Derecho europeo en que se inserta un concepto, una noción o una determinada solución. El principio de coherencia no puede ser entendido en clave funcional o práctica, como una herramienta de consistencia puramente formal para allanar el camino a la interpretación del Derecho internacional privado europeo".

[41] *Vid*. A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado…, op. cit.*, pp. 2806–2813; F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho…, op. cit*., párrs. 6.16 y 24.7. Estos autores analizan pormenorizadamente una vasta jurisprudencia del TJUE en la que se examina qué aspectos quedan incluidos en la materia contractual y cuáles excluidos. Se pueden mencionar, entre muchas otras, las sentencias de 22 de marzo de 1983, as. C–34/82, *Peters*; de 8 de marzo de 1988, as. C–9/87, *Arcado*; de 17 de junio de 1992, as. C–26/91, *Handte*; de 19 de mayo de 1998, as. C–351/96, *Réunion;* de 28 de enero de 2015, as. C–375/13, *Kolassa*; de 10 de septiembre de 2015, as. C–47/14, *Ferho* de 8 de mayo de 2019, as. C–25/18, *Kerr*; o de 5 de diciembre de 2019, as. C–421/18, *Dînant*.

[42] *Vid*. R. Caro Gándara, "La transmisión…", *loc. cit.,* pp. 285–293: Se ha de partir de la distinción entre los aspectos obligacionales y los aspectos reales del negocio. Mientras los primeros incluyen su validez y su contenido obligacional (los cuales se rigen por la *lex contractus*, art. 12 RRI); los segundos –referidos a la transmisión de la propiedad de los bienes fiduciarios, su contenido, efectos y publicidad–, quedan sometidos a la *lex rei sitae* (art. 10.1º Cc). La determinación de la ley aplicable a la validez de la fiducia inmobiliaria y a su contenido obligacional es un *prius* a resolver con carácter previo a la determinación de la ley aplicable a los aspectos reales; M. Checa Martínez, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw–Hill, 1998, p. 124: a diferencia de los *trusts*, "la naturaleza contractual y el carácter personal de las obligaciones que genera la fiducia es incuestionable y, por tanto, también lo será su inclusión en el ámbito de aplicación del Convenio de Roma"; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho…*, *op. cit.,* pp. 661–666.

[43] *Vid. supra*, notas 5 y 35.

que "*no se discute que con carácter general un contrato fiduciario genere entre las partes 'obligaciones contractuales'*". Se cita en este asunto, a modo de ejemplo, aspectos tales como el alcance de la responsabilidad de la sociedad fiduciaria, los plazos de prescripción y de caducidad de los que dispone el fiduciante para ejercitar una acción de indemnización contra aquella, el lugar de prestación de los servicios fiduciarios, la licitud de las cláusulas contractuales insertas en los contratos fiduciarios, entre otros.

19. Por todo ello, se concluye que la validez de la fiducia inmobiliaria y todos los aspectos relativos al contenido obligacional del negocio quedan comprendidos en el ámbito de la *lex contractus* y, en principio, del concepto de "obligaciones contractuales" del art. 1.1º RRI. No obstante, se debe examinar el significado y alcance de la exclusión prevista en el art. 1.2º.h), si comprende ciertas instituciones fiduciarias, y si la respuesta –afirmativa o negativa– a esta cuestión se debe al carácter contractual o no contractual de las mismas.

3. Alcance de la exclusión de los trusts (art. 1.2º.h RRI) sobre la fiducia inmobiliaria de administración

20. El art. 1.2º. h) del Reglamento Roma I excluye expresamente de su ámbito de aplicación material "*la constitución de trusts, las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios".* Resulta crucial analizar el contenido y alcance de dicha exclusión, a fin de determinar si ésta incide de alguna forma en la determinación de la ley aplicable a la fiducia inmobiliaria de administración. Particularmente, al contrato marco de la operación, esto es, al "negocio fiduciario de administración" en sentido estricto. Nos encontramos con un problema de concreción de conceptos jurídicos ciertamente complejo. El Reglamento Roma I no define qué deba entenderse por "*trust*". No obstante, ello no puede suponer que su significado sea establecido por el Derecho de cada Estado parte. Debe acudirse igualmente al método europeo de calificación, confiriendo a tal concepto un significado autónomo. Asimismo, no debe perderse de vista la tradicional regla de interpretación restrictiva de las materias excluidas de los instrumentos institucionales de DIPr.

21. A fin de hallar el motivo por el que se introdujo dicha exclusión en el entonces Convenio de Roma, cabe atender, en primer lugar, a la génesis de la exclusión. Deben ser recordadas, a este respecto, dos ideas fundamentales:

i) El anteproyecto de Convenio de Roma de 1972, que iba dirigido en un principio a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales y a las obligaciones extracontractuales, no excluía el *trust* de su ámbito de aplicación material. Sin embargo, tras la entrada de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en la Comunidad Económica Europea en 1973, y la consecuente revisión y modificación del mencionado anteproyecto –a fin de que tuviera en cuenta también el *Common law* y el sistema legal danés–, fueron introducidas dos novedades relevantes: 1) por un lado, se limitó a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales; 2) de otro, se excluyó el *trust* del ámbito de aplicación del texto.

ii) El Informe Giuliano/Lagarde[44], que desarrolla una función capital en la interpretación del Convenio de Roma (y del actual Reglamento Roma I), explicaba que:

> "[L]a exclusión contemplada en la letra g) del ap. 2, tiene por objeto los trusts, tal como los conciben los países de la Common Law. Se ha empleado justamente el término inglés "trusts" para definir debidamente el alcance de la exclusión. En cambio, las instituciones semejantes de Derecho continental caen bajo el ámbito del convenio, pues normalmente son de origen contractual. El juez tendrá, sin embargo, la posibilidad de asimilarlas a las de la Common Law cuando presenten las mismas características" [Anexo V, párrafo A.5.18].

No obstante, tales afirmaciones, lejos de aclarar el contenido y alcance de dicha exclusión, han planteado las siguientes cuestiones: i) cómo se conciben los *trusts* en el *Common law*; ii) cuáles son las instituciones similares del Derecho continental a las que se refiere dicho Informe; iii) qué características deben presentar tales instituciones para que queden contempladas en la exclusión; iv) conforme a qué criterios resolverán los órganos jurisdiccionales estos temas[45].

[44] Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, elaborado por los profesores Mario Giuliano, de la Universidad de Milán, y Paul Lagarde, de la Universidad de París I (DO C 282 1980, p. 1). En la medida en que las disposiciones del Convenio de Roma han sido trasladadas o copiadas en el Reglamento Roma I, pueden emplearse elementos de interpretación del primero, tales como la jurisprudencia que ha generado en el seno del TJUE. Sobre la función esencial que desarrolla el citado Informe en la interpretación de este texto europeo, *vid*. A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado*..., *op. cit*., p. 2871.

[45] Para dar respuesta a estos interrogantes, resultaría esencial realizar un profundo estudio de Derecho comparado. Como expone de forma magistral A. Braun, "The State of the Art of Comparative Research in the Area of Trusts", en M. Graziadei y L. Smith (eds.), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1–30, los estudios comparados en esta materia –que tienen al menos un siglo de vida– no solo han perseguido mejorar la comprensión de los *trusts*; intentar recepcionar los *trusts* en los países de Derecho civil; alentar a instancias supranacionales a unificar o armonizar la materia; o hallar instituciones funcionalmente equivalentes en otros sistemas jurídicos; sino también –y con especial relevancia a efectos de este trabajo– comprender su tratamiento en el conflicto de leyes.

22. En este sentido, cabe destacar que el asunto C–272/18 (citado *supra*) no ha profundizado sobre ello. El Abogado General, en la nota 11 de sus conclusiones, se ha limitado a afirmar que "*La Treuhand y la fiducia son similares al trust propio de los países del Common Law".* Apoyándose en el Informe Giuliano/Lagarde, añade que, "si bien es cierto que el Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación material la constitución de *trusts* y las relaciones entre constituyentes, administradores y beneficiarios (art. 1.2º.h), tal exclusión no abarca las "instituciones similares de Derecho continental".

Para ello, los estudios comparados han empleado distintos enfoques metodológicos, los cuales han ido evolucionando a la par que las instituciones en sí. Mientras que en un primer momento los académicos se centraban en el análisis de las diferencias que presentaba el *trust* anglosajón con otras instituciones propias de los sistemas de Derecho civil, más adelante se pasó a analizar los puntos en común. Asimismo, paralelamente, los académicos habían pasado de un enfoque conceptual a uno funcional. Una de las ventajas que presenta este enfoque se refiere a la habilidad de superar el formalismo propio de los enfoques anteriores, al prescindir de etiquetas y permitir el análisis de las consideraciones de política legislativa en que se basaba el *trust law*. Por todo ello cabe afirmar que, al estudiar estas instituciones desde una perspectiva comparada, se debe prescindir de un mero análisis conceptual o histórico, y atender a su estructura y a sus funciones.Partiendo de estos últimos enfoques metodológicos,doctrina autorizada en la materia ha concluido que, en la actualidad,tanto la estructura de este tipo de operaciones fiduciarias como sus funciones son perfectamente equiparables a la estructura y las funciones de los «*real estate management/investment trusts*». Para una mayor profundización sobre estos estudios de Derecho comparado, *vid*. V. Bolgár, "Why no Trusts in the Civil Law?", *Am. J. Comp. L.*, vol. 2, nº 2, 1953, pp. 204–219; M. Graziadei, U. Mattei y L. Smith, *Commercial Trusts in European Private Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 3–102;G. Gretton, "Trusts without Equity", *Int'l Comp. L. Q.,* vol. 49, 2000, pp. 599–620;H. Hansmann y U. Mattei, "The functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *New York University Law Review*, vol. 73, 1998, pp. 434–479; P. Lepaulle, "Reflections on the Expansion of Trusts", *The Am. Univ. L. Rev.,* vol. 6, 1957, pp. 40–42; M. Lupoi, "The civil Law Trust", *Vanderbilt J. Trans'l Law*, vol. 32, 1999, p. 969 ; H. Motulsky, "De L'impossibilité juridique de constituer un trust anglo–saxon sous l'empire de la loi francaise", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol, 37, 1948 (republicado en *Écrits. III. Études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978), pp. 5–21. En España, la atención por parte de los académicos no emergió hasta los años 90. Destacan, entre estos últimos, E. Arroyo I Amayuelas, *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007; *id*. "Los patrimonios fiduciarios y el "*trust*", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 82, 2006, pp. 11–62; *id*. "¿Por qué el trust en Catalunya?", en S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 525–594; S. Cámara Lapuente, "Elementos para una regulación internacional del trust", en S. Areal Ludeña y A.–L. Calvo Caravaca (dirs.), *Cuestiones actuales sobre el Derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp. 241–273; *id*. "El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización", en *Derecho privado europeo*, maderid, Colex, 2003; *id*. "Operaciones fiduciarias o *trusts* en Derecho español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 1999, pp. 1757 ss; *id*. "Trusts in Spanish Law", en M. Cantin Cumyn (ed.), *Trust v Fiducie in a Business Context,* Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 191 ss; M. Checa Martínez, *El trust…, op. cit.,* pp. 1–34; C. González Beilfuss, *El trust: la institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1997; S. Martín Santisteban, *El instituto del Trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de civil law,* Pamplona, Aranzadi, 2005.

23. Centrándonos en el alcance de la exclusión de los *trusts* del ámbito del Reglamento Roma I, cabe afirmar que existen diferentes posiciones doctrinales al respecto. Mientras unos autores consideran que la exclusión prevista en el art. 1.2º.h) del Reglamento Roma I se debe a que los *trusts* no tienen naturaleza contractual; otros han mantenido, en cambio, que los *trusts* sí tienen naturaleza contractual, si bien estas figuras pertenecen al elenco de cuestiones que han sido excluidas del Reglamento Roma I por disponer de regulación legal específica.

En primer lugar, para un sector doctrinal, los *trusts* fueron excluidos del RRI por carecer de naturaleza contractual[46]. Si bien es cierto que el tenor literal del Informe Giuliano/Lagarde de 1980 ("*las instituciones semejantes de Derecho continental caen bajo el ámbito del convenio, pues normalmente son de origen contractual*")[47], del Informe Dyer/Van Loon de 1982 ("*recent Conventions on the law aplicable to contractual relationships have in one way or another excluded trusts, for the good reason that trusts are not contracts*")[48], y del Informe Schlosser de 1978 ("*las relaciones jurídicas entre los trustees y las relaciones entre los trustees y los beneficiarios no tienen naturaleza contractual*")[49] apuntaban en este sentido, debe entenderse que se referían al tradicional "*English–model trust*". De modo que los restantes modelos que sí tenían naturaleza contractual no quedaban excluidos, al menos desde este punto de vista, del ámbito del entonces Convenio de Roma[50]. Asimismo, se ha de recordar que los *trusts* han ido evolucionando en las últimas décadas. Una de sus notas más características es precisamente su versatilidad. Actualmente, muchos de ellos son

[46] *Vid*., entre otros, M. Checa Martínez, *El trust…, op. cit.*, pp. 122–123.

[47] *Vid. supra*, nota 46.

[48] Report on trusts and analogous institutions, by Adair Dyer and Hans van Loon. – (Preliminary Document No 1 of May 1982), *Actes et Documents, Proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, Trust – loi aplicable et reconnaissance*, p. 98, donde se remiten al Convenio de la Haya de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de agencia, y al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

[49] Informe del profesor P. Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (90/C 189/10).

[50] Esta es la postura de numerosos autores. *Vid*. P. Kaye, *The new private international law of contracts of the European Community*. *Implementation of the EEC'S Contractual Obligations Convention in England and Wale sUnder the Contracts (Applicable Law) Act 1990*, Aldershot, Dartmouth, 1993, pp. 131–132: incluso en el marco de las relaciones internas de los *trusts* se celebran entre las partes ciertos negocios jurídicos que tienen naturaleza contractual y que, por ende, quedan incluidos en el ámbito material del Reglamento Roma I (entonces Convenio de Roma). En la misma línea, *vid*. J.H. Langbein, "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *The YaleLaw School*, vol. 105, Nº 3, (Dec 1995), pp. 625–656; M. Lupoi, *Trusts: A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 301–344.

efectivamente de naturaleza contractual. Además, desde el punto de vista conflictual, y retomando el estudio jurisprudencial expuesto en el epígrafe anterior, existe "obligación contractual" en el sentido del Reglamento Roma I cuando se puede identificar una obligación libremente asumida por una parte frente a otra, aunque se trate de un acto jurídico unilateral y esa otra parte sea indeterminada o no haya intervenido en un acuerdo, pacto o contrato[51]. Otro debate sería si, aun teniendo naturaleza contractual, los *trusts* quedan excluidos del ámbito del Reglamento por alguna otra razón.

Es aquí donde entra en juego la tesis de la regulación legal específica, que parte de la base de que el Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación diversas cuestiones que, aunque presentan carácter contractual y patrimonial, ya están reguladas por otros instrumentos legales. Quienes se decantan por esta teoría afirman que este fue el caso de los *trusts*: aunque generan obligaciones contractuales –en el sentido expuesto anteriormente–, el legislador europeo buscaba que los Estados miembros ratificasen el Convenio de La Haya de 1985 sobre el *trust*[52]. No obstante, ha de recordarse que, en esta materia particularmente, la exclusión de los *trusts* se produjo antes de que la Oficina Permanente la Conferencia de la Haya sugiriese, en una nota de diciembre de 1979, los *trusts* como tema de debate para la siguiente Sesión, que se celebraría en 1980[53]. De ahí que nos surjan ciertas dudas acerca del conocimiento que el Legislador europeo pudiera tener, años atrás, sobre las reuniones que se iban a celebrar posteriormente en la Conferencia de la Haya.

24. En definitiva, cabe afirmar que los *trusts* fueron excluidos del entonces anteproyecto de Convenio de Roma porque, en ese momento, únicamente

[51] A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado…, op. cit.*, pp. 2874–2875 y 3485: "La mayor parte de obligaciones que genera un *trust* recaen sobre el *trustee* y son, desde el punto de vista del DIPr. europeo, «obligaciones contractuales»". En efecto, el *trust* supone un compromiso libremente asumido por una parte, el *trustee*, frente a otra. *Vid*. jurisprudencia citada en nota 43. *Cf.* M. Checa Martínez, *El trust…, op. cit.*, pp. 122–123: "aunque la creación del trust se produce a partir de la entrega de la propiedad por el constituyente al fiduciario, no se trata de una relación contractual, puesto que el constituyente efectúa un acto jurídico unilateral para la creación del trust y no una oferta de carácter contractual; si la aceptación del trustee concurre en el documento constitutivo del trust, tiene igualmente naturaleza de acto jurídico unilateral. Ello explica que el trustee no adquiera ninguna obligación frente al constituyente, sino solo frente al beneficiario".

[52] A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado…, op. cit.*, pp. 2876–2877.

[53] Como se ha expuesto *supra*, la exclusión de los *trusts* se produjo tras la entrada de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca en la Comunidad Económica Europea en 1973, momento en el que comenzaron las tareas de revisión del anteproyecto del Convenio de Roma con el objetivo de que éste tuviera en cuenta también el *Common law* y el sistema legal danés. De otra parte, para profundizar sobre el procedimiento de propuesta y elaboración del Convenio de la Haya de 1985 en materia de *trusts*, *vid*. Informe Dyer/Van Loon, citado *supra*, p. 10.

se tomó como referencia el tradicional "*English–model trust*" (que no generaba obligaciones contractuales entre las partes en sus relaciones internas). Lo que no significa que actualmente, aplicando la técnica de interpretación teleológica, deban excluirse del Reglamento Roma I todas las obligaciones contractuales que deriven de los *trusts*. Cuestión distinta es cómo se coordinen el citado Reglamento y el Convenio de la Haya de 1985 en los Estados que forman parte de ambos textos[54].Por todo ello concluimos quelas relaciones contractuales que derivan de la fiducia inmobiliaria de administraciónquedan cubiertas por el Reglamento Roma I. Se subsumen en el concepto europeo de "obligaciones contractuales" (art. 1.1º), y no se excluyen del ámbito del Reglamento en virtud del art. 1.2º.h).

4. Repercusiones prácticas: breve aproximación a la ley aplicable a la transmisión de la propiedad inmobiliaria con fines de administración

25. Una vez constatado que la ley aplicable a las obligaciones contractuales que tienen su origen en la fiducia inmobiliaria de administración será determinada conforme a las normas de conflicto de leyes previstas en el Reglamento Roma I, se debe dar un paso más allá, tratando de determinar cuál será, efectivamente, la ley aplicable a las mismas. En estas líneas no se pretende más que realizar una breve aproximación al tema, tratando de identificar cuáles son las normas de conflicto en cuyos supuestos de hecho se subsumirían, en principio,dichas relaciones jurídicas en defecto de elección de ley aplicable[55]. Como se ha explicado *supra*, se debe proceder al fraccionamiento jurídico de esta operación en sede conflictual[56], de modo que se ha de calificar por separado cada una de las relaciones jurídicas que integran el esquema comercial, y descartar una determinación global de la ley aplicable al conjunto de la operación.

26. De una parte, los contratos secundarios no plantean mayores dificultades, pues se aplicará a cada uno de ellos la norma de conflicto que corresponda, en función de la naturaleza jurídica de los mismos[57].

---

[54] Art. 25.1º del Reglamento Roma I: "El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales".

[55] Parte de este estudio ha sido abordadoen E. Jiménez Palma, "Fondos de inversión…", *loc. cit.*, pp. 789–805. Asimismo, serán objeto de una publicación más específica algunas de lasnormas de conflicto brevemente mencionadas en este epígrafe.

[56] *Vid. supra*, párrafos 13 a 15.

[57] *Vid. supra*, párrafo 7.

27. En cambio, sí resulta más complejo subsumir el contrato marco de este esquema fiduciario en las normas de conflicto del citado Reglamento. Como se ha expuesto *supra*, se trata de un único negocio jurídico complejo, por el que se transmite la propiedad de ciertos bienes con el fin de que la sociedad fiduciariarealice determinadas funciones de administración. De ahí que, en principio, quede contempladoen el ámbito material del art. 4.1º.b), relativo a los contratos de prestación de servicios. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el concepto "prestación de servicios" debe interpretarse en un sentido muy amplio. Implica, en términos generales, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad a cambio de una remuneración[58].

Asimismo, este negocio fiduciario también podría quedar inserto en el ámbito materialdel art. 4.1º.c), relativo alos contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario, en tanto que el o los fiduciantes transmiten la propiedad de los bienes inmuebles a la sociedad fiduciaria. En este sentido, debemos prestar especial atención al apartado segundo de dicho precepto, en el que se dispone que "*cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del ap. 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato*". Atendiendo a esta regla, el régimen rector de la transmisión de bienes inmuebles con fines de administración sería el del Estado en que se encuentre la sede de la sociedad fiduciaria, y no la ley del país donde se halle sito el bien inmueble.

A ello debe sumarse la posibilidad de que el contrato marco tenga la consideración de contrato de consumo a los efectos del art.6. Esto ocurrirá cuando los fiduciantes tengan la condición de consumidores pasivos, esto es, cuando intervengan en el entramado fiduciario "para un fin que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional", y la sociedad fiduciaria "ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país". En estos casos, se aplicará el régimen protector previsto en dicho precepto, con la única excepción de que la sociedad fiduciaria preste sus servicios al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual (exclusión prevista en el art. 6.4.a) del texto

[58] En el as. 272/18, citado *supra*, el TJUE afirmaba que los contratos fiduciarios controvertidos tenían por objeto una prestación de servicios en el sentido del mencionado precepto, en tanto la sociedad fiduciaria ofrecía servicios de gestión fiduciaria consistentes en la administración de las participaciones de los inversores que participaban en los fondos de inversión inmobiliaria en calidad de fiduciantes. Para una mayor profundización sobre este punto, *vid*. E. Jiménez Palma, "Fondos de inversión…", *loc. cit*., esp. pp. 801–802.

institucional); en cuyo caso se aplicaría las normas de conflicto generales o neutras anteriormente citadas[59].

IV. CONCLUSIONES

28. Aunque resulta complejo ofrecer un concepto universal de "fiducia inmobiliaria de administración", se podría afirmar que se trata de una operación en virtud de la cual el o los fiduciantes transmiten la propiedad de uno o más bienes inmuebles a una sociedad fiduciaria con el fin de que esta última administre y gestione el completo desarrollo del proyecto inmobiliario en los términos y plazos convenidos. Como se ha expuesto*supra*, este entramado fiduciario se caracteriza por involucrar un claro fenómeno de conexidad o agrupamiento contractual, resultante de la combinación de un "contrato marco" (el "negocio fiduciario" en sentido estricto) y varios "contratos secundarios".

29. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, la "fiducia inmobiliaria de administración" plantea diversos problemas, entre ellos el relativo a la identificación del texto en virtud del cual se determinará la ley aplicable a la operación. Al tratarse de una operación contractual compleja, se ha optado por calificar por separado cada una de las relaciones jurídicas que la integran, descartando una calificación global de la misma. Atendiendo, particularmente, al contrato marco, se ha examinado si este negocio fiduciario (en sentido estricto) se subsume, primero, en el concepto de "obligaciones contractuales" contemplado en el art. 1.1º del Reglamento Roma I; y, segundo, en la exclusión prevista en el art. 1.2º.h) del mismo texto, relativa a los "*trusts*".

30. Tomando como referencia la construcción del concepto europeo de "materia contractual", definido por el TJUE en términos autónomos, propios del Reglamento Bruselas I–bis y del Reglamento Roma I, se ha concluido que la validez de la fiducia inmobiliaria y todos los aspectos relativos al contenido obligacional del negocio quedan comprendidos en el ámbito de la *lex contractus* y, en principio, del art. 1.1º del Reglamento Roma I.

31. Tras examinar el significado y el alcance de la exclusión de los *trusts*(art. 1.2º.h. RRI), se ha concluido que ésta no afecta a la fiducia inmobiliaria de administración, que queda incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I.Por último, se han apuntado brevemente algunas de las dificultades que surgirían al tratar de subsumir

[59] *Ibid*. E. Jiménez Palma, "Fondos de inversión…", *loc. cit*., esp. pp. 802–804.

el negocio fiduciario en sentido estricto (contrato marco de la operación) en las normas de conflicto del citado instrumento normativo.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, M.: "El negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente", *Actualidad Civil,* 1993/4, pp. 663–675.

Arroyo I Amayuelas, E.: *El Trust en el Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007;

Arroyo I Amayuelas, E.: "Los patrimonios fiduciarios y el "*trust*"", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2006, Nº 82, pp. 11–62.

Arroyo I Amayuelas, E.: "¿Por qué el trust en Catalunya?", en S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (coords.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 525–594.

Baena Cárdenas, L.G.: *Fiducia inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho de consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Bello Knoll, S.I.: *Fideicomiso público*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2013.

Bolgár, V.: "Why no Trusts in the Civil Law?", *Am. J. Comp. L.*, vol. 2, nº 2, 1953, pp. 204–219.

Bosch Carrera, A.: "La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust, y los fideicomisos)", en M. Garrido Melero y J.M. Fugardo Estivill (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. III, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 565–600.

Braun, A.: "The framing of a European law of trusts", en L.D. Smith (ed.), *The worlds of the trust*, Cambridge University Press, 2013, pp. 278–303.

Braun, A.: "The State of the Art of Comparative Research in the Area of Trusts", en M. Graziadei y L. Smith (eds), *Comparative Property Law: Global Perspectives,* Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1–30.

Braun, A.: "Trusts in the draft common frame of reference: the "best solution" for Europe?", *Cambridge L. J.*, vol. 70, nº 2, 2011, pp. 327–352.

Bureau, D.: "L'application du réglement Rome I à un contrat de fiducie ayant pour objet la gestion d'une participation dans une société en commandite et contenant une clause d'*electio juris* abusive", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2020, pp. 356–359.

Calvo Caravaca, A.–L. y Carrascosa González, J.: *Tratado de Derecho internacional privado,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 2806–2818, 2995–2996 y 3168–3171.

Calvo Caravaca, A.–L., Carrascosa González, J. y Caamiña Domínguez, C.M.: *Litigación internacional en la Unión Europea II: La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 74–76 y 98–100.

Cámara Lapuente, S.: "Elementos para una regulación internacional del trust", en S. Areal Ludeña y A.–L. Calvo Caravaca (dirs.), *Cuestiones actuales sobre el Derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp. 241–273

Cámara Lapuente, S.: "El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización", en *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 1099–1172.

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.

Carrascosa González, J.: *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pp. 92–93 y 222.

Carrascosa González, J.: *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad),* Madrid, Civitas, 1992, pp. 148–155.

Carrizo Aguado, D.: "Examen detallado de la exclusión del Derecho societario en el Reglamento Roma I al hilo del Asunto *verein für konsumenteninformation*: Fortaleza legal hacia el consumidor inversor", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, octubre 2020, pp. 959–965.

Casas Sanz De Santamaría, E.: *Del "Trust" anglosajón a la fiducia en Colombia*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 2004, pp. 34–38.

Cebrián Salvat, M.A.:"Las operaciones contractuales complejas en Derecho internacional privado europeo", *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 333–378.

Checa Martínez, M.: *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw–Hill, 1998.

Collins, L.: "Practical implications in England of the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations", en P.M. North (dir.), *Contract conflicts. The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam, North–Holland, 1982, pp. 205–220.

Crocq, P : "Propiété fiduciaire, propiété unitaire", en AAVV, *La fiducie dans tous ses états*, París, Dalloz, 2011, pp. 9–13.

De Arespacochaga, J.: *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

De Castro y Bravo, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967 (reed. facsímil, Madrid, Civitas, 1985).

De Castro y Bravo, F.: "El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto", *RDN*, jul–dic, 1996, pp. 7 y ss; (también publicado en *AAMN,* 1972, pp. 5 ss).

De los Mozos, J.L.: "El negocio fiduciario", *La Ley*, 1986, t. 4, p. 1033.

De Miguel Asensio, P.A.: "Ámbito de la exclusión del Derecho de sociedades del ámbito de aplicación del Convenio de Roma de 1980 y del Reglamento Roma I: comercialización de fondos de inversión y prestación de servicios en línea (STJ 1ª 3 octubre 2019. Asunto C–272/18: Verein für Konsumenteninformation)", *AEDIPr*, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 524–527.

Díaz Bautista, A. y Díaz–Bautista Cremades, A.A.: *El derecho romano como introducción al Derecho*, Murcia, Librero–Editor, 2010.

Díez–Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1975, p. 520.

Downes, N.: *Los contratos internacionales de timesharing*, Madrid, Eurolex, 1998, pp. 164–166.

Drobnig, U.: "Unification of national law and the uniformisation of the rules of private international law", en P. Bourel, *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, Larcier, pp. 1–12.

Esteban de la Rosa, F.: *La joint venture en el comercio internacional*, Granada, Comares, 1999.

Estrada Alonso, E.: *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

Etchegaray, N.P.: *Fideicomiso*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 11.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2020.

Fernández Rozas, J.C., Arenas García, R. y de Miguel Asensio, P.A.: *Derecho de los negocios internacionales*, 6.ª ed., Madrid, Iustel, 2020, pp. 295–308.

Fletcher, I.: *Conflict of laws and European Comunity Law: with special reference to the Community Conventions on private international law*, Amsterdam, North–Holland, pp. 149–154.

Fuenteseca, C.: *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 1997.

Fuenteseca, M.: *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Fugardo Estivill, J.M.: *El reglamento (CE) número 593–2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I): especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2010, pp. 12–13.

Galicia Aizpurua, G.: *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Madrid, Scientialuridica, 2014.

Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho Internacional Privado*, 5.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

Garrigues Díaz–Cañabate, J.: *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Cizur Menor, Civitas, 2016 (reimpresión de la obra original publicada en 1955).

Giménez–Candela, T.: *Derecho privado romano,* 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2020.

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, pp. 157–171.

González Beilfuss, C.: *El trust. La institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1997.

Guiraldi, P.M.: *Fideicomiso (Ley 24.441)*, Buenos Aires, Depalma, 1998.

Graziadei, M., Mattei, U. y Smith, L.: *Commercial Trusts in European Private Law.* Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Gretton, G.: "Trusts without Equity", *Int'l Comp. L. Q.,* vol. 49, 2000, pp. 599–620.

Hansmann, H. y Mattei, U.: "The functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *New York Univ. l. Rev.*, vol. 73, 1998, pp. 434–479.

Hayton, D.J.: "English Trusts and their Commercial Counterparts in Continental Europe", *Extending the boundaries of trusts and similar ring–fenced funds*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 23–58.

Hernández Rodríguez, A.: "Los contratos internacionales de construcción "llave en mano"", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2014), vol. 6, nº 1, pp. 195–199 y 231–232.

Jiménez Palma, E.: "Fondos de inversión inmobiliaria y Derecho internacional privado europeo: reflexiones al hilo de la STJUE de 3 de octubre de 2019, Verein für konsumenteninformation, C–272/18", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº 2, 2021, pp. 789–805.

Jordano Barea, J.B.: *El negocio fiduciario*, Barcelona, Bosch, 1959.

Kaye, P.: *The new private international law of contracts of the European Community*. *Implementation of the EEC'S Contractual Obligations Convention in England and Wales Under the Contracts (Applicable Law) Act 1990*, Aldershot, Dartmouth, 1993.

Langbein, J.H.: "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *The YaleLaw School*, vol. 105, Nº 3, (Dec 1995), pp. 625–656.

Lein, E.: "La nouvelle synergie Rome I / Rome II / Bruxelles I", en E.C. Bonomi, *Le Nouveau règlement européen "Rome I" relatif à la loi aplicable aux obligations contractuelles*, Zürich, Schulthess, 2008, pp. 27–47.

Lepaulle, P.: "Reflections on the Expansion of Trusts", *The American University Law Review,* 1957, vol. 6, pp. 40–42.

Lupoi, M.: *Trust: A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

Lupoi, M.: "The civil Law Trust", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 32, 1999, pp. 969 ss.

Martín León, A.: *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012.

Martín Santisteban, S.: *El instituto del Trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de civil law,* Pamplona, Aranzadi, 2005.

Medina Vanegas, L.M. y Vásquez Torres, J.A.: "Responsabilidad de las fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios", *Universidad Militar Nueva Granada*, Bogotá, 2014, pp. 10–18.

Molina Sandoval, C.A.: *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Buenos Aires, Euros Editores, 2009.

Motulsky, H.: "De L'impossibilité juridique de constituer un trust anglo–saxon sous l'empire de la loi francaise", *Revue critique de droit international*, 1948 (republicado en *Écrits. III. Études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978), pp. 5–21.

Navarro Martorell, M.: *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950.

North, P.M.: *Contract conflicts. The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam, North–Holland 1982.,

Plender, R.: *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law Contracts*, Londres, Sweet & Maxwell, 1991.

Rodríguez Azuero, S.: *Negocios fiduciarios: su significación en América latina,* Colombia, Legis, 2017.

Rodríguez–Rosado, B.: *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

Salvador Cordech, P.: "Fideicomiso inter vivos, fundación de interés particular y fiducia expresa: una propuesta de política jurídica", *Diario La Ley*, Nº 9892, Sección Tribuna, 15 de Julio de 2021, Wolters Kluwer, recurso electrónico.

Sánchez Lorenzo, S.: "El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo", *REDI*, vol. LXX, nº 2, 2018, pp. 17–47.

Sauveplanne, J.G.: "Quelques remarques relatives à l'avant–projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non–contractuelles", en K. Zweigert (dir.), *European private international law of obligations*, Tübingen, Mohr, 1975, pp. 186–194.

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.

Solís Villa, I.: "Negocio fiduciario y fideicomiso en España", *El fideicomiso en México y su viabilidad en España*, Madrid, Banco de Bilbao, 1980, pp. 103–115.

Tomás Martínez, G.: "Fiducia, negocio fiduciario y titularidad fiduciaria: un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia", *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 52, nº 1, 2004, pp. 289–314.

Urrestarazu Capellán, R., Sánchez Ollero, J.L. y García Pozo, A.: "The influence of the real estate investment trust in the real estate sector on the Costa del Sol", *European Research on Management and Business Economics,* vol. 27, nº 1, 2021, recurso electrónico.

Virgós Soriano, M.: *El trust y el Derecho español*, Cizur Menor, Civitas, 2006.

Notas

Recibido: 20 julio 2021
Aceptado: 12 octubre 2021

El equilibrio entre autonomía de la voluntad y protección del interés superior de la persona con discapacidad en el ámbito internacional y en el Derecho civil español*

Javier MARTÍNEZ CALVO* y
Mª Jesús SÁNCHEZ CANO **

SUMARIO: I. Introducción. II. La autonomía de la voluntad y el interés superior del adulto en el CH 2000. III. La autonomía de la voluntad y el interés superior de la persona con discapacidad en la CIPD 2006. IV. La incorporación de los principios de la CIPD 2006 al Derecho español. 1. El nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad diseñado por la Ley 8/2021. 2. Prevalencia de la autonomía de actuación sobre el interés superior de la persona con discapacidad. V. Conclusiones.

RESUMEN: El Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos de 13 de enero de 2000 y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 han potenciado la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad en el ámbito internacional. Además, en el caso de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha ido más allá, relegando el papel del interés superior de la persona con discapacidad a un segundo plano, hasta el punto de que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha interpretado que ha de eliminarse totalmente de la normativa, una corriente que ha sido asumida también por nuestro legislador nacional. El presente trabajo analizará las líneas generales de los mencionados textos internacionales y su incidencia en el Derecho civil español. A su vez, se tratará de medir las posibles consecuencias de esta nueva orientación que pretende sustituir el interés superior de la persona con discapacidad por el respeto absoluto a su voluntad, deseos y preferencias, y se valorará su compatibilidad con nuestro propio ordenamiento jurídico.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y del Proyecto de Investigación MINECO: PID2019–105489RB–I00 "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos", IIPP. Mª Victoria Mayor del Hoyo / Sofía De Salas Murillo.

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza
** Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado. Universidad San Jorge.

AEDIPr, t. XXI, 2021, pp. 213–236
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.09

PALABRAS CLAVE: DISCAPACIDAD – AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD – INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD – CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006 – CONVENIO DE LA HAYA SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS ADULTOS, DE 13 DE ENERO DE 2000.

The balance between autonomy of will and the protection of the best interests of the person with disabilities in the international sphere and in Spanish civil law

ABSTRACT: The Hague Convention of the 13th January 2000 on the International Protection of Adults and the International Convention of the 13th December 2006 on the Rights of Persons with Disabilities have promoted the autonomy of the will of persons with disabilities at the international level. Moreover, in the case of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, it has gone further, relegating the role of the best interests of the person with disabilities to a secondary role, to the point that the Committee on the Rights of Persons with Disabilities has interpreted that it should be completely eliminated from the regulations, a trend that has also been taken up by our national legislator. This paper will analyse the general lines of the aforementioned international texts and their impact on our domestic legal system. At the same time, it will try to measure the possible consequences of this new orientation which aims to dispense with the best interests of the person with a disability and replace it in all cases with their wishes and preferences, and will assess its compatibility with our own legal system.

KEYWORDS: DISABILITY – AUTONOMY OF WILL – BEST INTERESTS OF THE PERSON WITH A DISABILITY – INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES OF 13 DECEMBER 2006 – HAGUE CONVENTION ON THE INTERNATIONAL PROTECTION OF ADULTS OF 13 JANUARY 2000.

I. INTRODUCCIÓN

Según datos procedentes de la Unión Europea, unos cien millones de personas residentes en el territorio de la Unión mayores de dieciséis años padecen algún grado de discapacidad, a lo cual se añade que más de un tercio de las personas mayores de setenta y cinco años tienen sus capacidades limitadas[1]. En este sentido, ha de tenerse en cuenta la relevancia que tiene la edad en materia de discapacidad, toda vez que, mientras en la población de entre 16 y 44 años el porcentaje de personas con limitaciones en la actividad asciende a un 11,5%, esta cifra aumenta hasta el 72,2% en los mayores de 85 años. Más en concreto, en nuestro país, la esperanza de vida saludable sin discapacidad, en las mujeres, se sitúa en

[1] Para mayor información, consúltese: Resolución del Parlamento Europeo sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad posterior a 2020 (B9–0123/2020) y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010–2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras ([<https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/estrategia _europea_discapacidad_2010_2020.pdf)>].

69,9 años frente a los 16,2 años de vida con discapacidad; mientras que las variables en hombres se calculan en 69,0 y 11,6 años, respectivamente[2].

A la vista de estos antecedentes, en las últimas décadas, se viene experimentando un creciente interés por garantizar la autonomía de la voluntad del individuo que sufre discapacidad, tanto en los asuntos de índole patrimonial como en el ámbito familiar y otros reservados tradicionalmente al estatuto personal. Como consecuencia de ello, la tendencia actual se dirige hacia la flexibilización de los sistemas de protección de las personas con discapacidad, de tal manera que, incluso, se permite que los sujetos puedan establecer con carácter anticipado y ante la hipótesis de un deterioro progresivo de sus facultades, previsiones referentes a sus circunstancias patrimoniales y/o personales.

Este principio de la autonomía de la voluntad cobra especial importancia en el ámbito internacional, donde nos encontramos con dos importantes Convenios, respecto de los cuales resulta necesario hacer alguna distinción:

1º) Por un lado, el Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos, de 13 de enero de 2000 (en adelante, CH 2000), al que España todavía no se ha adherido, recoge normas de Derecho Internacional Privado. Funciona de manera paralela al CH 1996, considerando el interés del adulto y contemplando el criterio de la autonomía de la voluntad, con mayor precisión en el sector de la ley aplicable.

2º) De otra parte, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008[3] (en adelante, CIPD 2006), junto con su Protocolo Facultativo, que también se encuentra en vigor en nuestro país. Opera con independencia de la edad del sujeto y regula aspectos de Derecho sustantivo, con particular atención a la autonomía de la voluntad. En este sentido, hay que destacar el art. 12, del cual, entre otros extremos, se desprende la obligatoriedad de que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se establezcan con el debido respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que sufre algún tipo de discapacidad.

Dicho esto, el presente trabajo analizará las disposiciones del CH 2000 relativas también a la autonomía de la voluntad del sujeto, en conjunción

[2] Informe Olivenza 2019, sobre la situación general de la discapacidad en España, pp. 107–110. Recuperado en [<https://drive.google.com/file/d/1mLyQEyD2Mlez8YXYdMX3e3huJcqMxGbc/view>].

[3] BOE 22.4.2008.

con el principio del interés de la persona adulta; y se examinarán las líneas generales de la CIPD 2006, desde la relevancia que esta otorga a la autonomía de la voluntad. Además, nos detendremos en la incorporación de los principios de la CIPD 2006 a nuestra normativa interna.

II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL ADULTO EN EL CH 2000

Al margen de las normas de Derecho Público, cabe subrayar la labor desarrollada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que encuentra su reflejo en el CH 2000[4], al que España todavía no se ha adherido A este respecto, en contra de la participación de España en dicho Convenio se ha argumentado que resulta incompatible con el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Este argumento se ha rechazado sobre la base de que el Convenio de Naciones Unidas recoge aspectos sustantivos, mientras que la Convención de La Haya contempla cuestiones propias del Derecho Internacional Privado. Por lo demás, se ha alegado que ambos Convenios tienen en común su compromiso con un sector de la población, cual es el de las personas con discapacidad. No obstante, existe una corriente que se muestra favorable a que España se adhiera al CH 2000, en tanto que ello facilitaría la validez extraterritorial de decisiones, debido al sistema de reconocimiento de pleno derecho que contempla. Sin embargo, este sector recalca que a tal fin resulta necesario adaptar la redacción del art. 3 del mencionado instrumento al art. 12 de la Convención Internacional de 2006, en la misma línea a como se ha llevado a efecto en la legislación española[5].

Volviendo a las explicaciones del CH 2000, hay que hace notar que se trata de un instrumento que surgió con intención de aportar seguridad, ante las dificultades que genera en la práctica, especialmente notarial, el considerable incremento de personas que, tras su jubilación, optan por trasladarse a otros países, en busca de un clima más benigno. Estas personas

[4] En este ámbito, existe un texto anterior, el "Convenio de 17 de julio de 1905, sobre interdicción civil," que España tampoco ha ratificado.

[5] Puede consultarse el estado de situación del Convenio en [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status–table/?cid=71>]. *Vid*. M. Álvarez Torné, "La protección internacional de adultos: el encaje de los actuales instrumentos de derecho internacional privado y las perspectivas de avances en la UE", [<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/106468/1/WP_2016_3.pdf y A. Fernández–Tresguerres, "Protección internacional de adultos", [<https://www.eleconomista.es/opinion–legal/noticias/5958267/07/14/Proteccion–internacional–de–adultos.html>] [<http://www.convenciódiscapacidad.es/2021/02/22/el–cermi–insta–a–espana–a–ratificar–el–convenio –de–la–haya–sobre–proteccion–internacional–de–las–personas–adultas–mayores/>].

suelen disponer de un patrimonio, que, en el momento en que sus capacidades resultan mermadas, no son capaces de gestionar[6]. En este sentido, el Convenio responde a la necesidad de encontrar la armonía internacional de soluciones[7]. Aquí, debe resaltarse que el CH 2000 sigue el modelo del Convenio de La Haya de Protección de menores, de 19 de octubre de 1996[8]. Así, de manera similar a como dispone este último Convenio respecto al principio del interés del menor, el Convenio de Protección de adultos, incluye el interés del adulto como principal consideración, junto con el respeto a su dignidad y voluntad, si bien, al mencionar estas dos circunstancias, parece estar defendiendo la necesidad de alcanzar un equilibrio entre todos estos principios[9]. Como el propio Convenio indica, este instrumento tiene por objeto "la protección en situaciones internacionales[10] de los adultos que, debido a una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses" (art. 1)[11]. Por adulto[12] ha de entenderse todo sujeto

[6] Como acertadamente observa Durán Ayago, son muchas las combinaciones posibles desde la perspectiva de nuestro país, atendiendo al elemento extranjero. Así, por un lado, se puede dar el caso de adultos extranjeros residentes en España, adultos extranjeros que se encuentran en nuestro país de manera transitoria, sí como los que tengan bienes en España. De otro lado, es posible encontrar supuestos en que los adultos que precisen protección sean españoles y residentes en el extranjero, o que se encuentren temporalmente fuera de nuestro país, y dispongan de bienes el extranjero. Esta autora añade también los casos de adultos españoles y con residencia en España que son atendidos por personas extranjeras. *Vid.* A. Durán Ayago, "Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos", *Protección jurídica de los mayores"* (coord. M. Alonso Pérez, y otros)., Madrid, Editorial La Ley, 2004.

[7] *Vid.* P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 42 [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18–0343–43c4–b532–9a3050395 501. pdf>].

[8] Ello es así debido a que en la Decimoséptima Sesión, donde se revisó el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de Menores, se acordó que, planteándose problemas similares, los expertos valorasen la oportunidad de aplicar a la protección de adultos las soluciones alcanzadas en materia de protección de menores, con las debidas adaptaciones. *Vid.* P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 42, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18–0343–43c4–b532–9a3050395501.pdf>].

[9] *Vid*. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 44, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18–0343–43c4–b532–9a3050395501.pdf>].

[10] Por situación internacional ha de entenderse aquella que implica a más de un Estado, si bien nada impide que el Convenio se aplique a situaciones meramente internas en aquellos países que disponen de un sistema plurilegislativo (art. 44). *Vid.* P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 46, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18–0343–43c4–b532–9a3050395501.pdf>].

[11] Puntualiza Lagarde que la expresión "no está en condición de velar por sus intereses" ha de entenderse en sentido amplio, comprendiendo tanto los intereses patrimoniales como los personales o de salud. *Vid*. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 46, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18–0343–43c4–b532–9a3050395501.pdf>].

[12] En cualquier caso, como explica Lagarde, en los trabajos preparatorios del Convenio se optó por evitar términos jurídicos, como el de incapaz, por tener distintos significados en las

mayor de dieciocho años (art. 2)[13], de manera que dentro del ámbito de aplicación del Convenio estarían comprendidos los sujetos que presenten limitaciones en sus facultades por razón de una enfermedad, pero, también los ancianos que tengan algún tipo de alteración o disminución de sus capacidades[14]. Aquí hay que hacer dos puntualizaciones:

1ª) Nótese que el Convenio parte de la premisa de que adulto es todo sujeto mayor de dieciocho años, mientras que la norma de conflicto española, el art. 9.1º Cc remite a la ley nacional de la persona para la determinación de la mayoría de edad.

2ª) El CH 2000 no requiere que la persona haya sido incapacitada judicialmente, aunque la medida de incapacitación sí que se encuentra contemplada por el mencionado Convenio.

Ahora bien, el Convenio sólo regula cuestiones propias de Derecho Internacional Privado, como la determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable, junto con normas sobre reconocimiento y ejecución de las medidas de protección adoptadas por los Estados contratantes y las relativas a la cooperación de autoridades. A este respecto, debe indicarse que el Convenio señala que pretende evitar conflictos entre sistemas jurídicos en relación con los tres sectores básicos que conforman el Derecho internacional privado, al mismo tiempo que subraya la importancia de la cooperación internacional para la protección de los adultos[15].

---

diferentes legislaciones internas. De ahí que se prefiriera acudir a una definición objetiva de adulto. *Vid*. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 45 [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18–0343–43c4–b532–9a3050395501.pdf>].

[13] El establecimiento de una edad mínima de dieciocho años está fijado teniendo en cuenta que el CH 1996 de Protección de Menores fija en esa misma edad el límite máximo para su aplicación. *Vid*. P. Lagarde, Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos, p. 47, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18–0343–43c4–b532–9a3050395501. pdf>].

[14] Concretamente, en el Informe explicativo se indica que el Convenio cubre a las personas que padecen alguna discapacidad física o psíquica, junto con las de edad avanzada que sufren una disminución de sus facultades y en especial, a aquellas personas afectadas por Alzheimer. El texto se aplica tanto si se trata de una disminución de facultades temporal o permanente, siempre que haga necesaria una medida de protección. Señala también Lagarde que la protección de víctimas de violencia extrema, como el maltrato a las mujeres, están excluidas del ámbito de aplicación de la Convención, en tanto que requieren medidas de carácter policial.

[15] Sobre este particular, subraya A. Durán Ayago el cambio de orientación que ha supuesto este Convenio, habida cuenta que pone el acento en la cooperación de autoridades como forma de hacer efectiva la protección de adultos, frente al método tradicional del conflicto de leyes. Esta autora destaca, asimismo, el uso que hace la Convención de técnicas de flexibilización en los sectores de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable. *Vid*. A. Durán Ayago, *loc.cit.*

En cuanto al ámbito de aplicación material del CH 2000, el art. 3[16] enumera una serie de medidas de protección de adultos, de carácter personal y patrimonial, que tienen carácter ilustrativo, con la intención de cubrir un amplio elenco de instituciones. Cierto es que puede darse el caso de que no todas las medidas de protección estén previstas en los ordenamientos de los Estados contratantes, si bien, este extremo carece de relevancia, en tanto que la aplicación de una u otra institución protectora dependerá de la ley aplicable designada por las normas de conflicto del CH 2000. Lo que no entra dentro del art. 3 es la validez de los actos celebrados por una persona adulta respecto de la que se ha acordado una de las medidas protectoras que enuncia el citado precepto[17].

De otra parte, el art. 4 del CH 2000 establece las cuestiones expresamente excluidas del ámbito de aplicación del Convenio, salvo por lo que respecta a la condición de una persona a actuar como representante del adulto. Se trata de medidas, bien que ya están incluidas dentro de la esfera de otros instrumentos (alimentos, matrimonio, salvo la representación de los cónyuges, régimen económico matrimonial, *trust*, sucesiones), bien porque se trata de materias de Derecho público, que protegen intereses esenciales de los Estados contratantes (seguridad social, salud, medidas vinculadas a infracciones penales, decisiones sobre el derecho de asilo o inmigración y seguridad pública).

A continuación, se estudiarán las reglas de Derecho Internacional Privado que contempla el Convenio y las soluciones que se ofrecen respecto de los sectores de la competencia judicial internacional y la ley aplicable, tomando en consideración el criterio de la autonomía de la voluntad.

Así, el sistema del Convenio parte de un foro principal, que atribuye la competencia a las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado de residencia habitual del adulto para adoptar las medidas de protección de la persona o los bienes del adulto (art. 5). El sistema de competencia de autoridades, establece igualmente una serie de foros complementarios y subsidiarios de la competencia principal, en los cuales

[16] Dentro de estas medidas están, la determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección; la colocación del adulto bajo la protección de una autoridad judicial o administrativa; la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del adulto, de representarlo o de asistirlo; la colocación del adulto en un centro u otro lugar en el que pueda prestársele protección; la administración, conservación o disposición de los bienes del adulto; la autorización de una intervención puntual para la protección de la persona o de los bienes del adulto.

[17] *Vid*. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 57, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18–0343–43c4–b532–9a3050395501.pdf>].

no resulta necesario detenerse, dado que no resultan relevantes a los efectos de este trabajo, por los motivos que a continuación se expondrán.

Debe subrayarse que el Convenio de La Haya de Protección internacional de adultos no contempla un foro específico que reconozca la autonomía de la voluntad y tan sólo se recoge en el art. 8.2º.d), al permitir que las autoridades competentes, en virtud del art. 5 y del art. 6, requieran, para que tomen medidas de protección en interés del sujeto, a las autoridades del Estado que "el adulto haya escogido por escrito para que adopte medidas relativas a su protección". Sobre este particular, se justificó que era necesario hacer hincapié en la necesidad de "reconocer y alentar la autonomía de la voluntad de las personas incapacitadas", pero, dada la especial vulnerabilidad de las personas mayores, que pueden estar sometidas a influencias externas, se consideró más razonable supeditar el control de la autonomía de la voluntad a las autoridades de la residencia habitual del adulto[18].

En lo referente a la determinación de la ley aplicable, previamente, hay que señalar que el Convenio tiene carácter universal y eficacia *erga omnes,* lo que lleva a aplicar la ley designada por el mismo, aunque se trate de la ley de un Estado no contratante (art. 18).

Asimismo, también debe observarse que el CH 2000 excluye expresamente el reenvío (art. 19) y que establece la aplicación de las normas imperativas del Estado en el cual se deba proteger al adulto, con independencia de la ley que resulte aplicable en virtud de las normas de conflicto del propio Convenio (art. 20).

Además, es importante reseñar que la Convención prevé la excepción de orden público internacional en su art. 21.

Por lo demás, el CH 2000, como se ha avanzado, establece un sistema paralelo en muchos aspectos al CH 1996, si bien, con algunas diferencias relevantes. En este sentido, en lo referente al CH 2000, cabe mencionar dos extremos fundamentales:

1º) El primero de ellos, radica en que toda limitación o modificación a la capacidad del adulto o la libre disposición de sus derechos, tendrá que venir establecida en una medida de protección. Por tal motivo, las normas de conflicto incorporadas por el Convenio se aplican tanto, en su caso, al procedimiento de incapacitación de la persona, como a las medidas de apoyo adoptadas en relación con la misma. Esta solución resulta más

[18] *Vid.* P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 66 [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18–0343–43c4–b532–9a3050395501.pdf>].

ventajosa que la prevista en el Derecho español, en el cual la ley aplicable a la capacidad de la persona, conforme al art. 9.1º Cc, es la Ley nacional del sujeto, mientras que "las medidas de apoyo respecto de discapacitados", en virtud del art. 9.6º Cc, se gobernará por Ley de su residencia habitual. Esta falta de concordancia no ha recibido respuesta adecuada tras la reforma efectuada por la Ley 8/2021 y conduce a que la capacidad de las personas y las medidas de protección se sujeten a leyes distintas [19].

2º) El segundo aspecto comporta el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, toda vez que se permite al adulto que organice con carácter previo su régimen de protección, en previsión de que en un momento dado no esté en condiciones de atender a sus intereses[20]. Esta previsión no se encuentra expresamente recogida en el art. 9.6º.II Cc si bien, según un sector doctrinal, entiende que se trata de una facultad que entraría asimismo dentro de la esfera del art. 9.6º.II Cc y en consecuencia, se regiría por la ley de la residencia habitual de la persona mayor de edad[21].

En cuanto a las normas de conflicto de leyes previstas en el Convenio de 2000, el art. 13 dispone que "en el ejercicio de su competencia según lo dispuesto en el Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplicarán su propia ley". Como ventajas a esta solución se dice que permite que la autoridad competente aplique la ley que mejor conoce, así como que facilita la ejecución de las medidas de protección adoptadas[22].

---

[19] En cuanto a las normas de Derecho Internacional Privado, se ha modificado el segundo párrafo del art. 9.6º Cc, en cuya virtud la regla general es que las medidas de apoyo para personas con discapacidad se regirán por la ley de su residencia habitual. El citado precepto solventa el problema del conflicto móvil, toda vez que prevé que, en el caso de cambio de residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. En último término, se ordena la aplicación de la ley española para la adopción de medidas de apoyo provisionales o urgentes. A este respecto, un sector doctrinal ya defendió en su momento, con anterioridad a la Ley 8/2021, que el art. 9.6º.II Cc comprendía tanto la incapacitación como las medidas de protección, toda vez que hacía referencia a la protección del mayor de edad. Así lo puso de manifiesto la Dra. Salomé Adroher Biosca en el II Congreso internacional sobre la reforma del Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de discapacidad dir. M.V. Mayor del Hoyo y S. De Salas Murillo), celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, los días 22 y 23 de noviembre de 2018. En la misma línea, consúltese, S. Adroher Biosca, "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, vol. LXXI, nº 1 2019, Madrid, p.174.

[20] *Vid*. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 73 [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18–0343–43c4–b532–9a3050395501.pdf >].

[21] *Vid*. A.L. Calvo Caravaca, y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol.II, 18ª ed., 2018, Granada, Comares, 2018. p. 34.

[22] *Vid*. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 74 [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18–0343–43c4–b532–9a3050395501.pdf >].

No obstante, el ap. 2 del art. 13 contempla una cláusula de excepción, que da entrada (aplicar o tomar en consideración) a la ley del Estado con el que el supuesto presente un vínculo estrecho, en la medida en que lo exija la protección de la persona o de los bienes del adulto. En este punto, cabe precisar que no se trata de la tradicional cláusula de vínculos más estrechos, basada en el principio de proximidad, sino que tiene su fundamento en el interés del adulto[23].

Por otra parte, el art. 14 del CH 2000 establece que las condiciones de aplicación de la medida de protección acordada será la ley del Estado contratante en que dicha medida ha de desarrollarse. Entrarían dentro del ámbito del citado precepto la ejecución de las medidas de protección en un Estado distinto de aquel en que se han adoptado, sin perjuicio de que ello comporte o no un cambio de ley. Como excepción, quedaría fuera la ejecución de los poderes de representación otorgados por el adulto, conforme al art. 15.3º del propio Convenio[24].

Como se ha explicado más arriba, el Convenio recoge el principio de autonomía de la voluntad o de auto–tutela y lo hace en el art. 15, en cuya virtud la persona adulta puede otorgar poderes de representación conferidos, de *motu propio* o mediante un acuerdo, para ejercitarse cuando no se encuentre en condiciones de "velar por sus intereses"[25]. En estos casos, "la existencia, alcance, modificación y extinción de los poderes de representación" se regirá por la "ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, a no ser que haya designado expresamente por escrito alguna de las leyes mencionadas en el ap. 2"[26].

Las modalidades del ejercicio de los poderes otorgados por el adulto para el caso de que no pueda defender sus intereses se gobernarán por la ley del Estado en el que se ejerciten (art. 15.3º). Nótese aquí que, si se compara este

[23] *Ibíd.*.

[24] *Ibíd.*, p. 75.

[25] P. Lagarde pone de manifiesto la diferencia existente entre estos poderes conferidos en previsión de incapacidad, del mandato ordinario que un adulto con plena capacidad otorga a una persona para que se encargue de velar por sus intereses. Este último mandato entraría dentro del ámbito de aplicación del Convenio de la Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, conforme al cual, en defecto de elección de ley, la ley aplicable sería la del establecimiento profesional o de la residencia habitual del intermediario (art. 6), siendo esa misma ley la que se aplicará, en particular, al cese de los poderes del intermediario (art. 8 a). *Vid*. P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, p. 76, [<https://assets.hcch.net/docs/ 16670a 18–0343–43c4–b532–9a3050395501.pdf>].

[26] Así, podrá designarse la ley de los siguientes Estados: la ley de un Estado del que el adulto posea la nacionalidad; la ley del Estado de la anterior residencia habitual del adulto; la ley de un Estado en el que se encuentren situados bienes del adulto, con respecto a dichos bienes.

precepto con el art. 14 del Convenio, el ámbito de aplicación de la ley del lugar en el que se ejerciten los poderes resulta más restringido si tales poderes los ha conferido el adulto que si traen causa de una medida de protección. Ello supone que el concepto de "modalidades de ejercicio" sea también más limitado que el término "alcance" de los poderes[27].

Los poderes pueden hacer referencia a medidas de índole personal o patrimonial, pero, deberán constar expresamente y por escrito siempre que se haya elegido la ley de uno de los Estados designados por el ap. 2 del art. 15.

Por su parte, el art. 16 permite la revocación o modificación de los poderes a los que hace referencia el artículo anterior mediante medidas adoptadas por una autoridad competente en virtud del Convenio, siempre que "no se ejerciten de manera suficiente para garantizar la protección de la persona o el patrimonio del adulto" y teniendo en cuenta la ley designada por el art. 15.

Para terminar con el sector de la ley aplicable, parece oportuno mencionar que el art. 17 del Convenio incorpora una regla para la protección de terceros de buena fe que hayan contratado, con la diligencia debida, con quien tendría la condición de representante del adulto conforme a la ley del Estado de celebración del acto, pero, que no la tendría en virtud de las normas de conflicto del Convenio. Así, el citado artículo prevé la validez del acto, salvo que el tercero "supiera o hubiera debido saber que la condición de representante se regía por esta última ley".

Por lo demás, parece oportuno hacer una referencia a la regulación del CH 2000 en relación con la validez extraterritorial de decisiones, toda vez que garantiza la continuidad en todos los Estados contratantes de las medidas de apoyo adoptadas en uno de ellos. Sobre este particular, cabe señalar que el CH 2000 sigue en este punto las líneas generales establecidas en el Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores. Así, diferencia entre el reconocimiento (arts. 22 a 24), la declaración de ejecutoriedad o execuátur o el registro a efectos de ejecución (arts. 25 y 26) y la ejecución (art. 27).

En concreto, se prevé en el art. 22 un sistema de reconocimiento de pleno derecho, es decir, sin necesidad de procedimiento alguno, de las medidas acordadas en un Estado contratante en todos los demás Estados contratantes. Este sistema no operará si se solicita también algún acto de ejecución. No obstante, la parte frente a la que se inste el reconocimiento podrá alegar alguna de las causas de denegación recogidas en el ap. 2, pero,

[27] *Vid.* P. Lagarde, *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, pp 79–80 [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18–0343–43c4–b532–9a3050395501.pdf >].

el Estado requerido podrá denegar el reconocimiento si concurre alguna de estas circunstancias, si bien no está obligado a ello .

Por otro lado, el art. 23 incorpora una acción preventiva del reconocimiento o de la denegación del reconocimiento de una medida adoptada en un Estado contratante. El procedimiento, que comenzará a instancias del interesado, se regirá por la ley del Estado requerido.

La declaración de ejecutoriedad, que se regula en el art. 25 del Convenio, se iniciará a solicitud de la parte interesada y conforme al procedimiento establecido en la ley del Estado requerido. También se requiere que la medida cuya ejecución o registro se pretende sea ejecutoria en el Estado requirente. Una vez declaradas ejecutivas, tales medidas podrán ser objeto de ejecución o registro en el Estado requerido, como si se tratasen de medidas adoptadas por las autoridades de dicho Estado, lo que supone que la ejecución deba realizarse de conformidad con la ley del Estado requerido (art. 27).

Tanto para el reconocimiento como para el exequátur, el Convenio dispone la prohibición de revisión sobre el fondo (art. 26).

En último término, se analizarán muy brevemente las normas del Capítulo V del Convenio, dedicadas a la cooperación de autoridades. En dicho capítulo se contempla un mecanismo de cooperación, similar al del Convenio de 1996, que funcionará a través de la intervención de Autoridades Centrales. Así la Autoridad Central de un Estado contratante podrá dirigirse a las Autoridades Centrales de los demás Estados contratantes, que responderán a sus solicitudes (arts.28–30). Del mismo modo, el Convenio recoge la posibilidad de que se establezcan comunicaciones y se formulen solicitudes directas de información entre las autoridades competentes de los diversos Estados contratantes que intervengan en la adopción de medidas de protección (arts.31–35). También es viable el uso de la mediación o de la conciliación para alcanzar acuerdos amistosos respecto a la protección de la persona adulta y de sus bienes (art.31). Igualmente, cabe recurrir a la celebración de acuerdos de cooperación entre distintos Estados contratantes (art.37).

En definitiva, de la regulación del Convenio cabría resaltar las siguientes notas en favor del mismo:

1º) El propósito que subyace en el CH 2000 consiste en conjugar y armonizar dos circunstancias tan relevantes en la protección del adulto como son la autonomía de la voluntad del sujeto y el interés de la persona con discapacidad.

2º) El CH 2000 es respetuoso con el principio de armonía internacional de soluciones y en consecuencia, garantiza que se alcancen soluciones uniformes en todos los Estados contratantes, favoreciendo, de esta manera, la eficacia en todos ellos de las medidas de protección adoptadas en otro Estado contratante, a lo que contribuye también en buena medida el sistema de reconocimiento de pleno derecho previsto en el Convenio.

3º) El régimen de cooperación que instituye el propio Convenio facilitaría la asistencia mutua entre las autoridades de los diferentes Estados contratantes, lo que a buen seguro agilizaría el procedimiento y redundaría en interés del adulto. Como también supondría una ventaja a favor del adulto el recurso a mecanismos alternativos de resolución de conflictos que prevé el Convenio, toda vez que permitirían alcanzar soluciones de consenso.

III. La autonomía de la voluntad y el interés superior de la persona con discapacidad en la CIPD 2006

Uno de los principales objetivos de la CIPD 2006 ha sido potenciar la autonomía de las personas con discapacidad para que puedan actuar por sí mismas en el tráfico jurídico. A este respecto, su art. 12, bajo la rúbrica "Igual reconocimiento como persona ante la ley", establece una serie de principios tendentes a la consecución del mencionado objetivo. Al respecto, puede destacarse su punto segundo, en el que dispone que "los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida"; cuarto, en el que señala que "los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona (…)"; y quinto, en el que prevé que "(…) los Estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero (…)".

De las mencionadas previsiones, la que ha generado más debate es la que establece que las personas que padecen una discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de

la vida; y que ha sido interpretada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el punto 28 de su Observación general Nº 1 (2014)[28] en el sentido de que "la obligación de los Estados parte de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos(…)".

Lo primero que puede advertirse es que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad equipara la capacidad jurídica y su ejercicio, sobrepasando el tenor literal de la CIPD 2006, del que no parece deducirse dicha equiparación[29]. Además, a nuestro modo de ver, considerar que todas las personas poseen capacidad de obrar en igualdad de condiciones puede resultar excesivo, por contradecir la realidad física, psicológica, biológica, jurídica y social[30]; y, en última instancia, puede derivar en una situación de desprotección de la persona con discapacidad. Téngase en cuenta que, como señala M.V. Mayor del Hoyo, "la modificación de la capacidad de obrar tiene como fundamento último la protección y el bien de la persona, sin que, en modo alguno, su dignidad se vea afectada negativamente, sino al contrario"[31].

Por el mismo motivo, creemos que el rechazo absoluto hacia los sistemas de representación por parte del Comité puede comprometer la protección del interés de las personas con discapacidad, pues en muchos casos dicha protección solo podrá alcanzarse a través de mecanismos de representación o sustitución en la adopción de decisiones.

Sin embargo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha considerado que no solo deben suprimirse los sistemas de representación, sino que ha de reconocerse a la persona con discapacidad un pretendido derecho a cometer errores y a asumir riesgos en su esfera patrimonial y personal, al disponer en el punto 22 de su Observación general Nº 1 (2014) que "(…) la protección debe respetar los derechos, la

[28] Disponible en: [<http://www.convenciondiscapacidad.es/wp–content/uploads/2019/01/ Observaci%C3%B3n–1–Art%C3%ADculo–12–Capacidad–jur%C3%ADdica.pdf>], (fecha de última consulta: 02/07/2021)>].

[29] Tal y como defendí en un trabajo anterior: J. Martínez Calvo: "La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano: interdizione, inabilitazione y amministrazione di sostegno", *REDIS*, nº 8, vol. 1, 2020, pp. 54 ss. *Vid*. también en el mismo sentido: M. Pereña Vicente: "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", *RDP*, nº 100, 2016, pp. 17 ss.

[30] G. García Cantero, "¿Persons with disability vs. personas incapacitadas... o viceversa?: Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español", *RDC*, vol. 1, nº 4, 2014, p. 88.

[31] M.V. Mayor del Hoyo, *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 22 y 23.

voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores".

Por tanto, la interpretación que lleva a cabo el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad da un carácter absoluto al respeto a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, convirtiéndolo en el único criterio admisible en la materia y anteponiéndolo a la protección del interés superior de la persona con discapacidad. Es más, en el punto 21 de la Observación general nº 1 (2014) llega a abogar por la supresión del interés de la persona con discapacidad, al señalar que "cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del interés superior debe ser sustituida por la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias (…) el principio del interés superior no es una salvaguardia que cumpla con el art. 12 en relación con los adultos. El paradigma de la voluntad y las preferencias debe reemplazar al del interés superior para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás". Así mismo, en su punto 29 b) dispone que "todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo".

A nuestro entender, la interpretación que lleva a cabo el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad trasciende una vez más del tenor de la CIPD 2006, pues de la misma no parece extraerse tal rechazo a la protección del interés superior de la persona con discapacidad. De hecho, aun cuando no encontramos en la Convención ninguna referencia expresa a dicho interés superior, puede considerarse implícito en su art. 12.4º, tal y como ha sido puesto de manifiesto por algún autor[32]. Y es que, la mención que hace a la protección de los derechos de las personas con discapacidad ha de entenderse ligada a la preservación de su interés superior, pues el objeto de este principio no es otro que la protección de los derechos de las personas afectadas por una discapacidad. Además, en el caso de los menores con discapacidad, la salvaguarda de su interés superior sí ha sido expresamente prevista en el art. 7.2º CIPD 2006, que dispone que "En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño". También lo recoge el art. 23 CIPD 2006, que en su párrafo segundo señala que "(…) en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño (…)"; y en su párrafo cuarto prevé que "los Estados Partes asegurarán

[32] *Vid*. A. Pau Pedrón, "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *RDC*, vol. 5, nº 3, 2018, p. 12.

que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño (…)".

IV. La incorporación de los principios de la CIPD 2006 al Derecho español

1. El nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad diseñado por la Ley 8/2021

Recientemente se ha promulgado la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021), que tiene como principal objeto la adaptación de nuestra normativa interna a los principios de la CIPD 2006, y, en especial, a su art. 12. Y para ello, ha dado nueva redacción al Título XI del Libro Primero del Código Civil, que pasa a rubricarse "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad".

Así, se ha llevado a cabo una reforma de gran calado del sistema tradicional de protección de las personas con discapacidad intelectual, que con anterioridad a la Ley 8/2021 se organizaba a través de tres figuras: la tutela, la curatela y el defensor judicial (art. 215 de la redacción del Código Civil anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021); y que ahora se organizará en torno las figuras de la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial (art. 250 Cc, en la redacción dada por el art. 2.23º de la Ley 8/2021).

Por tanto, se ha decidido prescindir de la tutela, que tras la entrada en vigor de la nueva norma quedará reservada exclusivamente para los menores de edad no emancipados que se encuentren en situación de desamparo o que no estén sujetos a patria potestad (art. 199 del Código Civil, en la redacción dada por el art. 2.21º de la Ley 8/2021). Y, en consonancia con ello, también se suprimen las figuras de la patria potestad prorrogada y de la patria potestad rehabilitada, tal y como señala expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021. En este punto, la norma española contrasta con lo previsto en otros ordenamientos de nuestro entorno, que han optado por conservar la tutela entre los instrumentos de apoyo a las personas con discapacidad. Así, a modo de ejemplo, el ordenamiento jurídico italiano prevé tres instrumentos para la protección de las personas privadas de autonomía: la interdizione, que se

materializa en la figura de la tutela; la inabilitazione, que se materializa en la curatela; y la amministrazione di sostegno, en español: "administración de apoyo" (arts. 404 y ss. del Codice Civile italiano)[33].

En cuanto a la guarda de hecho, se refiere a aquellos supuestos en los que una persona ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. Pero la Ley 8/2021 le ha dado una nueva configuración, superando su carácter fáctico y convirtiéndola en una medida de carácter judicial (de hecho, su extensión vendrá determinada por la correspondiente resolución judicial, en función de las necesidades concretas de la persona en cuyo beneficio se establece). Y es que, cuando se considere que la guarda de hecho es una medida suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad, podrá dejar de ser una situación provisional y convertirse en una medida estable.

En cuanto al defensor judicial, su función es atender a situaciones de carácter coyuntural, como por ejemplo la necesidad de apoyo ocasional que no está garantizado por otra medida voluntaria o fáctica, las situaciones de conflictos de intereses entre quien ejerza el apoyo y la persona con discapacidad, o la imposibilidad temporal de la persona que ejerza el apoyo.

Pero la principal medida de apoyo a las personas con discapacidad en el nuevo sistema es la curatela, no en vano, es la figura que ha sido objeto de una regulación más detallada por parte de la Ley 8/2021, que la ha dotado de una nueva configuración y la ha convertido en la principal medida de apoyo para las personas con discapacidad.

La curatela está destinada a ser una medida de carácter estable, por lo que se aplicará en aquellos supuestos en los que la persona con discapacidad requiera de apoyos de modo continuado. Además, uno de los principales objetivos de la reforma es dotar a esta medida de una gran flexibilidad, de modo que atienda a las necesidades concretas de la persona en cuyo beneficio se establezca. De este modo, se pretende que la actuación del curador se limite a lo imprescindible, sacrificando lo menos posible la capacidad del beneficiario para actuar en el tráfico jurídico. Para ello, la resolución judicial por la que se establezca la curatela tendrá que determinar de forma precisa los actos para los que la persona va a requerir la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de

[33] Sobre la distinción entre las tres figuras, *vid*. J. Martínez Calvo: "La administración de apoyo italiana y su relación con la nueva curatela prevista en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2019, pp. 204 y 205 y "La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano: interdizione, inabilitazione y amministrazione di sostegno", *loc. cit*., pp. 45 ss.

apoyo (arts. 250 y 269 Cc, en la redacción dada por el art. 2.23º de la Ley 8/2021).

Normalmente, la función del curador consistirá en asistir a la persona con discapacidad en aquellas situaciones concretas en las que requiera de apoyo para adoptar una determinada decisión. Así, el rol que desempeñará será el de acompañar, informar y asesorar a la persona, evitando la sustitución de su voluntad en la toma de decisiones. No obstante, se admite que en aquellos casos en los que resulte absolutamente necesario el curador pueda asumir funciones de representación, siempre y cuando el apoyo no pueda prestarse eficazmente de otro modo. En cualquier caso, solo en supuestos muy excepcionales la representación podrá tener alcance general (art. 269 Cc, en la redacción dada por el art. 2.23 de la Ley 8/2021).

2. Prevalencia de la autonomía de actuación sobre el interés superior de la persona con discapacidad

Como puede deducirse claramente de lo visto hasta aquí, la nueva tendencia en materia de discapacidad consiste en potenciar la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad intelectual para que sea ella la que adopte sus propias decisiones, tratando de limitar la actuación del curador al mínimo imprescindible y descartando los mecanismos de representación siempre que resulte posible.Y es que, la persona con discapacidad intelectual podrá realizar por sí misma y sin ningún tipo de asistencia todos aquellos actos que no estén incluidos expresamente en la resolución judicial por la que se establezca la curatela. Además, cuando el curador deba intervenir, ha de hacerlo respetando en todo momento la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad (art. 282 Cc, en la redacción dada por el art. 2.23 de la Ley 8/2021).

Por tanto, en líneas generales, se ha optado por seguir la interpretación que hace el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del texto de la CIPD 2006. Ello, aun cuando consideramos que dicha interpretación no tiene carácter preceptivo para los Estados[34], por lo que

[34] *Vid*. en este sentido: S. de Salas Murillo, "¿Existe el derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?", *RCDI*, nº 780, 2020, p. 2231; M.V. Mayor del Hoyo: "Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?", *RCDI*, nº 782, 2020, pp. 3367–3369; y C. Martínez de Aguirre Aldaz: "La Observación general primera del Comité de Derechos de la Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (dirs. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y L.B. Pérez Gallardo; y coord. M. García Mayo), Santiago (Chile), Ediciones Olejnik, 2021, pp. 88 ss.

parece que se trata simplemente de una opción de política legislativa adoptada por parte de nuestro legislador.

Entre los aspectos más destacados de la reforma, cabe mencionar la decidida apuesta del legislador español por otorgar una primacía absoluta a los deseos y preferencias de las personas con discapacidad[35] y la omisión de toda referencia al principio del interés superior de la persona con discapacidad; apartándose una vez más de la opción adoptada por otros ordenamientos de nuestro entorno, como por ejemplo el Derecho italiano, que mantiene la referencia al interés superior de la persona con discapacidad (*v.gr*., art. 408 del Codice Civile italiano).

Pero esta ampliación de la autonomía de la voluntad que ha llevado a cabo la Ley 8/2021 implica inevitablemente que la persona con discapacidad vaya a asumir mayores riesgos y a contar con una protección menor de la que ha tenido hasta ahora. De hecho, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no lo oculta y ya hemos visto que en el punto 22 de su Observación general nº 1 (2014) llega a hablar de un pretendido "derecho a asumir riesgos y a cometer errores" (punto 22). Y bajo dicha expresión, lo que se esconde es un derecho (si es que puede ser calificado como tal) a exponerse a situaciones de peligro en su dimensión tanto personal como patrimonial y a renunciar a la protección que puede brindar el derecho a la persona con discapacidad[36].

Lo que ocurre es que postergar el interés superior de la persona con discapacidad (o incluso eliminarlo completamente de la normativa) y atribuirle un supuesto derecho a asumir riesgos y cometer errores puede provocar consecuencias no deseadas, como que un tercero pudiera abusar de la situación de falta de capacidad cognitiva o volitiva en la que se encuentra una persona[37] o que la propia actuación de la persona con discapacidad intelectual pueda causarle perjuicios o ponerle en peligro.

---

[35] *Vid.* más ampliamente: J. Martínez Calvo, "La ampliación de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", en: *Avanzando en la inclusión: balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad* (coords. A.L. Martínez Pujalte, J. Miranda Erro, y M. Flores), Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 415–429).

[36] Tanto es así, que parece que incluso podría renunciar a los apoyos establecidos judicialmente por su mera voluntad (*vid*. S. de Salas Murillo, "¿Existe el derecho a no recibir apoyos", *loc. cit*., pp. 2253, 2254 y 2258). De hecho, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se ha mostrado partidario de ello en su Observación general Nº 1 (2014), en la que señala que "la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento".

[37] *Vid*. C. Martínez de Aguirre Aldaz: "La tensión entre autonomía y protección en el tratamiento legal de la discapacidad psíquica", en: *Las nuevas herramientas de protección jurídico–privada de las personas dependientes: un estudio comparado* (coord. A. Muñoz

Por ello, parece que la libre autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad habría de estar sujeta a un límite, que, siguiendo a A. Legerén Molina, creemos que habría de situarse en el "peligro objetivo" para la persona en su dimensión personal o patrimonial[38]; razón por la cual consideramos que hubiera sido preferible mantener en la normativa la referencia al interés superior de la persona como límite a su libre autonomía de actuación. Y es que, tal y como ha puesto de manifiesto la STSel Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de noviembre de 2017 (RJ 2017\4745), el objetivo del interés superior de la persona con discapacidad no es otro que "su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión (…)".

De hecho, durante la tramitación parlamentaria de la norma, fueron apareciendo en nuestra doctrina muchas voces críticas con la supresión absoluta del interés superior de las personas con discapacidad[39]. También el Consejo General del Poder Judicial manifestó la inconveniencia de dicha opción legislativa a través de su Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad[40].

Y es que, incluso cabría plantearse si la supresión del interés superior de la persona con discapacidad es compatible con nuestro marco constitucional, pues dicho principio parece estar reconocido implícitamente por el art. 49 de la Constitución, cuando dispone que "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán

Fernández), Cizur Menor, Civitas, 2014, p. 38; y M.A. Parra Lucán: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables: modelos para la toma decisión en asuntos personales*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015, p. 135.

[38] *Vid*. A. Legerén Molina, "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos", en: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo, dirs.), Valencia, Tirant lo blanch, 2019, p. 197.

[39] *Vid*. por todos, C. Martínez de Aguirre Aldaz: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo, dirs.), Valencia, Tirant lo blanch, 2019, p. 268.

[40] *Vid*. Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, p. 36. Disponible en: [<https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/20181129%20Informe%20Anteproyecto%20Ley%20reforma%20legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20sobre%20discapacidad%2017.18.pdf>] (fecha de última consulta: 12/01/2021).

especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos"[41].

Por todo lo anterior, entendemos que lo correcto sería intentar alcanzar un equilibrio entre el respeto a la libre autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad y la protección de su interés superior.

V. CONCLUSIONES

Es un hecho innegable que la protección de personas adultas y de su patrimonio en supuestos internacionales constituye un reto que hay que afrontar, en tanto que estas situaciones se presentan cada vez con más frecuencia, generando numerosos inconvenientes desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado. En este sentido, no cabe duda de que la disparidad de criterios que contemplan las normas de producción interna de los diferentes Estados comporta una grave inseguridad jurídica, habida cuenta que la solución a los problemas que suscitan las situaciones internacionales en esta materia variará de unos Estados a otros, dando lugar a decisiones contradictorias y por consiguiente, claudicantes, válidas en un Estado, pero, cuya existencia y validez no se va a reconocer en otro país.

En este sentido, habida cuenta las contradicciones que presenta nuestro sistema de Derecho Internacional privado autónomo, parece conveniente que España suscriba el CH 2000, en tanto que, como ya se ha puesto de manifiesto, proporciona respuestas uniformes en todos los Estados contratantes y garantiza la armonía internacional de soluciones, facilitando, de este modo, la protección del adulto vulnerable en supuestos transfronterizos. Lo mismo cabe decir respecto de aquellos EE MM de la Unión Europea que todavía no se han adherido al CH 2000, toda vez que la aplicación del mismo evitaría los obstáculos al derecho a la libre circulación de los ciudadanos europeos derivados de este tipo de situaciones.

Por lo demás, del CH 2000 cabe destacar como idea clave que ha tratado de ponderar los dos principales principios que han de presidir la protección del adulto: el principio de la autonomía de la voluntad y el principio del interés de la persona que padece algún tipo de discapacidad, tan relevante tratándose de personas vulnerables. En este sentido, su regulación parece más adecuada en comparación con la CIPD 2006, la cual, si bien contempla

[41] *Vid*. en este sentido: M.I. de la Iglesia Monje, "La curatela y el discapacitado desde el prisma del principio del superior interés de la persona con discapacidad. Estudio jurisprudencial", *RCDI*, nº 740, 2013, p. 4128; y V. Rodríguez Escudero: "El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad", *AC*, nº 7–8, 2016, pp. 18–31.

la autonomía de la voluntad desde el punto de vista de los derechos humanos, no obstante, deja de lado el principio del interés del adulto, al que debería de atenderse, al menos para tratar de lograr su armonización con la autonomía de la voluntad del sujeto.

Y es que, la CIPD 2006 ha supuesto un cambio de paradigma en materia de discapacidad, promoviendo una mayor autonomía personal y patrimonial de las personas que padecen una discapacidad. Y, con base en ello, ha aparecido una corriente (que encuentra en el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad su máximo exponente) que va mucho más allá del tenor literal de la CIPD 2006, llegando incluso a corregir lo dispuesto en ella[42] y a mostrarse favorable al establecimiento de la libre autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad como el único parámetro a tener en cuenta en la configuración del sistema de protección de las personas con discapacidad, abogando por la absoluta supresión del tradicional principio del interés superior de la persona con discapacidad.

Aun cuando parece que las resoluciones dictadas por el mencionado Comité carecen de carácter obligatorio para los Estados, lo cierto es que nuestro legislador ha optado por asumir en buena medida sus postulados a través de la Ley 8/2021, en la que omite cualquier referencia al interés superior de la persona con discapacidad. Ello, pese a las críticas recibidas desde diversos sectores durante la tramitación parlamentaria de la Ley y a su posible incompatibilidad con nuestra Constitución.

Creemos que no se han medido bien las consecuencias que puede acarrear la eliminación del interés superior de la persona con discapacidad como límite a su libre autonomía de actuación, pues ello supone anteponer el respeto a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad a su propia protección personal y patrimonial, lo que puede resultar, cuando menos, arriesgado. Por ello, consideramos que el legislador debería replantearse esta cuestión e intentar alcanzar un equilibrio entre el respeto a la libre autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad y la protección de su interés superior.

BIBLIOGRAFÍA

Adroher Biosca, S.: "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDIevista Española de Derecho internacional*, vol. LXXI, nº 1, 2019, Madrid, pp. 163–185.

[42] *Vid*. C. Martínez de Aguirre Aldaz: "Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica", *La Ley*, nº 9851, 2021, p. 3.

Álvarez Torné, M.: "La protección internacional de adultos: el encaje de los actuales instrumentos de derecho internacional privado y las perspectivas de avances en la UE", [<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/106468/1/WP_2016_3.pdf>].

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Decimoctava edición 2018, Granada, Comares, 2018.

Durán Ayago, A.: "Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos", en: *Protección jurídica de los mayores"* (Coord. M. Alonso Pérez, y otros). edición nº 1, Madrid, Editorial La Ley, 2004, pp. 443–470.

Iglesia Monje, M.I. de la: "La curatela y el discapacitado desde el prisma del principio del superior interés de la persona con discapacidad. Estudio jurisprudencial", *RCDI*, Nº 740, 2013, pp. 4119–4133.

Salas Murillo, S. de: "¿Existe el derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?", *RCDI*, Nº 780, 2020, pp. 2227–2268.

Fernández–Tresguerres, A.: "Protección internacional de adultos" [<https://www.eleconomista.es/opinion–legal/noticias/5958267/07/14/Proteccion–internacional–de–adultos.html>].

García Cantero, G.: "¿Persons with disability vs. personas incapacitadas... o viceversa?: Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español", *RDC*, vol. 1, Nº 4, 2014, pp. 67–106.

Lagarde, P.: *Informe Explicativo – Convenio sobre Protección Internacional de los Adultos*, [<https://assets.hcch.net/docs/16670a18–0343–43c4–b532–9a3050395501.pdf>].

Legerén Molina, A.: "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos", en: *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo, dirs.), Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pp. 165–212.

Martínez Calvo: J.: "La ampliación de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Avanzando en la inclusión: balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el derecho español de la discapacidad* (coords. A.L. Martínez Pujalte, J. Miranda Erro, y M. Flores), Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 415–429.

Martínez Calvo. J.: "La administración de apoyo italiana y su relación con la nueva curatela prevista en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2019, pp. 201–224.

Martínez Calvo, J.: "La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano: interdizione, inabilitazione y amministrazione di sostegno", *REDIS*, Nº 8, vol. 1, 2020, pp. 43–61.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La tensión entre autonomía y protección en el tratamiento legal de la discapacidad psíquica", *Las nuevas herramientas de protección jurídico–privada de las personas dependientes: un estudio comparado* (coord. A. Muñoz Fernández), Cizur Menor, Civitas, 2014, pp. 25–42.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo, dirs.), Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pp. 253–270.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "La Observación general primera del Comité de Derechos de la Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en: *Un nuevo Derecho para las*

personas con discapacidad (dirs. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y L.B. Pérez Gallardo; y coord. M. García Mayo), Santiago (Chile), Ediciones Olejnik, 2021, pp. 85–112.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica", *La Ley*, nº 9851, 2021, pp. 1–9.

Mayor del Hoyo, M.V.: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

Mayor del Hoyo:, M.V.: "Los derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?", *RCDI*, nº 782, 2020, pp. 3359–3415.

Muñoz Fernández, A.: "La protección de las personas con discapacidad en el derecho internacional. Especial referencia a las situaciones que implican la intervención de varios Estados", *MEDIC*. 2013; 21(2).

Parra Lucán, M.A.: *La voluntad y el interés de las personas vulnerables: modelos para la toma decisión en asuntos personales*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2015.

Pau Pedrón, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *RDC*, vol. 5, nº 3, 2018, pp. 5–28.

Pereña Vicente, M.: "Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa", *RDP*, nº 100, 2016, pp. 3–40.

Rodríguez Escudero, V.: "El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad", *AC*, nº 7–8, 2016, pp. 18–31.

Recibido: 30 julio 2021
Aceptado: 15 octubre 2021

La descoordinación conflictual y la autonomía de la voluntad como catalizadores de situaciones de inadaptación en el régimen sucesorio del cónyuge supérstite

Gisela MORENO CORDERO *

SUMARIO: I. Introducción. II. Localización del derecho aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite en los reglamentos comunitarios y en el régimen estatal español. 1. Delimitación de regímenes aplicables. 2. El diseño de las normas de conflicto en el régimen institucional y estatal: A) Régimen institucional; B) Régimen estatal III. Modulaciones a la determinación disociada de la ley rectora de la sucesión del cónyuge supérstite en los reglamentos europeos. 1. La coordinación conflictual. Respuesta parcial a los problemas de inadaptación entre la ley sucesoria y la ley rectora del régimen económico del matrimonio. 2. La autonomía de la voluntad como factor de disociación en el régimen institucional. Necesidad de una elección informada y de la ampliación de la *professio iuris* sucesoria. IV. Conclusiones.

RESUMEN: El presente artículo analiza dos de los diversos factores que pueden dar lugar a eventuales desajustes o injusticias materiales en la determinación de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite. El primero de ellos es la ausencia de coordinación en las soluciones conflictuales previstas en los Reglamentos europeos de sucesiones y de régimen económico del matrimonio. En esto punto somos conscientes de la limitada cobertura que puede proporcionar una simplificación conflictual en tal determinación, debido a la incidencia de diversidad de factores que pueden llevar a situaciones de inadaptación existiendo incluso coordinación. No obstante, consideramos oportuno, que en futuras modificaciones sea rectificado de este vacío u omisión ya que constituye un importante elemento de contención que puede reducir el impacto derivado de la aplicación simultánea de dos a más leyes diferentes a ámbitos materiales tan íntimamente relacionados. El segundo factor analizado es el ejercicio de la autonomía de la voluntad y su repercusión en los desajustes o incompatibilidades materiales en los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente. Se trata

* Profesora Ayudante Doctora (acreditada a Contratada Doctora). Universidad de Granada. El presente trabajo se enmarca en dos Proyectos de investigación: El Proyecto de I+D+i "Retos de la regulación jurídico–patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal (REJURPAT)" PID2019–106496RB–I00, del Programas estatal 'Retos de la sociedad', IP: Andrés Rodríguez Benot y el Proyecto de I+D+i "Registro de la Propiedad y Registro Mercantil ante situaciones privadas internacionales" PID2020–13154GB–100, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033. IP: Sixto Sánchez Lorenzo y María Luisa Palazón Garrido.

ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.10

de una cuestión a tener muy presente, si tomamos como punto de partida el distinto alcance con que ha sido diseñada tal posibilidad en sendos Reglamentos, así como la incidencia de algunos elementos de aleatoriedad e imprevisibilidad en la distribución patrimonial del cónyuge sobreviviente. En este sentido enfatizamos en la necesidad de una elección informada y en la flexibilización de la autonomía de la voluntad en materia sucesoria.

PALABRAS CLAVE: SUCESIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE– RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO– DESCOORDINACIÓN CONFLICTUAL–AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD– ADAPTACIÓN–ELECCIÓN INFORMADA.

Conflict Uncoordination and the Autonomy of the Will as Catalysts of Situations of Inadequacy in the Inheritance Regime of the Surviving Spouse

ABSTRACT: This article analyzes two of the various factors that may give rise to eventual misalignments or material injustices in the determination of the inheritance rights of the surviving spouse. The first of these is the lack of coordination in the conflictual solutions provided for in the European Regulations on inheritance and the economic regime of marriage. At this point, we are aware of the limited coverage that a conflictual simplification can provide in such a determination, due to the incidence of diversity of factors that can lead to situations of maladjustment, even existing coordination. However, we consider it appropriate that this void or omission be rectified in future modifications since it constitutes an important element of containment that can reduce the impact derived from the simultaneous application of two or more different laws to such closely related material areas. The second factor analyzed is the exercise of the autonomy of the will and its impact on material mismatches or incompatibilities in the inheritance rights of the surviving spouse. This is an issue to bear in mind, if we take as a starting point the different scope with which such possibility has been designed in the respective Regulations, as well as the incidence of some elements of randomness and unpredictability in the wealth distribution of the surviving spouse. In this sense, we emphasize the need for an informed choice and the flexibility of the autonomy of the will in matters of succession.

KEYWORDS: SURVIVING SPOUSE SUCCESSION–MATRIMONIAL PROPERTY REGIME–CONFLICT UNCOORDINATION– AUTONOMY OF WILL– ADAPTATION–INFORMED CHOICE.

I. INTRODUCCIÓN

Diversos son los motivos que imprimen a los conflictos de leyes en materia sucesoria una alta complejidad[1]. Entre los más destacados se encuentran las notorias diferencias en el tratamiento material de las sucesiones en el Derecho comparado[2], diferencias que se hacen notar con

[1] *Vid.* J. M. Fontanellas Morel, "La delimitación del ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012 con respecto a las cuestiones relativas a los regímenes económico matrimoniales. A propósito de la STJUE 1 de marzo de 2018 (C–558/16: *Mahnkopf*)", *REEI*, nº 35, junio 2018, pp. 27–38.

[2] *Vid.* A.M. Oliva Izquierdo, A. M. Oliva Rodríguez y A. Oliva Izquierdo, *Los regímenes sucesorios del mundo*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 1ª ed., 2020; *id.*, *Los regímenes económico matrimoniales del mundo*, 1ª ed., Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2017; V. Simó Santonja, *Compendio de regímenes matrimoniales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

más acritud en sistemas plurilegislativos como el español[3]. A ello se suman los problemas de calificación derivados de estrecha vinculación de las sucesiones con otros ámbitos relacionados con el Derecho de familia[4], la intervención de la autonomía material y conflictual[5], el reenvío, la plurilegislación. A menudo estos y otros eventuales factores no solo ponen en jaque el principio de unidad y universalidad de las sucesiones en el que se inspira el Derecho internacional privado europeo y español, sino también las expectativas del causante y de los llamados a la herencia del *de cuius*[6].

Un ejemplo representativo de la complejidad reseñada lo encarna la definición del régimen jurídico aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Ello es debido, en lo fundamental, al impacto que sobre esta cuestión tiene la previa disolución y liquidación del régimen económico del matrimonio[7], toda vez que la cuantía de la sucesión va a depender del tipo de régimen económico asumido en dicho matrimonio. Así, por ejemplo, mientras el régimen de separación de bienes implica mayores beneficios para los derechos sucesorios del cónyuge viudo, el régimen de comunidad de bienes ocasiona el efecto contrario[8].

---

[3] *Vid.* A. Rodríguez Benot, "Sucesión mortis causa y modelos de familia en el tráfico jurídico externo", en A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 675–704; P. Diago Diago, "La sucesión y el fenómeno migratorio desde la perspectiva del Derecho internacional privado español", en J.L. Collantes González y F. Serrano Migallón, *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, México, Porrúa–UNAM, 2005, pp. 671–692.

[4] La STJUE 1 de marzo de 2018 del conocido caso *Mahnkopf* es un claro reflejo de esta problemática (ECLI:EU:C:2018:138). *Vid.* J.M. Josep Fontanellas Morell, "Los derechos legales del cónyuge supérstite en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado (1) Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Segunda, de 1 de marzo de 2018, C–558/16: *Mahnkopf*", *La Ley: Unión Europea*, nº 61, 2018, pp. 1–23; *id*., "La delimitación del ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012 con respecto a las cuestiones relativas a los regímenes económico matrimoniales. A propósito de la STJUE 1 de marzo de 2018 (C–558/16: *Mahnkopf*)", *REEI*, nº 35, 2018, pp. 27–38; I. Antón Juárez, "Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge supérstite y Certificado Sucesorio Europeo: ¿una combinación explosiva?", *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 769–780.

[5] *Vid.* S. Álvarez González, "Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío", en T.F. Torres García (coord.), *Estudios de Derecho civil homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 131–157, pp. 134 y 135.

[6] *Vid.* A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Sucesión internacional y reenvío", *Estudios de Deusto*, vol. 55, nº 2, julio–diciembre 2007, pp. 59–121, p. 61.

[7] *Vid.* P. Quinzá Redondo, "Armonización y unificación del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: nuevos desafíos y oportunidades", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, nº 2, 2016, pp. 619–642, p. 620.

[8] *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo. *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Cizur Menor, Thomson–Reuters/Civitas, 2020, p. 161; C.I. Nagy, "El Derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba", *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 511–529, esp. p. 515.

Dentro del tráfico externo puede romperse la coherencia interna que cada ordenamiento jurídico establece a la hora de regular este tipo de relaciones jurídicos–privadas por varios motivos, y uno de ellos es precisamente la determinación disociada de la ley aplicable a cuestiones tan íntimamente relacionadas[9].

El hecho de que los derechos sucesorios del cónyuge supérstite vengan determinados por una norma de conflicto distinta de aquella llamada a localizar el derecho aplicable a la disolución y liquidación del régimen económico de ese matrimonio puede conducir a la aplicación simultánea de dos o más leyes distintas. Se rompe así la coherencia intraordinamental que se produce cuando es una única ley la aplicada, y con ello, que los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente puedan verse aumentados o disminuidos en beneficio o en perjuicio de los demás herederos[10]. Además de este motivo, la práctica ha evidenciado que más allá de un posible fraccionamiento conflictual existen otros factores que pueden igualmente generar situaciones de inadaptación material y el ejercicio de la autonomía de la voluntad es otro de estos factores.

Un eventual ejercicio de la autonomía de la voluntad amplifica la alta complejidad que ya muestran *per se* las sucesiones internacionales debido a su doble dimensión: material (posibilidad de otorgar testamento o pactar un régimen económico distinto del previsto por el legislador –régimen legal– para los casos en que los cónyuges no hayan manifestado su voluntad sobre el régimen de bienes del matrimonio) y conflictual (la posibilidad de elegir la ley aplicable a la sucesión y al régimen económico del matrimonio disuelto tras el fallecimiento de uno de los cónyuges)[11] .

Para evitar que se produzcan tales incompatibilidades se apela a la conocida técnica de la adaptación, una técnica en la que tiene cabida bien la modificación de las normas de conflicto mediante su jerarquización o la derogación de una de ellas o bien mediante la adaptación de las normas materiales susceptibles de ser aplicadas de forma concurrente, en cuyo caso se precisaría de una articulación *ad hoc* hasta llegar a una solución que

[9] *Vid.* N. Bouza Vidal, *Problemas de adaptación en el Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 30 y S. Álvarez González, "Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío", *loc. cit.*, p. 133.

[10] *Vid.* E. Zabalo Escudero, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993, p.17; S. Álvarez González, "Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío", *loc. cit.*, p. 141.

[11] *Vid.* S. Álvarez González, "Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío", *loc. cit.*, p. 135.

permita compensar los desbalances ocasionados en torno a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite[12].

Pues bien, los problemas de inadaptación en la determinación de la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite parecen agravarse tras la entrada en funcionamiento del Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (RSE)[13] y del Reglamento (UE) 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada[14] en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales[15] (RREM).

Una simple aproximación entre las soluciones conflictuales contenidas en ambos instrumentos supranacionales y en las normas estatales españolas pone de relieve dos cuestiones de interés para el presente estudio. La primera, la ausencia de coordinación conflictual entre el RSE y el RREM a la hora de determinar la ley aplicable a las sucesiones y al régimen económico de matrimonio, respuesta muy diferente a la ofrecida en el art. 9.8º *in fine* Cc, que, sabido es, conduce a la aplicación de una única ley a ambas cuestiones. La segunda, la repercusión de un eventual ejercicio de la autonomía de la voluntad en los desbalances materiales –positivos o negativos– en el régimen aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente. En el presente estudio nos limitaremos a reseñar el impacto de sendas cuestiones en la generación de desajustes o situaciones de inadaptación en la determinación del régimen aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite, quedando excluida la problemática derivada de la ley aplicable a la forma y al consentimiento de las disposiciones *mortis causa*, así como el reenvío y la remisión a sistemas plurilegislativos.

[12] *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr*, *op. cit.*, pp. 163 y164.

[13] DO 201/107 de 27.7.2012.

[14] El RREM fue adoptado a través de la cooperación reforzada (art. 20 TUE y arts. 326 ss. TFUE). Hasta la fecha dicho Reglamento ha sido aprobado por dieciocho Estados miembros de la UE (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, República Checa y Suecia). *Vid.* 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 (2016/1104)", *InDret*, nº extraordinario, 2017, pp. 274–313, p. 278.

[15] DO L 183/1 de 8.7.2016. Corrección de errores: L 344, de 14 de diciembre de 2012, p. 62.

II. LOCALIZACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LA SUCESIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y EN EL RÉGIMEN ESTATAL ESPAÑOL

1. Delimitación de regímenes aplicables

La unificación y adaptación de las normas de derecho internacional privado de origen interno operado a partir de la entrada en funcionamiento de los Reglamentos de sucesiones y de régimen económico del matrimonio son el resultado del proceso de europeización del Derecho internacional privado en materia de familia[16]. Su principal objetivo es garantizar el buen funcionamiento del mercado interior a través de la supresión de los obstáculos a la libre circulación[17] de aquellas personas limitadas de ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusión transfronteriza (considerando 7), así como los problemas a los que se enfrentan las parejas a la hora de administrar o dividir su patrimonio (considerando 72)[18]. Se espera así reducir la incertidumbre jurídica que genera la concurrencia de pluralidad de normas en todos los sectores de problemas que afectan a sendos ámbitos materiales[19].

[16] *Vid.* P. Quinzá Redondo, *Régimen Económico Matrimonial: aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 299–400; A. Rodríguez Benot, "La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea. La propuesta de Reglamento de marzo de 2011", en C. Esplugues Mota, G. Palao Moreno y M. A. Penadés Fons (coords.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum*: José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 555–572; *id*., "Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes", en E.M. Vázquez Gómez, M.D. Adam Muñoz y N. Cornago Prieto (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 583–591; 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 (2016/1104)", *loc. cit.*, p. 278.

[17] *Vid.* C. González Beilfuss, "The Proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships", *Yearb. Priv. Int'l L.*, 2011, pp. 183–198; 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*, 2012, pp. 275–291; A. Bonomi, "Il Regolamento europeo sulle successioni", *RDIPP*, nº 2, 2013, pp. 293–324; H. Mota, "El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de Reglamento Roma IV: algunos problemas y omisiones", *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 428–447.

[18] *Vid.* A. Rodríguez Benot, "Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes", *loc. cit.*, pp. 583–591; *id*., "Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea", *CDT*, vol. 11, nº 1, marzo 2019, pp. 8–50, p. 11.

[19] *Vid.* J.C. Fernández Rozas, "Un hito más en la comunitarización del Derecho Internacional privado: regímenes matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *La Ley: Unión Europea*, nº 40, septiembre 2016, pp. 1–29, p. 8; M.T. Benito Cañizares, "Comienza la apuesta

Las disposiciones de ley aplicable contenidas en el RSE y en el RREM son operativas en fechas distintas. Por un lado, el RSE resultará de aplicación a la sucesión internacional de personas que fallezcan a partir del 17 de agosto de 2015 (arts. 83 y 84), mientras el RREM se aplicará a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial a partir del 29 de enero de 2019, aunque el matrimonio se haya celebrado en fecha anterior (art. 69.3º, Disposición transitoria) [20].

Ambos Reglamentos gozan asimismo de eficacia *erga omnes* (art. 20). En materia sucesoria ello supone el desplazamiento parcial del régimen común sobre ley aplicable a la sucesión *mortis causa* contenido en el art. 9.8 del Código civil, que seguirá siendo de aplicación tanto a los conflictos de leyes internos (art. 38) como a los conflictos internacionales excluidos del ámbito de aplicación material y temporal del RSE. En consecuencia, la ley aplicable a las sucesiones que traiga causa en fallecimientos ocurridos a partir del 17 de agosto de 2015, será determinada conforme a las soluciones conflictuales previstas en el RSE.

Igual consecuencia se advierte en materia de régimen económico, por cuanto la entrada en funcionamiento del RREM provoca el desplazamiento parcial de los arts. 9.2º y 9.3º Cc, excepto para la determinación de la ley aplicable al régimen económico de los matrimonios celebrados antes del 29 de enero de 2019, siempre que los cónyuges no hayan ejercitado la autonomía conflictual a partir de la entrada en vigor del RREM, a los conflictos internos de leyes excluidos de su ámbito de aplicación (art. 35 RREM), así como a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación material del RREM [21].

---

europea por la armonización en las sucesiones transfronterizas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 750, julio–2015, pp. 2017–2089; R. Rodríguez Mateos, "La sucesión por casusa de la muerte en el Derecho de la Unión Europea", *REEI*, nº 27, junio 2014, pp. 1–59, pp. 2 y 3; A. Davì y A. Zanobetti, "Il nuovo diritto internazionale privato dellesuccessioni nell'Unione europea", *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 5–139; I. Heredia Cervantes, "El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones", *La Ley*, nº 7933, septiembre 2012; J. Carrascosa González, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014, pp. 165–195; J. Harris, "Understanding the English response to the europeanisation of private international law", *J. Priv. Int'l L.*, nº 3, 2008, pp. 347–395.

[20] *Vid.* I. Calvo Vidal, "El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones", *Noticias de la UE*, nº 328, 2012, pp. 97–107; ld.,"El régimen de la Ley aplicable en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones", en A. Lara Aguado (dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 191–206; N.C. Barreda, "Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012", *CDT*, 2014, vol. 6, nº 1, pp. 121–146.

[21] *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo. *DIPr*, *op. cit.*, pp. 553–564.

2. El diseño de las normas de conflicto en el régimen institucional y estatal

A) Régimen institucional

Según las disposiciones sobre ley aplicable contenidas en los aludidos Reglamentos el causante y los cónyuges tienen dos maneras distintas de enfrentarse a la ley aplicable a la sucesión y al régimen económico del matrimonio. La primera, ejercitando la autonomía de voluntad. La segunda, a través de las conexiones alternativas ordenadas en cascada que operan únicamente en defecto de elección o de elección no válida.

La autonomía de la voluntad como primera conexión consagrada en ambos Reglamentos constituye una expresión de la posibilidad abierta a los particulares de autorregular sus relaciones jurídicas en función del contenido material del Derecho aplicable. En el ámbito de las sucesiones se facilita que las personas puedan organizar su sucesión, al tiempo que garantiza que los derechos de herederos y legatarios y terceros reciban las protecciones necesarias. En tanto, en relación con el régimen económico, se posibilita, entre las opciones ofrecidas, que los cónyuges planifiquen las relaciones patrimoniales entre sí y con terceros durante su vida en pareja, así como la liquidación de su patrimonio. De esta forma se dota a la norma de conflicto de flexibilidad, previsibilidad y seguridad jurídica frente a las soluciones clásicas[22], dando una respuesta jurídica más acorde los intereses de los particulares que tendrán la ocasión de elegir una ley más favorable que la aplicable en defecto de elección[23].

Sin embargo, la posibilidad de ejercitar la autonomía conflictual en los referidos Reglamentos es limitada y no goza de la misma amplitud, así como tampoco las leyes objetivamente designadas en defecto de elección están sometidas a los mismos criterios de conexión.

En el ámbito del RSE la *professio iuris* queda sujeta a algunas limitaciones[24]. La primera de estas limitaciones es que solo se podrá elegir

[22] *Vid.* S. Álvarez González, "La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria", en M. P. García Rubio (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 17–49, esp. p. 3; J. Carrascosa González, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *CDT*, vol. 6, nº 1, marzo 2014, pp. 5–44, pp. 22 y 23.

[23] *Vid.* E. Zabalo Escudero, "Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos (1)", *Diario La Ley*, nº 7847, Sección Tribuna, abril 2012, pp. 1–7, esp. p. 3.

[24] *Vid.* S. Álvarez González, "La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria", *loc. cit.*, pp. 17–49; J.M. Fontanellas Morell, *La professio juris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010; *id.*, "La *professio juris* sucesoria a las puertas de una

la ley nacional del causante al momento de efectuar la elección o la que pudiera tener al momento de su fallecimiento (art. 22 RSE)[25]. Y si el causante tuviera más de una nacionalidad, este podrá decantarse por cualquiera de las leyes cuyas nacionalidades ostente[26] sin que entre ellas

reglamentación comunitaria", *Dereito*, 2011, nº 2, pp. 83–129; A. Bonomi y J. Bertholet, "La professio juris en droit international privé suisse et comparé", *Mélanges de l'Association des Notaires Vaudois*, Zúrich, Schulthess, 2005, pp. 355–380; A. Bonomi, "Artìcle 22. Choix de loi", en A. Bonomi y P. Wautelet, *Le Droit européen des successions.Commentaire du Règlament nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013, pp. 301–305.

[25] Según la profesora Lara Aguado se trata de un supuesto de *professio iuris* ficticio y refiere que: "Esta doble posibilidad de elegir resulta sorprendente, porque, salvo que el causante esté incurso en un proceso de adquisición de otra nacionalidad, no es previsible que sepa de antemano qué otra nacionalidad va a tener en el momento del fallecimiento, distinta de la que tiene en el momento en que hace la elección. Es más, suponiendo que el causante de nacionalidad marroquí haya incoado un expediente de adquisición de la nacionalidad española por residencia, por ejemplo, si eligiera como ley aplicable a su sucesión la ley española de su futura nacionalidad (la del momento del fallecimiento), nada le asegura que no morirá antes de adquirir efectivamente la nacionalidad española, ni que se le vaya a conceder dicha nacionalidad. Por tanto, esta posibilidad de elegir la ley nacional actual o la ley nacional del momento del fallecimiento no contribuye a fomentar la seguridad jurídica. Se mire como se mire, es un supuesto de *professio iuris* ficticia. Si el causante, habiendo elegido la ley de su nacionalidad en el momento del fallecimiento (teniendo en mente la ley española), hace sus disposiciones testamentarias conforme a la ley española y, finalmente, no llega a adquirir dicha nacionalidad, ¿se le aplicaría el Derecho español a título de ley de su última residencia habitual, pese a haber elegido la aplicación de la ley de su nacionalidad en el momento del fallecimiento y siendo ésta la ley marroquí? Aun cuando el causante hubiera hecho referencias concretas al Derecho español y esto pudiera concebirse como un supuesto de elección tácita, no podría admitirse la aplicación del Derecho español como ley nacional del causante, puesto que no se le ha concedido la posibilidad de optar entre la aplicación de su ley nacional o la ley de su residencia habitual, como habría sido más coherente y razonable. Si se le aplica la ley española no será porque el causante la haya elegido, sino porque es la de su residencia habitual en el momento del fallecimiento". *Vid.* A. Lara Aguado, "Impacto del Reglamento 650/2012 sobre Sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos", *REEI*, nº 28, diciembre 2014, pp. 1–61, esp. p. 16. En este sentido Rodríguez Mateo añade que, "(…) cuando el causante elige la ley nacional al tiempo de la elección es irrelevante que fallezca con otra nacionalidad o en situación de apatridia. Aunque ocurriera alguna de estas circunstancias, la ley elegida no debe ser alterada argumentando ausencia de vinculación en el momento en el que se produce el fallecimiento. Así, se procura la estabilidad de la ley sucesoria al tiempo que se respeta el hecho de que la cláusula de excepción únicamente afecte a la ley objetivamente fijada por el legislador, no a la ley elegida; de otro modo, la autonomía conflictual quedaría vacía de contenido. Si, por el contrario, el causante elige como ley sucesoria la que corresponda a su nacionalidad al tiempo del fallecimiento, la validez de esta elección se supedita a que efectivamente, llegado el momento de la muerte, ostente dicha nacionalidad; en otro caso, la cláusula de elección sería nula. Esta flexibilidad de la apreciación en el tiempo de la ley elegida contrasta con el texto de la propuesta, cuyo art. 17 aludía a la elección de la ley del Estado cuya nacionalidad "posee" la persona que elige. Compárese la solución del Reglamento con la del Convenio de La Haya de 1989 que permite la elección de la ley nacional o de la ley de la residencia habitual, tanto al tiempo de realizar la elección como al del fallecimiento". *Vid.* P. Rodríguez Mateos, "La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea", *loc. cit.*, pp. 21 y 22.

[26] Esta remisión se refiere a consideraciones materiales sobre la nacionalidad (adquisición, pérdida, prevención de la apatridia, etc), no así a consideraciones conflictuales sobre la selección de una nacionalidad efectiva a los efectos de determinar la ley sucesoria. *Vid.* M. Guzmán Zapater,

exista jerarquía alguna[27]. En segundo lugar, la elección podrá realizarse de forma expresa mediante disposición *mortis causa* o resultar de una disposición de esta naturaleza (elección tácita)[28] (considerando 39)[29]. Fuera del testamento o del pacto sucesorio la *professio iuris* no tiene cabida (art. 22.2º). En tercer lugar, el RSE no habilita una elección parcial (*dépeçage*), lo que casa perfectamente el principio de unidad de la ley aplicable a la sucesión sustentado por el RSE (art. 23)[30]. Por tanto, la ley elegida por el causante regirá la totalidad de la sucesión cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar donde estos se encuentren[31].

No obstante, hay que tener presente que el RSE excepciona este principio en dos casos que facilitan la validez parcial de la ley elegida. El primero trae causa en la competencia subsidiaria establecida en el art. 10.2º a favor de los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren alguno de los bienes de la herencia para conocer de la sucesión solo respecto de estos últimos, si ningún otro tribunal de un Estado miembro fuera competente para conocer de la totalidad de la sucesión en virtud de lo dispuesto bien en art. 4 (última residencia habitual del causante) o, a falta de este último, en el art. 10.1º. La elección parcial sería predicable asimismo *ex* art. 12, en los casos en que la herencia del causante comprenda bienes situados en un tercer Estado y el tribunal que sustancie la sucesión considere que su resolución respecto de dichos bienes no vaya a ser reconocida y/o ejecutada en dicho Estado.

Por otro lado, tampoco se considera válida la elección de alguna de las leyes de la unidad territorial que forman parte de un sistema plurilegislativo[32], aunque sobre este punto conviene precisar que la elección

---

"Sobre el futuro de las sucesiones internacionales en la Unión Europea", *El Notario del siglo XXI*, nº 31, mayo–junio 2010, disponible en [<http://www.notario.es/hemeroteca/revista–31?id=1179: sobre–el–futuro–de–las–sucesiones–internacionales–en–la–union–europea–0–8893619392899442>].

[27] El considerando 41 señala al respecto que la determinación de la nacionalidad o nacionalidades múltiples de una persona debe resolverse como una cuestión preliminar que está sujeta a la legislación nacional, incluidos los convenios internacionales, dentro del pleno respeto a los principios generales de la Unión Europea.

[28] *Vid.* J.M. Fontanellas Morell, "La forma de la designación de Ley en la propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones", *REDI*, vol. LXII, nº 2, 2011, pp. 123–144.

[29] En los casos en que el causante haya hecho referencia en una disposición *mortis causa* a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o cuando la haya mencionado explícitamente de otro modo.

[30] *Vid.* J. Carrascosa González, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de DIPr*, Granada, Comares, Granada, 2000, pp. 34–39; *id.*, "La ley nacional del causante, autonomía de la voluntad conflictual y reenvío. Una obra en tres actos. Breves notas a la sentencia del tribunal supremo de 15 enero 2019", *CDT*, vol. 11, nº 2, octubre 2019, pp. 472–489, esp. p. 475.

[31] *Vid.* S. Álvarez González, "Las legítimas sobre sucesiones y testamentos", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 369–406, esp. p. 381.

[32] Considerandos 19 y 20 de la Res. DGRN de 24 de mayo de 2019 (BOE 24.6. 2019).

de un derecho común, foral o especial sin hacer especial referencia a la ley española podría encarnar no solo un supuesto de *professio iuris* expresa sino tácita. Cuando esto ocurra, antes de tachar de inválida la elección, habría que verificar si del juego conjunto de los arts. 36.1º RSE, 14.1º y 16.1 1º del Código civil cabe deducir que el causante español tenía `vecindad civil´ en el territorio cuya ley haya elegido, ya que la eficacia de su elección se hará depender de que el Derecho civil, foral o especial elegido –expresa o tácitamente– coincida con su `vecindad civil´[33]. Finalmente, si el fallecimiento del causante ha tenido lugar a partir del 17 de agosto de 2015, la elección realizada en fecha anterior se considerará válida si se cumplen las condiciones establecidas en el capítulo III del RSE (art. 83, Disposiciones transitorias)[34].

En defecto de elección o de elección no válida, la ley aplicable a la sucesión será la de la residencia habitual del causante al momento de su fallecimiento[35] (art. 21), ley que excepcionalmente quedará desplazada si, aún probada de manera fehaciente su residencia habitual, a la luz de las circunstancias del caso se demuestra que el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto de aquel en el que residió al tiempo de su deceso (art. 21.2º)[36].

En el ámbito del RREM, a diferencia del RSE, la autonomía de la voluntad es más amplia, pues, a la posibilidad de elegir la ley nacional de los cónyuges se suma la ley de la residencia habitual[37] de cualquiera de ellos[38] (art. 22.1º),

[33] Sobre esta cuestión Iglesias Buigues sostiene que sería dudosamente válida la elección directa de la ley sucesoria catalana, vasca, aragonesa o gallega realizada por un español, dado que el causante solo posee la nacionalidad española y esos territorios no son Estados. *Vid.* J.L. Iglesias Buigues, "La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial", *CDT*, vol. 10, nº 1, marzo 2018, pp. 233 –247, p. 240.

[34] *Vid.* J. Carrascosa González, "La ley nacional del causante, autonomía de la voluntad conflictual y reenvío. Una obra en tres actos. Breves notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 enero 2019", *loc. cit.*, p. 475.

[35] El criterio de la residencia habitual será acotado en los términos planteados en los considerandos 23 y 24 del RSE. En ningún caso se podrá optar por una ley más estrechamente vinculada cuando resulte compleja la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento (considerando 25).

[36] Sobre el alcance la ley aplicable a las sucesiones en el RSE véase con mayor amplitud a A. Bonomi y P. Wautelet, "El Derecho Europeo de Sucesiones", en *Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015 (traducción de S. Álvarez González y otros).

[37] Sobre las dificultades prácticas de una ausencia de definición autónoma del criterio de "residencia habitual" véase a G. Palao Moreno, "La determinación de la ley aplicable en los reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas 2016/1103 y 2016/1104, *REDI*, vol. LXXI, nº 1, 2019, pp. 89–117, esp. pp. 100 y 101.

[38] El carácter limitado de la autonomía de voluntad en el RREM responde a los principios de proximidad y de previsibilidad. Por consiguiente, la elección no solo debe ceñirse a conexiones objetivas que reflejen un grado de vinculación personal y social con los cónyuges a fin de impedir

cosa que podrán hacer sin restricción temporal alguna, esto es, antes de la celebración del matrimonio o posteriormente (considerando 45)[39]. Del mismo modo que sucede en el ámbito del RSE, los cónyuges que dispongan de más de una nacionalidad podrán optar por la ley de cualquiera de las nacionalidades que ostenten al momento de su elección o modificación[40].

La ley elegida podrá modificarse en cualquier momento, siempre que se trate de leyes susceptibles de elección (art. 22.1º), pero únicamente surtirá efecto para bienes adquiridos con posterioridad (art. 22.2º), a menos que los cónyuges decidan atribuirle efecto retroactivo, en cuyo caso no podrán verse afectados los derechos de terceros derivados de la ley aplicable con anterioridad a dicha modificación (art. 22.3º).

La ley elegida por los cónyuges regirá asimismo la existencia y validez sustancial del acuerdo, siempre que el acuerdo o la disposición fueran válidos, sin perjuicio de que un cónyuge, para establecer que no ha dado su consentimiento, pueda invocar la ley del país de su residencia habitual en el momento de la sustanciación del asunto, si de las circunstancias no fuera

---

eventuales fraudes, sino que estará llamada a proteger a la parte más débil frente a una elección abusiva, al tiempo que garantizará los derechos de terceros implicados en las transacciones patrimoniales. *Vid.* B. Añoveros Terradas, "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho Internacional privado comunitario de familia", en J. Forner Delaygua, C. González Beilfussy 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. 119–131, esp. p. 261; 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 (2016/1104)", *loc. cit.*, pp. 292; S. Sánchez Lorenzo, El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001, pp. 181–228, esp. p. 221.

[39] *Vid.* D. Coester–Waltjen, "Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. XIX, 2017/2018, pp. 195–212; E.A. Oprea, "Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe", *CDT*, 2018, nº 2, pp. 579–596.

[40] *Vid*. P. Quinzá Redondo, "La "cláusula de excepción" del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial", en M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota (dirs.), M. Herranz Ballesteros y M. Vargas góz–Urrutia (coords.), *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado,*Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 301–312, esp. p. 304; *id.*, "El Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general", *La Ley Derecho de Familia*, nº 17, primer trimestre 2018; 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, pp. 513–542, esp. p. 533; G. Palao Moreno, "La determinación de la ley aplicable en los reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas 2016/1103 y 2016/1104, *loc. cit.*, pp. 98–102; C. González Beilfuss, "La autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las parejas registradas, *Los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104 de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*(A. Serrano Nicolás, coord.), Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 103–124.

razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley elegida (art. 24).

Si los cónyuges no han hecho uso de la autonomía conflictual o, habiéndolo hecho, el acuerdo no fuera válido, se aplicarán las conexiones objetivas del art. 26.1º. Dichas conexiones tienen un carácter subsidiario, siendo de aplicación, en primer lugar, la ley de la primera residencia habitual de los cónyuges tras la celebración del matrimonio; y en defecto de esta ley, la ley nacional común de los cónyuges al momento de la celebración del matrimonio. En defecto de nacionalidad común o en el caso de que tengan más de una nacionalidad común, el RREM acoge como solución de cierre la ley de los vínculos más estrechos[41].

Con carácter excepcional y a instancia de cualquiera de los cónyuges, la autoridad judicial competente podrá aplicar la ley de un Estado distinto al de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, si quien demanda demuestra dos circunstancias cumulativas: a) que los cónyuges tuvieron su última residencia habitual común en ese otro Estado durante un período de tiempo considerablemente más largo que en el Estado de la primera residencia habitual; y b) si la planificación de sus relaciones patrimoniales se fundó en la ley del Estado donde su residencia fue más prolongada (principio de proximidad). Hay que tener presente, no obstante, que el momento a partir del cual surtirá efecto la ley del Estado de la residencia más prolongada dependerá de si existe o no acuerdo entre las partes. De existir acuerdo, dicha ley tendrá efecto retroactivo, salvo que su aplicación implique algún perjuicio a los derechos de terceros reconocidos según la ley de la primera residencia habitual común. Si no existiera acuerdo, su aplicación surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado (art. 26.3º). En ningún caso la aplicación excepcional de esta norma procederá cuando los cónyuges hayan celebrado capitulaciones matrimoniales en fecha anterior a la de su establecimiento en el Estado de última residencia habitual común[42].

La lectura conjunta de las soluciones conflictuales previstas en el RSE y en el RREM pone de relieve la ausencia de una coordinación entre ellas, ya que el art. 23.2º.b) *in fine* del RSE sujeta los derechos del cónyuge supérstite a la ley sucesoria – esto es, a la determinada en virtud de los arts. 21 y 22 del RSE–, ley que excluye expresamente de su ámbito de aplicación material las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales [art. 1.2º.d)]. Se trata, sin duda, de una circunstancia que va a favorecer que la

[41] *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr*, *op. cit.*, p. 497.
[42] *Ibíd.*, p. 496.

autoridad actuante se vea abocada a transitar por complejos procesos de adaptación material o *ad hoc,* para impedir que la aplicación simultánea de dos o más leyes distintas a ámbitos tan íntimamente estrechados comporte una desprotección o sobreprotección de los derechos que pudieran corresponder al cónyuge sobreviviente[43].

La única formulación que parece dar cierta luz a la resolución de esta problemática es la dispuesta en el considerando 12 del RSE, que expresamente reconoce la necesidad de una coordinación entre las regulaciones de las sucesorias y de régimen económico del matrimonio, al parecer, por la vía de la adaptación material[44], cuando dispone que:

> "Las autoridades que sustancien una sucesión con arreglo al presente Reglamento deben tener en cuenta, en función de la situación, la liquidación del régimen económico matrimonial o de un régimen patrimonial similar del causante para determinar la herencia de este y las cuotas hereditarias de los beneficiarios".

B) Régimen estatal

Las consecuencias que acabamos de describir resultantes de la desconexión conflictual existente entre el RSE y el RREM, es lo que precisamente ha querido impedir el legislador español *ex* art. 9.8º *in fine* del Código civil[45]. Una norma que, según hemos adelantado hace un momento, seguirá siendo de aplicación a los conflictos interregionales de leyes y, transitoriamente, a los conflictos de leyes internacionales que no entren en el ámbito de aplicación temporal del RSE[46].

---

[43] *Vid.* J.C. Fernández Rozas, "Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *loc. cit.*, p. 8; A. Rodríguez Benot, "La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea. La propuesta de Reglamento de marzo de 2011", *loc. cit.*, pp. 555–572; A. Fernández–Tresguerres García, *Las sucesiones "mortis causa" en Europa: aplicación del Reglamento [UE] Nº 650/2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 80.

[44] *Vid.* P. Quinzá Redondo, *Régimen Económico Matrimonial: aspectos sustantivos y conflictuales*, *op. cit.*, pp. 299–300; J.M. Fontanellas Morell, "Los derechos legales del cónyuge supérstite en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado (1), *loc. cit*., p.12; A. Rodríguez Benot, "Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea", *loc. cit.*, p. 19; M. Weller, "Article 1", en A.L. Calvo Caravaca, A. Daví y H.P. Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 87; J. Carrascosa González, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012*, *op. cit.*, p. 37; A. Bonomi, "Article 1er", en A. Bonomi y P. Wautelet, *Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2016, p. 91.

[45] La Ley 11/1990, de 15 de octubre, fue la encargada de añadir el párrafo tercero (BOE 18.10. 1990).

[46] *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *DIPr*, *op. cit.*, p. 553.

El art. 9.8º *in fine* Cc establece una excepción al criterio general recogido en el art. 9.8º *in prime* para designar a ley aplicable a las sucesiones[47]. El tenor de esta norma establece lo siguiente:

> "La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento[48], cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren (…). Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes"[49].

Nos encontramos, pues, ante una norma de conflicto tributaria de un diseño sencillo cuyo objetivo es ofrecer una respuesta armónica a los eventuales problemas de desajuste que pueden provocar la aplicación simultánea de dos leyes distintas, una a la sucesión del cónyuge supérstite y otra a su régimen económico matrimonial[50]. Ambas cuestiones quedarán regidas por una única ley: la rectora del régimen económico del matrimonio[51], ley que distingue entre régimen legal y el pactado, según disponen los arts. 9.2º y 9.3º Cc.

---

[47] A. Rodríguez Benot, "La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I", *CDT*, 2009, vol. 1, nº 1, pp. 112–130.

[48] Acoge un concepto nacionalista y personal de sucesión por causa de muerte. *Vid.* J. Carrascosa González. *Matrimonio y elección de ley. Estudio de DIPr., op. cit*., pp. 34–39; *id:* "La ley nacional del causante, autonomía de la voluntad conflictual y reenvío. Una obra en tres actos. Breves notas a la sentencia del tribunal supremo de 15 enero 2019", *loc. cit.*, p. 475.

[49] Esta salvedad viene referida a que las legítimas de los descendientes determinadas de conformidad con la ley sucesoria no podrán verse afectadas por lo dispuesto en la ley aplicada a los efectos del matrimonio del cónyuge viudo, salvo lo dispuesto en el art. 16.2º Cc, que al respecto dispone lo siguiente: "El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria. El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente. El usufructo viudal corresponde también al cónyuge supérstite cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte".

[50] *Vid.* M.E. Zabalo Escudero, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el derecho internacional privado e interregional*, *op. cit.*, pp. 80–85. Lo que también confirma la SAP Málaga 5ª 22 de junio de 2011 (ECLI:ES:APMA:2011:3706), cuando refiere en su FJ 7º que, "La línea argumental fundamental consiste en que el legislador de 1990 no pretendía alterar el juego sucesorio ni romper el principio de unidad de sucesión característico de nuestro ordenamiento jurídico sino simplemente acabar con las discriminaciones entre cónyuges asegurando el principio de igualdad". En igual sentido *vid.* STS Civ 28 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2126).

[51] *Vid.* M.E. Zabalo Escudero, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el derecho internacional privado e interregional*, *op. cit.*, pp. 230–235; J.M. Fontanellas Morell, "Reflexiones sobre el ap. 3º del art. 9 del Código civil", *Estudios jurídicos sobre persona y familia* (M.T. Areces Piñol, coord.), Granada, Comares, 2009, pp. 355–370.

El régimen pactado del art. 9.3º Cc regula la validez sustancial de los pactos o capitulaciones matrimoniales[52], al prever que:

> "(…) los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento".

La norma contiene cinco conexiones alternativas que favorecen la validez sustancial de los pactos o capitulaciones matrimoniales. Una solución que se desmarca de lo previsto en el RREM, donde la ley rectora del régimen económico del matrimonio será asimismo la aplicada a la validez, contenido y alcance de las capitulaciones matrimoniales [art. 27 g)].

Sobre el art. 9.3º Cc conviene puntualizar que el mismo no habilita un ejercicio directo de la autonomía conflictual, como sí viene permitido en el RREM. Tal autonomía se establece de forma indirecta y limitada en su primera conexión alternativa[53], cuando dispone que "(…) los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes a la ley que rija los efectos del matrimonio (…)", y esta ley no es otra que la prevista ex art. 9.2º Cc, que consagra la professio iuris como criterio de conexión subsidiario[54].

Por su parte, el art. 9.2º Cc, precepto al que hay que atender para determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonio legal en defecto de pactos o de capitulaciones matrimoniales[55], articula un conjunto de conexiones ordenadas en cascada que permite recurrir al siguiente criterio solo en defecto del que le precede en orden jerárquico. Así, en defecto de la ley personal común de los cónyuges al momento de contraer matrimonio, se aplicará la ley personal o ley de la residencia habitual de

[52] Sobre el alcance de la autonomía de la voluntad del art. 9.3º Cc (material/organización directa del régimen económico matrimonial mediante pactos o capitulaciones y conflictual/designación de la ley reguladora del régimen matrimonial) *vid.* M. Aguilar Benítez De Lugo, *Lecciones de Derecho civil internacional*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 157.

[53] Los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González se refieren a una autonomía de la voluntad conflictual limitada y oculta. *Vid.* A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 156.

[54] *Vid.* M. A. Amores Coranti, "Comentario a los arts. 9.2º y 9.3 del Código civil", en A. Albadalejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1995, t. I, vol. 2, 2ª ed., pp. 181–205.

[55] Tras la reforma operada en esta norma por la Ley 11/1990, de 15 de diciembre, resulta aplicable al régimen del matrimonio primario y al régimen económico matrimonio incluida la disolución y liquidación. Téngase presente que los efectos personales del matrimonio (régimen primario) quedan excluidos del ámbito de aplicación del RREM.

cualquiera de los ellos elegida por ambos en documento auténtico otorgado en fecha anterior a la celebración del matrimonio.

Se advierte, pues, que el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el ámbito del art. 9.2º Cc es mucho más reducido que en el RREM y será operativo solo si se cumplen tres condicionamientos de distinto orden: jerárquico, temporal y formal. El jerárquico, reclama que la elección solo pueda concretarse en defecto de ley nacional común de los cónyuges. El temporal, limita la elección a un momento anterior al de la celebración del matrimonio[56], lo que difiere asimismo de lo previsto en el RREM que autoriza al ejercicio de la autonomía conflictual en cualquier momento. Y el formal, exige que la elección se concrete en documento auténtico. Si alguno de estos presupuestos no llegara a concretarse, se terminará aplicando la ley de la residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio y, a falta de esta última se recurrirá la ley del lugar de su celebración[57].

III. MODULACIONES A LA DETERMINACIÓN DISOCIADA DE LA LEY RECTORA DE LA SUCESIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN LOS REGLAMENTOS EUROPEOS

1. La coordinación conflictual. Respuesta parcial a los problemas de inadaptación entre la ley sucesoria y la ley rectora del régimen económico del matrimonio

Sentado el contexto normativo en que se desenvuelve la determinación del régimen jurídico aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo en los distintos regímenes de ley aplicable en España, corresponde ahora abordar hasta qué punto la ausencia de una coordinación conflictual entre el RSE y el RREM sería capaz de remover los obstáculos que puede ocasionar la inadaptación protagonizada por la intervención simultánea de más de una ley en tal determinación.

[56] No obstante, hay quien considera que, en ciertos casos, tal elección puede tener lugar en cualquier momento debido a la amplia autonomía de la voluntad (conflictual y material) contemplada en el art. 9.3º Cc. *Vid.* I. Espiñeira Soto, "Pinceladas de interés práctico sobre el Reglamento (UE) 2016/1103, sobre regímenes económicos matrimoniales", diciembre 2018, disponible en [<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/derecho–europeo/articulos–d–e/reglamento –europeo –2016–1103–sobre–regimenes–economicos–matrimoniales–pinceladas–practicas–2/>].

[57] *Vid.* G. Moreno Cordero, "La ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado español", *Sucesiones mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: problemas procesales, notariales, registrales y fiscales* (A. Lara Aguado, dir), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 257–294, esp. pp. 269 y 270.

Erróneamente se ha pensado que la aplicación de una misma ley a las sucesiones del cónyuge viudo y al régimen económico del matrimonio fulminaría el desequilibrio resultante de la aplicación simultánea de dos o más leyes distintas a ámbitos materiales tan estrechados. Pero lo cierto es que la respuesta conflictual ofrecida por nuestro legislador *ex* art. 9.8º *in fine* del Código civil, aunque deseable en las soluciones europeas[58], tampoco ha servido para eliminar las incoherencias materiales que se producen en el reparto patrimonial del cónyuge sobreviviente, como reiteradamente ha explicitado la doctrina[59] y la práctica jurisprudencial española, rica en ejemplos[60].

El art. 9.8º *in fine* Cc, como norma de conflicto que es, tiene una función localizadora del derecho aplicable que debe responder, con carácter general, a una concreta situación privada internacional. En este caso, esta función no es otra que impedir eventuales problemas de inadaptación derivados de la aplicación simultánea de dos o más leyes diferentes[61] y sus consecuencias resultantes, lo que hace a través de una jerarquización conflictual[62].

Sin embargo, esta función puede no quedar satisfecha, ya que, más allá de una coordinación conflictual existen otros factores disociadores que conducen al mismo resultado, y el ejercicio de la autonomía de la voluntad está entre ellos (junto al reenvío y la plurilegislación española, excluidos de

[58] *Vid.* M. Álvarez Torné, "The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse in Private International Law", *European Challenges in Contemporary Family Law* (K. Boele–Woelki/T. Sverdrup, eds.), Amberes, Intersentia, 2008, pp. 395–410.

[59] *Vid.* J.M. Fontanellas Morell, "Reflexiones sobre el ap. 3.º del art. 9 del Código Civil", en M.T. Areces Piñol (coord.), *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Granada, Comares, 2009, pp. 355–370; S. Álvarez González, "Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado", en M. Vargas Gómez–Urrutia y A. Salinas de Frías (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Carrillo Salcedo*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones: Universidad de Málaga (UMA), Granada, 2005, pp. 137–153.

[60] En este sentido *vid.* SAP Málaga 5ª 22 de junio de 2011 (ECLI:ES:APMA:2011:3706) y la STS Civ 28 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2126). Sobre esta última sentencia véase los comentarios realizados por F.B. Iriarte Ángel, "La unidad de la sucesión después de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014; efectos en los conflictos internos", *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, año 13, nº 26, 2014, pp. 389–407 y por I. Lorente Martínez, "Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho Internacional Privado: la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 abril 2014", *CDT*, vol. 7, nº 1, marzo 2015, pp. 256–268.

[61] *Vid.* A. Borras Rodríguez, "Comentario a los arts. 9.8º del Código civil", en *Comentarios del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia,1991, t. I, pp. 95–98; A. L. Calvo Caravaca, "Comentario a los arts. 9.8 del Código civil", en A. Albadalejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa,1995, t. I, vol. 2, 2ª ed., pp. 350–391.

[62] Esta solución también es proclive a garantizar el principio de unidad y universalidad de las sucesiones.

esta contribución), como así lo ha confirmado la doctrina científica en distintos estudios.

Al respeto Santiago Álvarez sostiene que el art. 9.8º *in fine* Cc deja de cumplir su función cuando los cónyuges han elegido un régimen económico distinto del legal, hecho que altera la coherencia que se pretende resguardar con la excepción establecida por esta norma, que se ha de dar entre,

> "(…) el conjunto de derechos que por ministerio de la ley corresponden al cónyuge supérstite y el régimen económico matrimonial legal; modificado este, se rompe la ecuación que sirve de base a la excepción"[63].

2. La autonomía de la voluntad como factor de disociación en el régimen institucional. Necesidad de una elección informada y de la ampliación de la professio iuris sucesoria

Según vimos en el recorrido llevado a cabo por la normativa institucional, la autonomía de la voluntad es un punto de conexión presente en los Reglamentos europeos de sucesiones y de régimen económico del matrimonio que, además de presentar un carácter limitado, no goza de la misma amplitud en uno y otro instrumento. Y es que, mientras el RSE solo admite la elección de la ley nacional del causante al momento de su realización o de su fallecimiento (art. 22); por su parte, el RREM posibilita la elección de la ley nacional de cualquiera de los cónyuges, así como la de sus respectivas residencias habituales, en cualquier momento anterior o posterior a la celebración del matrimonio (22.1º).

Sin embargo, aunque en sendos Reglamentos esta facultad sea limitada y de distintito alcance, existe la posibilidad de que opere una adaptación indirecta de naturaleza subjetiva si la voluntad del causante y de los esposos coinciden en la elección de una única ley para regular la sucesión y sus relaciones patrimoniales[64]. Pero, también puede suceder que, habiendo ejercitado estos la *professio iuris* en ambos ámbitos, dicha elección no conduzca a la aplicación de una misma ley. Así, por ejemplo, en un matrimonio celebrado el 30 de enero de 2019 entre un nacional alemán y una nacional española, si el alemán fallece un mes después habiendo elegido previamente la ley alemana como ley rectora de su sucesión y ambos hubieran elegido la ley española como la aplicable al régimen económico del matrimonio, bien porque se trate de la ley de la residencia habitual de uno

[63] *Vid.* S. Álvarez González, "Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío", *loc. cit.*, p. 142; N. Bouza Vidal, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, *op. cit*., p. 30; E. Rodríguez Pineau, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, p. 243.

[64] *Vid.* J.M. Fontanellas Morell, "Los derechos legales del cónyuge supérstite en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado (1)", *loc. cit*., p.12.

de ellos o de ambos, bien por ser la correspondiente a la nacionalidad de la esposa española, tal ejercicio no impedirá por sí solo que se terminen aplicando leyes distintas a ambas cuestiones. La sucesión del cónyuge fallecido quedaría regida en este caso por la ley sustantiva alemana, mientras que ley sustantiva española sería la aplicable al régimen patrimonial.

La obviedad del ejemplo pone de relieve que alcanzar este objetivo requiere de algo más que una simple elección. Y una forma de evitar una futura adaptación material o *ad hoc* para recomponer el sistema quebrantado, podría resultar de un adecuado asesoramiento que los alerte de las consecuencias que a estos efectos implica una elección disociada.

El RSE, sin embargo, no contiene en ninguna de sus partes referencia alguna sobre la necesidad de realizar una elección informada, aunque no cabe dudas que en este ámbito juega un papel cardinal dado que una correcta información facilitaría al causante conocer el contenido material del Derecho susceptible de ser elegido y si este responde o no a sus expectativas, con más razón si cabe, en el caso de que ambos hayan llegado o pretendan llegar a un acuerdo respecto a la ley rectora del régimen económico[65].

Por su parte, el RREM, que sí se pronuncia sobre la elección informada en el considerando 47[66], lo hace únicamente para advertir sobre la necesidad de imprimir seguridad jurídica a las transacciones entre los cónyuges, garantizar un mejor acceso a la justicia y que dicha elección sea practicable y respetuosa del consentimiento emitido por ambos cónyuges para que este no se vea viciado por el interés particular de uno de ellos[67].

[65] La única referencia que al respecto estable el RSE es la dispuesta en el considerando 75 cuando impone a los Estados miembros la obligación de comunicar sobre ciertos datos relativos a su legislación y sus procedimientos en materia de sucesiones en el marco de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, así como a la Comisión, a efectos de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Este requerimiento debió cumplimentarse por los Estados miembros en fecha anterior a la entrada en vigor del RSE.

[66] En tal sentido el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) reclamó que se ofreciera mayor valor a los actos de libre disposición a través de un asesoramiento legal de dos abogados independientes en el que se describiera de manera precisa las ventajas y desventajas de la elección realizada por los cónyuges o futuros cónyuges, en caso de que ambos estén asesorados por un mismo abogado. *Vid.* Posicionamiento del Consejo de la Abogacía Europea (CCBE) sobre la Propuesta del Consejo de Reglamentación de la Competencia, de la ley y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de régimen matrimonial (COM (2011) 126/2), p.3.

[67] La instrumentación del derecho de información recogida en el RREM no presenta el mismo alcance que el previsto en el Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de junio de 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). En este último Reglamento la elección informada es tratada como un principio fundamental y alerta sobre la necesidad de que cada cónyuge sepa

Del mismo modo, no puede perderse de vista que elegir convenientemente una ley que permita a los cónyuges dibujar la estrategia más adecuada a sus intereses a la hora de optar por el Derecho aplicable va a depender, en gran medida, de que los intereses mutuos de estos concretados en la elección de la ley rectora del régimen económico del matrimonio sean convergentes con el interés de cada uno de ellos por separado a la hora de organizar su sucesión, habida cuenta que la elección de la ley aplicable a la sucesión corresponde en exclusivo al causante, quien en todo momento procurará elegir la ley que más convenga sus intereses, intereses que pueden coincidir o no con los de su consorte.

El impacto negativo de una ocasional falta de acuerdo entre los cónyuges en este punto podría minorarse si se diera la circunstancia de que ambos ostentaran la misma nacionalidad[68]. Así, por ejemplo, cuando la ley nacional común sea la elegida por cada uno de los cónyuges para regir la sucesión y esta coincida con alguna de las leyes contempladas en el art. 22.1º RREM.

En cambio, para que esta convergencia se produzca en el caso de cónyuges con nacionalidades distintas que han ejercitado cada uno de ellos la *professio iuris* en materia sucesoria, se tiene que dar la circunstancia de que la ley nacional del cónyuge fallecido coincida con la ley elegida por ambos en materia de régimen económico, bien porque se trate de la ley nacional de dicho cónyuge o simplemente porque concuerde con la ley de la residencia habitual de ambos o de cualquiera de ellos si residieran en lugares distintos.

Puede suceder también que la elección de ley opere solo en uno de los dos ámbitos analizados, lo que necesariamente conducirá a una eventual combinación de la autonomía de la voluntad con las conexiones objetivas dispuestas en defecto de elección. En tal caso, serán igualmente múltiples las variables que pueden llevar a la aplicación de leyes distintas a efectos de determinación de la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo y al régimen económico matrimonial. Y algo similar ocurrirá cuando no se haya elegido ninguna ley[69].

---

exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de su elección, respetando en todo momento la igualdad de oportunidades de los cónyuges a la hora de ejercitar la autonomía conflictual. Tampoco el considerando 47 RREM vincula la elección informada en este ámbito con la elección de ley sucesoria, aunque en nuestra opinión su parquedad no debe significar que en este ámbito la elección de ley no deba realizarse con conocimiento de las consecuencias que puede acarrear la ley elegida por los cónyuges tanto dentro como fuera de su ámbito de su operatividad.

[68] *Vid.* 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", *loc. cit*, p. 537 y 538.

[69] Sobre este impacto véase G. Moreno Cordero, "La ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado español", *loc. cit.*, pp. 284–290.

Por todo ello, y al margen del importante papel que puede jugar la elección informada a la hora de alcanzar una respuesta singular en la determinación de la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite, todo parece apuntar a la conveniencia de ofrecer mayor cobertura a la autonomía de voluntad sucesoria a favor de la ley de la residencia habitual del causante –al momento de la elección o del fallecimiento– y de la ley rectora del régimen económico del matrimonio[70], y, junto a ello, que la *professio iuris* pueda extenderse a la sucesión intestada.

Sobre la posibilidad de incluir la ley de la residencia habitual del causante como criterio de conexión a la hora de ejercitar la *professio iuris* en el RSE, es preciso retener que, la decisión final de optar únicamente por la ley nacional del causante durante las negociaciones previas, facilitó la posterior aceptación de dicho Reglamento[71], y ello, en tanto en cuanto permitió

[70] Propuesta defendida por A. Bonomi ("The Interaction Among the Future EU Instruments on Matrimonial Property Registered Partnerships and Successions", *Yearb. Priv. Int'l L*., vol. 13, 2011, p. 230), más tarde rubricada por P. Quinzá Redondo y J. Gray ("La (des) coordinación entre la propuesta de reglamento de régimen económico matrimonial y los reglamentos en materia, así com por las de divorcio y sucesiones", *loc. cit*, p. 539). Sin embargo, la postura inicial seguida por los Estados Miembros, así como por expertos e instituciones consultadas en el Libro Verde de Sucesiones y Testamentos, publicado el 1 de marzo de 2005 (suscitó alrededor de sesenta respuestas y fue seguido por una audiencia pública el 30 de noviembre de 2006), en relación con la posibilidad de optar por la ley rectora del régimen económico del matrimonio fue claramente mayoritaria en no admitirla. De hecho, en el primer modelo de propuesta de Reglamento resultante del "Documento de reflexión. Reunión de Expertos nacionales", de 30 de junio de 2008, quedaron excluidas la *lex loci rei sitae* y la del régimen económico matrimonial. El argumento utilizado entonces en relación con esta última ley fue la ausencia de soluciones uniformes en este ámbito, mismo argumento esgrimido por la Conferencia de La Haya para descartarla entre las potencialmente elegibles en el CLH 89. *Vid.* S. Álvarez González, "La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria", *loc. cit*., pp. 18 (especialmente nota 56), 20 y 21.

[71] Las respuestas ofrecidas por los Estados Miembros al Libro Verde de Sucesiones y Testamentos, en relación con la facultad de elegir la ley rectora de la sucesión fue mayoritaria –salvo Luxemburgo e Italia–. Entre las propuestas más liberales, se situaron, junto a la elección de la ley nacional – excepto Francia–, la ley de la residencia habitual del causante o la del domicilio, la *lex loci rei sitae* –Lituania, Alemania y España– y la ley rectora del régimen económico matrimonial – República Checa, Finlandia, Suecia y Países Bajos–. Las dos primeras con más consenso que las restantes. Las réplicas de los Estados miembros fueron diversas tanto en relación con las leyes susceptibles de ser elegidas, como en el alcance de la *professio iuris* (esto es, su admisión en sucesión testada e intestada), así como en torno a la fijación temporal (al momento de lección, del fallecimiento o en un momento anterior). Diversas fueron igualmente las respuestas ofrecidas por expertos e instituciones. En el caso concreto de España, la propuesta más liberal fue la realizada por la REJUE, que incluyó, además, de ley nacional del causante al momento del fallecimiento, la ley de su residencia habitual, siempre que tal residencia se hubiese extendido al menos los 5 años antes a su fallecimiento. A estas dos conexiones se sumaron la ley del lugar en que se encuentre la mayor parte del caudal hereditario; la ley del régimen económico matrimonial en el momento del fallecimiento; y, finalmente, la ley del domicilio habitual del heredero especialmente protegido por tratarse de un menor edad o incapaz. Un estudio más detallado de estos antecedentes se localiza en S. Álvarez González, "La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria", *loc. cit.*, pp. 15–21.

conciliar las posturas divergentes con aquellos Estados que reclamaban los criterios de vinculación de nacionalidad y de residencia en materia sucesoria[72].

La exclusión de la ley de la residencia habitual del causante quedó justificada en el considerando 38 del RSE a través de dos objetivos claros: a) para garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida; y b) para evitar que se elija una ley con la intención de frustrar las expectativas legítimas de los herederos forzosos[73]. Pero, estos objetivos han sido cuestionados por la doctrina científica con múltiples argumentos de notoria solidez[74].

Finalmente, en defecto de elección, debe repararse asimismo en la posibilidad de articular soluciones conflictuales en el RSE a favor de la ley rectora del régimen económico.

Con todo, insistimos en que lograr que ambas cuestiones queden regidas por una misma ley va a depender de otros factores disociadores como el reenvío[75] y la remisión a sistemas plurilegislativos, como así ocurre en el caso español[76], muy diverso en sus regulaciones tanto en materia sucesoria

[72] *Vid.* A. Davì y A. Zanobetti, "Il nuovo diritto internazionale privato dellesuccessioni nell'Unione europea", *loc. cit*., p. 39.

[73] La ley de la residencia habitual del causante ha sido una conexión reconocida en el Convenio de La Haya de 1989 (CLH 89) y por algunos ordenamientos de los Estados miembros. El art. 5.1º del CLH 89, dispone que, "Cualquier persona podrá designar la ley de un Estado determinado para que rija la totalidad de su sucesión. La designación sólo surtirá efecto si, en el momento de la misma o en el del fallecimiento, dicha persona fuera nacional de ese Estado o tuviera su residencia habitual en el mismo".

[74] *Vid.* A. Davì, y A. Zanobetti, "Il nuovo diritto internazionale privato dellesuccessioni nell'Unione europea", *loc. cit*., p. 40–43.

[75] *Vid.* S. Álvarez González, "Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte y reenvío. Dos nuevas entregas del Tribunal Supremo entre el Código civil y el Reglamento 650/2012 de sucesiones", *La Ley: Unión Europea*, nº 69, abril 2019, pp. 1–11, p. 4; *id.*, "Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío", *loc. cit*., pp. 145–147; V. Martorell García, "Estatuto personal de los británicos y su régimen matrimonial y sucesorio en la práctica notarial española", marzo 2008, disponible en www.notariosyregistradores.com; S. Sánchez Lorenzo, "Algunos problemas de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 697, 2006, pp. 1999–2025; *id.*, "Ámbito del reenvío en la determinación de la Ley aplicable a la sucesión hereditaria", *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 1144–1146; E. Castellanos Ruiz. *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Comares, Granada, 2001, pp. 44–54; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Sucesión internacional y reenvío", *Estudios de Deusto*, *loc. cit.*, pp. 59–121, esp. pp. 87 y 88; A. L. Calvo Caravaca, "Sucesión hereditaria", en J.D. González Campos, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex S.L., 1995, pp. 393–422; E. Rodríguez Pineau, "Nota a Sentencia TS (Sala 19) de 15 de noviembre de 1996", *REDI*, 1997, pp. 265–268.

[76] *Vid.* A. Font i Segura, "El Reglamento 650/2012 en materia sucesoria ante la pluralidad normativa del ordenamiento español", en A. Lara Aguado (dir), *Sucesiones mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 297–315; M.E. Ginebra Molins,

como en los efectos del matrimonio. De modo que, cuando no sea posible alcanzar soluciones justas mediante la adaptación conflictual, habrá entonces que apelar a la adaptación material, recurso que resultará de una evaluación del Derecho material susceptible de ser aplicado hasta llegar a una solución que permita compensar los desbalances ocasionados en los derechos sucesorios del cónyuge supérstite (solución *ad hoc*)[77].

IV. CONCLUSIONES

El tema propuesto pone de relieve que una coordinación entre las normas de conflicto del RSE y del RREM, aunque deseable y conveniente, no es la solución definitiva a los eventuales problemas de inadaptación material derivados de la aplicación de dos o más leyes diferentes a cuestiones tan íntimamente relacionadas: las sucesiones y el régimen económico del matrimonio.

Buena cuenta de ello ha dado la experiencia extraída de la aplicación del art. 9.8º *in fine* Cc español, norma que, pese a conducir a una misma ley,

"Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos", en C. Villó Travé (dir.), *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters–Aranzadi, 2019, pp. 225–252; P. Quinzá Redondo, "La plurilegislación del Derecho civil español ante el Derecho internacional privado de la Unión Europea: dinamismo *vs.* estatismo", en J. Alcaide Fernández, y E.W. Petit De Gabriel (eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional. XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 565–574; *id.*, "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *InDret*, nº 3, 2013, pp. 1–27; J.L. Iglesias Buigues, "La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial", *loc. cit.*, pp. 233–247; S. Álvarez González, "El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos", *RDC*, vol. II, nº 4, 2015, pp. 7–28; E. Zabalo Escudero, "Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias", *Bitácora Millennium DIPr*, nº 3, 2016, pp. 1–17; *id.*, "El derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales", en J. J. Forner I 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. 900–912; *id*., "La remisión a un sistema plurilegislativo en materia sucesoria", en R. Viñas Farré y G. Garriga Suau (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2009, pp. 137–151; P. Rodríguez Mateos, "La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea", *loc. cit.*, pp. 1–59; M. Virgós Soriano, "Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español", *Anales de las Academia Matritense del Notariado*, nº 42, 2004, pp. 181–210; A. Font I Segura, "La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo", *REDI*, 2012, vol. LXIV, nº 2, pp. 343–344.

[77] *Vid.* A.M. Ballesteros Barros, "Los derechos del cónyuge supérstite en las sucesiones internacionales: reflexiones sobre la calificación y la adaptación en Derecho internacional privado", en J. Ramos Prieto y C. Hornero Méndez (coords.), *Derecho y fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multidisciplinar*, Cizur Menor, Thomson–Reuters Aranzadi, 2016, pp. 233–247, p. 237–240; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo. *DIPr*, *op. cit.*, pp. 160–162.

tampoco ha sido capaz de impedir que las autoridades competentes sigan enfrentándose a complejos procesos de adaptación para intentar colmar los desajustes e injusticias materiales característicos de este ámbito.

La evidencia empírica española ha demostrado que como resultado de la diversidad y complejidad del tema que hoy nos ocupa, serán frecuentes las ocasiones en que las autoridades competentes sigan poniendo a prueba su destreza a la hora de ofrecer una respuesta *ad hoc* a través de adaptación originada por la intervención de otros factores disociadores con un peso específico notable, entre ellos, la autonomía de voluntad, el reenvío y la remisión a sistemas plurilegislativos.

Ahora bien, el recurso a una adaptación *ad hoc* como solución (re)compositiva de la situación quebrantada, en modo alguno significa que este vacío conflictual, reprochable e injustificado cualquiera que sea el prisma por donde lo mires, no deba ser corregido por el legislador comunitario de *lege ferenda*. Ello no es solo deseable sino necesario.

No albergamos duda alguna acerca de la función que cumple una coordinación conflictual como remedio o paliativo a las eventuales incompatibilidades surgidas en torno a la definición del derecho aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite, que en no pocos casos obrará a favor de una respuesta unitaria y armónica. De ahí que una propuesta que podría considerarse en el RSE es la de ofrecer la posibilidad elegir como ley rectora de la sucesión del cónyuge sobreviviente otras dos leyes: la de la residencia habitual y la del régimen económico, incluso fuera de un acto de disposición *mortis causa*. Esta última ley también podría integrarse *mutatis mutandis* a las conexiones objetivas que intervienen en defecto de elección.

La autonomía de voluntad como punto de conexión en las soluciones de conflicto de leyes acogidas por sendos Reglamentos, representa un señalado aporte en términos de previsibilidad, seguridad y justicia, además de suponer en este punto una clara mejora en relación con las soluciones internas. Con ello se consigue que los particulares tengan ocasión de autorregular sus relaciones jurídicas, al tiempo que facilita la libertad de circulación de personas dentro de la UE, que es uno de los pilares fundamentales en los que se edifica el Derecho comunitario.

Sin embargo, no se puede obviar que la compleja realidad que la práctica reserva para este concreto ámbito, confirma que, el ejercicio de la autonomía de la voluntad puede ocasionalmente erigirse en un elemento (de)constructor del avenido equilibro normativo que cada Derecho estatal garantiza en sus regulaciones materiales, ya que puede venir aderezada por otros factores de imprevisibilidad que no dependen directamente de un correcto asesoramiento o de una ampliación de la autonomía de la voluntad

en el ámbito sucesorio, lo que muchas veces convertirá en misión imposible la aplicación de una única ley y, por tanto, que a menudo no haya más remedio que apelar a soluciones *ad hoc*.

En cualquier caso, entretanto se alcance de *lege ferenda* la esperada armonía conflictual entre los Reglamentos europeos de sucesiones y de régimen económico del matrimonio, a través fórmulas que soporten una simplificación conflictual, así como mediante una apertura de la autonomía de la voluntad sucesoria, debemos estar expectantes a la interpretación que el TJUE desarrolle en torno a la diversidad situaciones problemáticas que en este ámbito se pueden plantear, tanto para suplir el déficit conflictual advertido como para la correcta adaptación de las normas materiales susceptibles de ser aplicadas por mandato de las normas de conflicto europeas.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Benítez de Lugo, M.: *Lecciones de Derecho civil internacional*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2006.

Amores Coranti, M.A.: "Comentario a los arts. 9.2 y 9.3 del Código civil", en A. Albadalejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1995, t. I, vol. 2, 2ª ed., pp. 181–205.

Antón Juárez, I.: "Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge supérstite y Certificado Sucesorio Europeo: ¿una combinación explosiva?", *CDT,* vol. 10, nº. 2, 2018, pp. 769–780.

Álvarez González, S.: "Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío", en T. F. Torres García (coord.), *Estudios de Derecho civil homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 131–157.

——: "Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado", en M. Vargas Gómez–Urrutia y A. Salinas de Frías (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Carrillo Salcedo*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones: Universidad de Málaga (UMA), Granada, 2005, pp. 137–153.

——: "La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria", en M. P. García Rubio (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*, Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 17–49.

——: "Las legítimas sobre sucesiones y testamentos", *AEDIPr*, t.. XI, 2011, pp. 369–406.

——: "El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos", *RDC*, vol. II, nº 4, 2015, pp. 7–28.

——: "Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte y reenvío. Dos nuevas entregas del Tribunal Supremo entre el Código civil y el Reglamento 650/2012 de sucesiones", *La Ley: Unión Europea*, nº 69, abril 2019, pp. 1–11.

Álvarez Torné, M.: "The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse in Private International Law", en K. Boele–Woelki/T. Sverdrup (ed.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Amberes, Intersentia, 2008, pp. 395–410.

Añoveros Terradas, B.: "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho Internacional privado comunitario de familia", en J. Forner Delaygua, González Beilfuss, C. y Viñas Farré, R. (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. 119–131.

Ballesteros Barros, A.M.: "Los derechos del cónyuge supérstite en las sucesiones internacionales: reflexiones sobre la calificación y la adaptación en Derecho internacional privado", en J. Ramos Prieto y C. Hornero Méndez (coords.), *Derecho y fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multidisciplinar*, Cizur Menor, Thomson–Reuters Aranzadi, 2016, pp. 233–247.

Barreda, N.C.: "Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012", *CDT*, 2014, vol. 6, nº 1, pp. 121–146.

Benito Cañizares, M.T.: "Comienza la apuesta europea por la armonización en las sucesiones transfronterizas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 750, julio–2015, pp. 2017–2089.

Bonomi, A.: "The Interaction Among the Future EU Instruments on Matrimonial Property Registered Partnerships and Successions", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 13, 2011, pp. 230 ss.

——: "Il Regolamento europeo sulle successioni", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2013, nº 2, pp. 293–324.

——: "Artìcle 22. Choix de loi", en A. Bonomi y P. Wautelet, Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlament nº 650/2012 du 4 juillet 2012, Bruselas, Bruilant, 2013, pp. 301–305.

——: "Artìcle 1er", en A. Bonomi y P. Wautelet, Le Droit européen des successions. Commentaire du Règlement nº 650/2012 du 4 juillet 2012, Bruselas, Bruylant, 2016.

Bonomi, A. y Bertholet, J.: "La professio juris en droit international privé suisse et comparé", Mélanges de l'Association des Notaires Vaudois, Zúrich, Schulthess, 2005, pp. 355–380.

Bonomi, A. y Wautelet, P.: "El Derecho Europeo de Sucesiones", en *Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012*, de 4 de julio de 2012, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015.

Borras Rodríguez, A.: "Comentario a los arts. 9.8º del Código civil", en *Comentarios del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justica, t. I, 1991, pp. 95–98.

Bouza Vidal, N.: *Problemas de adaptación en el Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977.

Calvo Caravaca, A. L.: "Comentario a los arts. 9.8º del Código civil", en A. Albadalejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa,1995, Tomo I, vol. 2, 2º ed., pp. 350–391.

——: "Sucesión hereditaria", en J.D. González Campos, *Derecho internacional privado parte especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex S.L., 1995, pp. 393–422.

Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González, J.: "Sucesión internacional y reenvío", *Estudios de Deusto*, vol. 55, nº 2, julio–diciembre 2007, pp. 59–121.

–: *Derecho internacional Privado*, vol. II, 18 ed., Granada, Comares, 2018.

Calvo Vidal, I.: "El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones", *Noticias de la UE*, nº 328, 2012, pp. 97–107.

——: "El régimen de la Ley aplicable en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones", en A. Lara Aguado (dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 191–206.

Carrascosa González J.: *Matrimonio y elección de ley. Estudio de DIPr*, Granada, Comares, 2000.

——: *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012*. *Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014, pp. 165–195.

——: "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *CDT*, vol. 6, nº 1, marzo 2014, pp. 5–44.

——: "La ley nacional del causante, autonomía de la voluntad conflictual y reenvío. Una obra en tres actos. Breves notas a la sentencia del tribunal supremo de 15 enero 2019", *CDT*, vol. 11, nº 2, octubre 2019, pp. 472–489.

Castellanos Ruiz E.: *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001.

Coester–Waltjen, D.: "Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. XIX, 2017/2018, pp. 195–212.

Davì, A. y Zanobetti, A.: "Il nuovo diritto internazionale privato dellesuccessioni nell'Unione europea", *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 5–139.

Diago Diago, P.: "La sucesión y el fenómeno migratorio desde la perspectiva del Derecho internacional privado español", en J.L. Collantes González y F. Serrano Migallón, *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, México, Porrúa–UNAM, 2005, pp. 671–692.

Espiñeira Soto, I.: "Pinceladas de interés práctico sobre el Reglamento (UE) 2016/1103, sobre regímenes económicos matrimoniales", diciembre 2018.

Fernández–Tresguerres García, A.: *Las sucesiones "mortis causa" en Europa: aplicación del Reglamento [UE] Nº 650/2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

Fernández Rozas, J.C.: "Un hito más en la comunitarización del Derecho Internacional privado: regímenes matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *La Ley Unión Europea*, nº 40, septiembre 2016, pp. 1–29.

Fernández Rozas J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Cizur Menor, Thomson–Reuters/Civitas, 2020.

Fontanellas Morel, J.M.: "Reflexiones sobre el ap. 3.º del art. 9 del Código Civil", en M.T. Areces Piñol (coord.), *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Granada, Comares, 2009, pp. 355–370.

——: *La professio juris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

——: "La professio juris sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria", *Dereito*, 2011, nº 2, pp. 83–129.

——: "La forma de la designación de Ley en la propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones", *REDI*, vol. LXII, nº 2, 2011, pp. 123–144.

——: "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*, 2012, pp. 275–291.

——: "La delimitación del ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012 con respecto a las cuestiones relativas a los regímenes económico matrimoniales. A propósito de la STJUE de 1 de marzo de 2018 (C–558/16: *Mahnkopf*)", *REEI*, nº 35, junio 2018, pp. 27–38.

——: "Los derechos legales del cónyuge supérstite en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado (1) Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Segunda, de 1 de marzo de 2018, C–558/16: *Mahnkopf*", *La Ley: Unión Europea,* nº 61, 2018, pp. 1–23.

Font I Segura, A.: "La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo", *REDI*, 2012, vol. LXIV, nº 2, pp. 343–344.

——: "El Reglamento 650/2012 en materia sucesoria ante la pluralidad normativa del ordenamiento español", en A. Lara Aguado (dir.), *Sucesiones mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 297–315.

Ginebra Molins, M.E.: "Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos", en C. Villó Travé (dir.), *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters–Aranzadi, 2019, pp. 225–252.

González Beilfuss, C.: "The Proposal for a Council Regulation on the Property Consequences of Registered Partnerships", *Yearb. Priv. Int'l L.*, 2011, pp. 183–198.

——: "La autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las parejas registradas, en A. Serrano Nicolás (coord), *Los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104 de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 103–124.

Guzmán Zapater, M.: "Sobre el futuro de las sucesiones internacionales en la Unión Europea", *El Notario del siglo XXI*, nº 31, mayo–junio 2010.

Harris, J.: "Understanding the English response to the europeanisation of private international law", *JPIL*, nº 3, 2008, pp. 347–395.

Heredia Cervantes, I.: "El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones", *Diario* La *Ley*, nº 7933, septiembre 2012.

Iglesias Buigues, J.L.: "La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial", *CDT*, vol. 10, nº 1, marzo 2018, pp. 233 –247.

Lara Aguado, A., "Impacto del Reglamento 650/2012 sobre Sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos", *REEI*, nº 28, diciembre 2014, pp. 1–61.

Nagy, C.I.: "El Derecho aplicable a los aspectos patrimoniales del matrimonio: la ley rectora del matrimonio empieza donde el amor acaba", *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 511–529.

Oliva Izquierdo, A., Oliva Rodríguez, A.M. y Oliva Izquierdo A.M.: *Los regímenes económico matrimoniales del mundo*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2017.

——: *Los regímenes sucesorios del mundo,* 1ª ed., Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2020.

Oprea, E.A.:, "Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe", *CDT*, 2018, nº 2, pp. 579–596.

Palao Moreno, G.: "La determinación de la ley aplicable en los reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas 2016/1103 y 2016/1104, *REDI*, vol. XXI, nº 1, 2019, pp. 89–117.

Quinzá Redondo, P.: "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *InDret*, nº 3, 2013, pp. 1–27.

——: "La plurilegislación del Derecho civil español ante el Derecho internacional privado de la Unión Europea: dinamismo vs. estatismo", en J. Alcaide Fernández, y E.W. Petit De Gabriel (eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional. XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 565–574.

——: *Régimen económico matrimonial: aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

——: "Armonización y unificación del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: nuevos desafíos y oportunidades", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, nº 2, 2016, pp. 619–642.

——: "La "cláusula de excepción" del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial", en M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota (dirs.), M. Herranz Ballesteros y M. Vargas Gómez–Urrutia (coords.), *Persona y Familia en el Nuevo Modelo Español de Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 301–312.

——: "El Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general", *La Ley: Derecho de Familia*, nº 17, primer trimestre 2018.

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*, vol. XIII, 2013, pp. 513–542.

Lorente Martínez, I.: "Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho Internacional Privado: la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 abril 2014", *CDT*, vol. 7, nº 1, marzo 2015, pp. 256–268.

Martorell García, V.: "Estatuto personal de los británicos y su régimen matrimonial y sucesorio en la práctica notarial española", marzo 2008, disponible en www.notarios yregistradores.com.

Moreno Cordero, G.: "La ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado español", en A. Lara Aguado (dir), *Sucesiones mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 257–294.

Mota, H.: "El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la propuesta de Reglamento Roma IV: algunos problemas y omisiones", *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 428–447.

Rodríguez Benot, A.: "Sucesión mortis causa y modelos de familia en el tráfico jurídico externo", en A.L. Calvo Caravaca, E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 675–704.

——: "La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I", *CDT*, 2009, vol. 1, nº 1, pp. 112–130.

——: "La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea. La propuesta de Reglamento de marzo de 2011", en C. Esplugues Mota, G. Palao Moreno y M. A. Penadés Fons (coords.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 555–572.

——: "Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes", en E.M. Vázquez Gómez, M.D. Adam Muñoz y N. Cornago Prieto (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 583–591.

——: "Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea", *CDT*, vol. 11, nº 1, marzo 2019, pp. 8–50.

Rodríguez Mateos, R.: "La sucesión por casusa de la muerte en el Derecho de la Unión Europea", *REEI*, nº 27, junio 2014, pp. 1–59.

Rodríguez Pineau, E.: *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002.

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*, nº extraordinario, 2017, pp. 274–313.

Rodríguez Pineau, E.: "Nota a Sentencia TS (Sala 19) de 15 de noviembre de 1996", *REDI*, 1997, pp. 265–268.

Sánchez Lorenzo, S.: "El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº. 4, 2001, pp. 181–228.

——: "Algunos problemas de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 697, 2006, pp. 1999–2025.

——: "Ámbito del reenvío en la determinación de la Ley aplicable a la sucesión hereditaria", *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 1144–1146.

Simó Santonja, V.: *Compendio de regímenes matrimoniales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

Virgós Soriano, M.: "Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español", *Anales de las Academia Matritense del Notariado*, nº 42, 2004, pp. 181–210.

Weller, M.: "Article 1", en A.L. Calvo Caravaca, A. Davì y H.P. Mansel (eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge University Press, 2016, p. 87.

Zabalo Escudero, E.: *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993.

——: "Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos (1)", *Diario La Ley*, nº 7847, Sección Tribuna, abril 2012, pp. 1–7.

——: "Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias", *Bitácora Millennium DIPr.*, nº 3, 2016, pp. 1–17.

——: "El Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales", en J. J. Forner I 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. 900–912.

——: "La remisión a un sistema plurilegislativo en materia sucesoria", en R. Viñas Farré y G. Garriga Suau (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 137–151.

Recibido: 4 septiembre 2021
Aceptado: 5 octubre 2021

Funcionamiento de los Registros internacionales sobre aeronaves, tanto tripuladas como no tripuladas (drones)

Mª José CASTELLANOS RUIZ*

SUMARIO: I. Introducción. II. El Registro Internacional del Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo relativo a las garantías sobre elementos de equipo aeronáutico: 1. Funcionamiento del Registro Internacional. 2. El Registro de Bienes Muebles como punto de acceso autorizante: A) Inscripción de las garantías internacionales en el Registro de Bienes Muebles; B) Inscripción de una IDERA (*Irrevocable Deregistration and Express Request Authorization*). III. El Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles. IV. El Registro de operadores de aeronaves no tripuladas (drones). V. Conclusiones

RESUMEN: Las aeronaves por sus peculiares características son susceptibles de ser inscritas en varios registros. Por un lado, se encuentra el Registro Internacional del Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo aeronáutico donde es posible la inscripción de los objetos aeronáuticos, –como son las células de las aeronaves, los motores de las aeronaves y los helicópteros–. Por otro lado, existen dos registros en España en los que es posible la inscripción de las aeronaves, y que son el Registro de Bienes Muebles y el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles. Si bien la naturaleza de dichos registros es diferente, es necesario que exista coordinación entre los mismos, para que el seguimiento de la vida jurídica de la aeronave no se convierta en una tarea imposible. Además, la nueva regulación europea en materia de aeronaves no tripuladas (drones) que establece la obligatoriedad de los operadores de drones de un menor tamaño, parece complicar más todavía el objetivo perseguido con el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: REGISTRO INTERNACIONAL – AERONAVES – DRONES – REGISTRO DE BIENES MUEBLES, REGISTRO DE MATRÍCULA DE AERONAVES CIVILES

Operation of international registries on aircraft, manned and unmanned (drones)

ABSTRACT: Aircraft, due to their peculiar characteristics, are susceptible to being entered in various registers. On the one hand, there is the International Registry of the Cape Town Convention and its Aeronautical Protocol where it is possible to register aeronautical objects, –such as aircraft cells, aircraft engines and helicopters–. On the other hand, there are two registries

* Profesora Ayudante Doctora. Universidad Carlos III de Madrid.

ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.11

in Spain in which the registration of aircraft is possible, which are the Chattels Registry and the Aircraft Registry. Although the nature of these records is different, there must be coordination between them, so that monitoring the legal life of the aircraft does not become an impossible task. In addition, the new European regulation on unmanned aircraft (drones), which establishes the obligation of operators of smaller drones, seems to further complicate the objective pursued with this work.

KEYWORDS: INTERNATIONAL REGISTRY, AIRCRAFTS, DRONES, CHATTELS REGISTRY, AIRCRAFT REGISTRY

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio es el funcionamiento de los Registros internacionales, tal es el caso del existente sobre aeronaves, para todos los Estados, entre ellos España, que son parte del Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo relativo a las garantías sobre elementos de equipo aeronáutico. Si bien es un registro electrónico, cada Estado es el que debe adaptar su regulación para que dicho sistema se incorpore correctamente, de forma que se protejan los intereses de las personas o empresas que tienen algún derecho sobre dichos bienes. En el caso de España, el punto de acceso autorizante es el Registro de Bienes Muebles de Madrid, mientras que en otros Estados se ha optado por puntos de acceso directos.

En este sentido, el hecho de que, además, a raíz de la nueva regulación europea sobre drones –inexistente hasta ahora–, sea obligatorio el registro de los operadores de drones de más de 250 g., o incluso de los de menor tamaño en función del riesgo asociado a la operación que se vaya a llevar a cabo; es importante establecer cómo va a funcionar este registro en relación con los anteriormente señalados. Aunque serán complementarios en la mayoría de los casos, dado que tienen distintos ámbitos de aplicación material, en algunos casos ambos registros coexistirán, esto es, podrá haber drones, –los de mayor tamaño– que estén inscritos en los registros señalados, así como en el registro de operadores de drones. Por lo tanto, sería necesaria una coordinación entre ellos.

Todo ello, sin olvidar que en España también existe el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles (RMAC), en el que se debe realizar la primera inscripción de la aeronave y cuyas anotaciones deben ser concordantes con las realizadas en el Registro de Bienes Muebles de Madrid. Se excluye de la obligatoriedad de la inscripción en el RMAC a las aeronaves no tripuladas de pequeño tamaño, de menos de 25 kg de peso. Si bien, a partir de esa masa máxima al despegue (MTOM–*Maximum take–off mass*), los drones deben obtener una matrícula, como cualquier aeronave tripulada.

II. EL REGISTRO INTERNACIONAL DEL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO Y SU PROTOCOLO RELATIVO A LAS GARANTÍAS SOBRE ELEMENTOS DE EQUIPO AERONÁUTICO

El Registro Internacional de garantías sobre elementos de equipo aeronáutico se enmarca dentro del denominado de forma breve como "Sistema de Ciudad del Cabo"[1]. Tanto el Convenio de Ciudad del Cabo 2001 relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, como su Protocolo aeronáutico son de aplicación por los Estados que lo hayan ratificado, aprobado, aceptado o adherido, después de la entrada en vigor de ambos instrumentos. Así pues, el Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo aeronáutico entraron en vigor a la vez, el 1 de marzo del 2006[2]. A la fecha de entrada en vigor tanto del Convenio como del Protocolo, había 9 ratificaciones, pero en la actualidad, mientras que el Convenio cuenta con 83 Estados contratantes, el Protocolo aeronáutico cuenta con 80 Estados contratantes. Esto se debe a que hay Estados que forman parte del Convenio, pero no del Protocolo[3].

Además de los Estados contratantes, la Unión Europea también forma parte del "Sistema de Ciudad del Cabo", pero como "Organización regional de integración económica", de acuerdo con el art. 48 del Convenio y el art. 27 del Protocolo aeronáutico. Aunque para la Unión Europea ambos instrumentos entraron en vigor el 1 de agosto de 2009, su adhesión no implica que los Estados miembros tengan que ratificar el Convenio y su Protocolo. En este sentido, debido a que determinados aspectos que regula el "Sistema de Ciudad del Cabo" afecta a competencias repartidas entre la Unión Europea y los Estados, se puede afirmar que sin la adhesión realizada

[1] I. Heredia Cervantes, "Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo", *La Ley: mercantil*, nº. 21, 1 enero 2016, p. 2.

[2] La fecha de entrada en vigor coincide con el primer día del mes siguiente a la finalización de un período de tres meses posterior a la fecha del depósito del octavo instrumento de ratificación, aprobación, aceptación o adhesión con respecto al Protocolo (art. 49.1º Convenio y XXVIII.1 Protocolo). Para el resto de los Estados que se han adherido posteriormente a ambos instrumentos, la fecha de entrada en vigor se produce el primer día del mes siguiente a la finalización de un período de tres meses posterior a la fecha de depósito de sus instrumentos de ratificación, aprobación, aceptación o adhesión a dicho Protocolo, tal y como establece el art. 49.2 ºdel Convenio y el art. XXVIII.2 del Protocolo aeronáutico.

[3] Aunque para su entrada en vigor era necesario la ratificación de ocho Estados, Senegal como noveno Estado contratante también lo había ratificado aunque su fecha de entrada en vigor fuese dos meses más tarde. En cuanto al estado de las ratificaciones del Convenio *vid.* [<http://www.unidroit.org/fr/etat–2001capetown (consultado el 15 de agosto del 2021)>]. Y en relación al estado de las ratificaciones del Protocolo aeronáutico *vid.* [<http://www.unidroit.org/fr/etat–2001capetown–aircraft (consultado el 15 de agosto del 2021)>].

por la Unión Europea, los Estados no podrían ratificar por completo y con plenos efectos el Convenio y su Protocolo aeronáutico[4].

En el caso de España, primero se ratificó el Convenio, el cual entró en vigor el 1 de octubre del 2013, mientras que el Protocolo aeronáutico es de aplicación desde el 1 de marzo de 2016, a excepción de varios artículos que entraron en vigor el 1 de junio de ese mismo año[5].

Las razones que motivaron la elaboración del Convenio y el Protocolo aeronáutico –que tienen como objetivo desarrollar una disciplina uniforme que regule determinados aspectos de las garantías mobiliarias–, son de dos tipos, de índole económica y de índole jurídica. Por un lado, las de tipo económico se basan en que las garantías favorecen las operaciones de financiación en el mercado y que en el sector aeronáutico son imprescindibles para su funcionamiento, pues son bienes con un coste muy elevado. Por otro lado, las de tipo jurídico se basan en las grandes diferencias existentes entre los ordenamientos en relación con un concepto genérico de lo que en español se ha traducido como "garantías", pero que en inglés se denomina "*interests*", y que engloba mucho más que el contenido de la garantía como se conoce en Derecho español, ya que incluye los *leasing* de aeronaves con opción a compra o las compraventas de dichos bienes con reserva de dominio –o incluso las compraventas simples–, que en el caso del Derecho español se trata de figuras que están más próximas al Derecho de propiedad.

El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo son dos instrumentos que fueron adoptados para facilitar el *leasing* y la financiación basada en activos como son los bienes de equipo aeronáuticos, al establecer un régimen jurídico internacional para la constitución, la inscripción y la ejecución de las "garantías internacionales" que se apoya en este tipo de bienes[6]. Para la

[4] T. Rodríguez de las Heras Ballell, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 26.

[5] Instrumento de Adhesión de España al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE 4.10.2013; Instrumento de adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE 1.2.2016. Los artículos del Protocolo aeronáutico que entraron en vigor en España con posterioridad son el 39.1º, 39.3º, 40 y 53, relativos a determinadas declaraciones a realizar por los Estados referentes a determinados derechos o garantías y sobre las autoridades competentes de los Estados para adoptar las medidas contempladas en el Convenio y su Protocolo aeronáutico.

[6] B. Poulain, "L'impact economique du Droit Privé International sur le financement des aeronefs civils. La Convention UNIDROIT du 16 novembre 2001", *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, vol. 238, nº 2, abril–junio, 2006, p. 105.

elaboración de los mismos se han tenido muy en cuenta las exigencias económicas sectoriales, ya que los expertos en el sector llevaron a cabo previamente un análisis económico, que se basó en la experiencia de Estados Unidos en el campo de la financiación privada de las aeronaves civiles en un sector donde existe cada vez más competencia, pero a la vez está condicionado por las coyunturas internacionales.

En este sentido, las necesidades de la industria aeronáutica se han dado a conocer por medio del AWG (*Aviation Working Group*), que basándose en el análisis del impacto económico inspirado en la experiencia norteamericana y en una legislación favorable a los inversores aeronáuticos, ha destinado todos sus esfuerzos a la negociación del Convenio y el Protocolo aeronáutico para defender los siguientes aspectos: 1) que en primer lugar, recibiese un trato privilegiado la libertad contractual para prever las consecuencias del eventual incumplimiento del deudor; 2) que se establecieran a continuación unas reglas claras de prioridad en el cobro (*transparent priority principle*); 3) unas normas para que la ejecución sea rápida (*prompt enforcement principle*); 4) y unas normas de ejecución específicas para los casos de insolvencia (*bankruptcy law enforcement principle*)[7]. La aplicación de estos principios en Estados Unidos, sobre todo desde el punto de vista de los acreedores aeronáuticos en caso de insolvencia, ha tenido un impacto muy beneficioso sobre el sector[8].

[7] El AWG comenzó a trabajar en 1994 a petición del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*International Institute for the Unification of Private Law*, *UNIDROIT*), como un grupo industrial para contribuir al desarrollo del Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y el Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, el cual fue firmado en 2001. En 2002 el *AWG* se convirtió en una entidad sin ánimo de lucro y su ámbito de aplicación se ha extendido significativamente. Éste se ha dirigido hacia un amplio rango de aspectos que afectan a la financiación de la aviación internacional, como puede ser el tema de los seguros. También el *AWG* sirve de foro en el que se tratan nuevos temas que sus miembros plantean y desarrollan, entre los que están aspectos muy importantes del *leasing* y de la financiación de la aviación internacional. El *AWG* está copresidido por Airbus y Boeing, y sus miembros y afiliados comprenden los más importantes fabricantes de la industria aeronáutica y de las instituciones financieras, incluyendo las mayores compañías de *leasing* del mundo. Los miembros de *AWG* y sus afiliados fabrican principalmente todos los motores y aeronaves comerciales modernas, y alquilan y financian una gran parte de estos equipos nuevos. La importancia del AWG es tal que son miembros del mismo las compañías de *leasing* más importantes y que son GECAS (*GE Capital Aviation Service*) e ILFC (*International Lease Finance Corporation*). *Vid.* El informe del impacto económico en el que se apoya el AWG, realizado por A. Saunders/ I. Walter, denominado *Proposed Unidroit Convention on International Interests in Mobile equipment as applicable to aircraft equipmet through the aircraft equipment protocol: economic impact assessment*, está disponible en línea en [<http://www.awg.aero/assets/docs/EIA.pdf (consultada el 16 de noviembre de 2016)>].

[8] B. Poulain, *loc. cit.*, p. 112.

Junto con los aspectos económicos que han dado origen a estos instrumentos, coexisten los fundamentos jurídicos, que han provocado que sea UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*) –junto con la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional) y el patrocinio del AWG y de la IATA (*International Air Transport Association*)– uno de los organismos propulsores de esta iniciativa, siendo en definitiva el depositario legal de ambos instrumentos internacionales[9]. La necesidad de una armonización internacional en materia de "garantías" mobiliarias, entendidas en sentido amplio, ha sido el otro pilar en el que se ha sustentado el Convenio y su Protocolo aeronáutico, pues existen grandes diferencias entre los ordenamientos estatales, tanto en lo que respecta a los tipos de "garantías" contemplados, como en el reconocimiento de dichas "garantías" en otros Estados[10].

Aunque existe cierto rechazo en algunos sistemas jurídicos, se puede comprobar que a nivel de las legislaciones nacionales existe en materia de derechos de garantías un modelo de regulación que se articula en torno a los siguientes objetivos: a) permitir la constitución de una garantía sin imponer la desposesión del bien al deudor y por lo tanto, le permite poder usarlo; b) permitir a las partes adaptar la garantía a las necesidades particulares de sus transacciones (dejando un lugar a la autonomía de la voluntad de las partes, que pueden pactar las modalidades de ejecución de la garantía); c) establecer un sistema eficaz de publicidad de los derechos de garantía constituidos; d) establecer unas reglas claras de prioridad; e) en caso de incumplimiento del deudor, permitir al acreedor garantizado la realización rápida, y al valor de mercado, del bien gravado[11]. Estos

[9] En la página oficial de UNIDROIT se puede acceder a dichos instrumentos, que están disponibles en línea en [<http://www.unidroit.org>] (consultados el 15 de julio de 2021). Asimismo, la cronología del desarrollo de Convenio y los documentos clave elaborados en relación con el Convenio, así como con respecto al Protocolo aeronáutico, se detallan en los Anexos XII y XIII respectivamente, del *Official Commentary* (R. Goode, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, Roma, 2008).

[10] Como bien señalan algunos autores, en contraposición con lo que sucede con el Derecho de las obligaciones, y más concretamente con el Derecho de los contratos, los aspectos reales de las transacciones comerciales internacionales no han sido abordados en el proceso de armonización del Derecho Comercial Internacional. Los motivos han sido muy diversos, pero se debe destacar la excesiva preocupación por no interferir en las regulaciones nacionales relativas a la insolvencia, las grandes diferencias existentes entre las familias jurídicas o las exageradas limitaciones al ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactos entre la partes que sin embargo sí se han favorecido en el ámbito de los contratos (F.–J. Gómez Gálligo/ 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, p. 1419).

[11] La influencia del Derecho norteamericano en dichos principios, en concreto del art. 9 del *Uniform Commercial Code*, es manifiesta y así ha sido reconocido por algunos autores. Estos principios están recogidos en los modelos de legislación promovidos por los bancos de

principios permiten un fortalecimiento de la posición del deudor y en consecuencia que fluya el crédito, como ya se ha mencionado al tratar los aspectos económicos.

Existe pues una necesidad jurídica, a la vez que financiera y comercial para que se haya abordado una reglamentación internacional en materia de garantías mobiliarias. Además, los autores que han configurado el Convenio y su Protocolo aeronáutico han condicionado deliberadamente la entrada en vigor de ambos instrumentos a un número pequeño de ratificaciones, para que se aplique lo más rápidamente posible con el objeto de beneficiar a aquellas transacciones que los primeros Estados que lo ratifiquen hayan decidido favorecer[12]. Por lo tanto, se le ha dado al Convenio y su Protocolo aeronáutico cierta flexibilidad al establecer un sistema complejo de declaraciones, que cada Estado tiene que realizar cuando se decida a ratificarlos[13]. Con el objetivo de conciliar eficacia comercial y sensibilidad a las diferentes tradiciones jurídicas, el Convenio y su Protocolo cuenta con 36 posibles declaraciones, que les permiten a los Estados contratantes poder conseguir el mejor compromiso entre las exigencias de los inversores aeronáuticos y sus tradiciones jurídicas[14].

Por lo tanto, el Convenio y su Protocolo aeronáutico con el objetivo de dar confianza a futuros inversores que deseen conceder créditos en el sector aeronáutico y reducir a la vez los costes financieros de las compañías, normalmente las aerolíneas, que reciben dicha financiación, contempla una serie de materias entre las que se deben destacar: a) la creación de una garantía internacional que deberá ser reconocida en todos los Estados contratantes; b) el desarrollo de una serie de medidas a las que puede optar

desarrollo en América Latina y en Asia, y también en Europa. De hecho, la difusión de estos principios ha influido en las legislaciones más reticentes a la reforma. Así, el Derecho francés, parece por ejemplo integrar en parte estos principios en la disposición de 23 de marzo de 2006, al dedicarse principalmente a la prenda sin desplazamiento de la posesión y al pacto comisorio (B. Poulain, *loc. cit.*, pp. 106–107). Sin embargo, en Derecho español, mientras que la prenda sin desplazamiento se contempla en la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento (BOE 18.12.1954), el pacto comisorio está prohibido.

[12] Mientras que el Convenio exige sólo tres ratificaciones para su entrada en vigor, el Protocolo aeronáutico exige ocho, que tampoco son un número muy elevado (*vid.* J. Wool y L. Clark, "Entry into force of transactional private law treaties affecting aviation: case estudy proposed Unidroit/ICAO Convention as applied to aircraft equipment", *Journal of Air Law and Commerce*, fall 2001, pp. 1403–1420).

[13] En este sentido, en la página del AWG donde el tema principal de estudio es el Convenio y su Protocolo aeronáutico, el primer apartado se denomina "*Ratification and Implementation of the Cape Town Convention*" y otro de sus apartados tiene por título "*Declarations under the Cape Town Convention*", ambos disponibles en línea en [<http://www.awg.aero/projects/capetownconvention>] (consultado el 1 de julio del 2021).

[14] B. Poulain, *loc. cit.*, p. 115.

el acreedor o acreedores en caso de incumplimiento del deudor, así como una serie de medidas provisionales cuando existe una prueba de tal incumplimiento; c) la elaboración de unas normas de competencia judicial internacional y de ley aplicable para que el acreedor pueda reclamar dichas medidas ante el incumplimiento, además de unas reglas en caso de insolvencia; d) el establecimiento de un registro electrónico internacional en el que inscribir las garantías internacionales constituidas conforme al Convenio y su Protocolo aeronáutico, con la finalidad de que sea oponible frente a terceros, a la vez que permitirá al acreedor que su garantía tenga prioridad sobre otra garantía inscrita con posterioridad, o en general, sobre toda garantía no inscrita, ya sea anterior o posterior, así como sobre el administrador de la insolvencia del deudor.

El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo son básicamente instrumentos de derecho sustantivo, con lo cual como norma general no se acude a los ordenamientos internos de los Estados, ni por lo tanto a las normas de conflicto estatales, salvo algunas excepciones en que el Convenio se remita a ellas[15]. En definitiva, como un único instrumento que son, recogen un conjunto de reglas uniformes relativas a la constitución, eficacia y rango de las garantías respecto de los bienes de equipo aeronáuticos, en principio respecto de un deudor situado en un Estado parte, basadas en un sistema de Registro Internacional. Pero el art. IV.1º del Protocolo establece que, además del lugar de situación del deudor, el Convenio se aplicará cuando el Estado contratante sea el Estado de matrícula de un helicóptero sobre el que se ha constituido una garantía o el de una aeronave sobre cuya célula se ha constituido una garantía[16]. Este es un criterio adicional y alternativo al recogido en el art. 3 del Convenio, por lo que, si el deudor está situado en un Estado contratante, no es relevante que el Estado de Registro no sea Estado contratante, y a la inversa. Sin embargo, en cuanto a los motores de aeronaves, el factor de conexión alternativo para la aplicación del "Sistema de Ciudad del Cabo" no puede ser utilizado con respecto a dichos objetos, puesto que los motores no poseen Estado de matrícula en el sentido del Convenio de Chicago de 1944[17].

[15] Art. 5.2º Convenio de Ciudad del Cabo.

[16] También se especifica que cuando esa inscripción se realice para cumplir un acuerdo de matriculación de la aeronave, la inscripción se considerará efectuada en la fecha del acuerdo (art. IV.1º Protocolo aeronáutico). Esta disposición está pensada para aquellos acuerdos en virtud de los cuales, cuando una célula es terminada o entregada por el fabricante o importada por el deudor, esta será inscrita en el registro de un Estado contratante, que le otorgará la nacionalidad.

[17] R. Goode, *op. cit.*, p. 312. La matrícula consiste en la inscripción de la aeronave en el registro de un Estado. En concreto, en España se conoce como Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y tiene como efectos los de establecer la nacionalidad de la misma, es decir,

1. Funcionamiento del Registro Internacional

El Registro Internacional y la creación del concepto de "garantía internacional" forman las dos piezas claves del "Sistema de Ciudad del Cabo". Sin embargo, en primer lugar, no coincide el carácter internacional del Registro con la naturaleza internacional de la garantía. Esto se debe a que no todas las garantías o derechos que tienen acceso al Registro Internacional son garantías internacionales[18]. Se pueden inscribir en el mismo, avisos de garantías nacionales y otros derechos o garantías no contractuales que serán tratados como garantías internacionales cuando así lo declare el Estado contratante[19]. Por lo tanto, el acceso al Registro Internacional no transforma el derecho o garantía inscrita en garantía internacional, porque la inscripción no es un requisito para la creación de una garantía internacional, sino que es una condición para que mantenga la prioridad frente a otras garantías concurrentes y en supuestos de insolvencia del deudor[20]. Además, habrá garantías nacionales, es decir, que se constituyan conforme al Derecho nacional, que, a través de los correspondientes avisos de garantía nacional, tengan los mismos efectos que las garantías internacionales, así que convivirán ambas[21]. Dicha garantía nacional, tras su inscripción en el Registro como aviso de garantía nacional, conferirá a su titular derechos más fuertes que la garantía nacional[22].

---

su ingreso en la vida jurídica nacional e internacional. La matriculación y abanderamiento de la aeronave está previsto en los arts. 17 a 21, ambos inclusive, y en el Anexo VII del Convenio de Chicago de 1944 (Instrumento de ratificación del Protocolo relativo al texto auténtico trilingüe del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 1944), firmado en Buenos Aires el 24 de septiembre de 1968, BOE 29.12.1969), prohibiéndose en el art. 18 la simultaneidad de matrículas de diferentes Estado, pero ofreciendo la posibilidad de que se pueda cambiar la matrícula de una aeronave de un Estado a otro (M.–J. Castellanos Ruiz, *Compraventa internacional de grandes aeronaves civiles*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 108–109).

[18] En cuanto a lo que se entiende por garantía inscrita, señala el art. 1.cc Convenio de Ciudad del Cabo que: "Una garantía internacional, un derecho o una garantía no contractual susceptibles de inscripción o una garantía nacional especificada en un aviso de garantía nacional inscrita con arreglo al Capítulo V".

[19] Art. 16 Convenio de Ciudad del Cabo.

[20] T. Rodríguez de las Heras Ballell, *op. cit.*, p. 160.

[21] Las garantías nacionales son aquellas garantías inscritas bajo un sistema de registro nacional, creadas en virtud de una transacción interna, es decir, en un supuesto en el que todas las conexiones se encuentren en un mismo Estado, con respecto a las cuales el Estado contratante ha hecho una declaración conforme al art. 50 del Convenio, con el objetivo de excluir la aplicación del mismo a dichas transacciones internas. Sin embargo, a dichas garantías nacionales les siguen siendo de aplicación las reglas de prioridad del Convenio, así como diversas disposiciones del Convenio, concretamente las de los art. 8.4º, 9.1º y 16, y las del Capítulo V.

[22] R. Goode, *op. cit.*, p. 312, p. 24.

Por supuesto, son susceptibles de inscripción las garantías internacionales, que son definidas por el Convenio, que deben cumplir tres requisitos, para que sean calificadas como tales[23]: a) que corresponda a una categoría de objetos aeronáuticos definidos por el Convenio y que son las células de aeronaves, los motores de aeronaves y los helicópteros; b) que se otorgue en virtud de un contrato constitutivo de garantía, de un contrato con reserva de dominio o de un contrato de arrendamiento; c) y que se cumplan los requisitos formales para la constitución de la garantía conforme al art. 7 del Convenio, entre los que se encuentra que el objeto sea perfectamente identificable[24].

Además, art. III del Protocolo aeronáutico establece que algunas de las disposiciones del "Sistema de Ciudad del Cabo" serán de aplicación a las ventas, señalando asimismo las equivalencias de ciertos términos; de manera que las referencias a una garantía internacional, una garantía internacional futura, el acreedor y el deudor se entenderán realizadas a una venta, una venta futura, el comprador y el vendedor, respectivamente. También señala que las referencias a un acuerdo que crea o prevé una garantía internacional se entienden realizadas a un contrato de venta. Por lo tanto, es la venta como transmisión de la propiedad el equivalente de la garantía internacional, mientras que el contrato de venta se equipararía con alguno de los contratos arriba señalados.

No obstante, se pueden inscribir también en el Registro Internacional, las garantías internacionales futuras. Son aquellas garantías internacionales que se pretenden crear o constituir en el futuro sobre un objeto aeronáutico ya existente e identificable (art. 1 y Convenio de Ciudad del Cabo). Dichas garantías se pueden registrar como tales, aunque no se llegue a producir el hecho del que deriva su creación, como en el caso de que las partes estén negociando las condiciones del contrato o que el deudor todavía no haya adquirido un derecho sobre el objeto aeronáutico que va a ser gravado[25]. Sin embargo, su eficacia está supeditada a que se convierta en una garantía internacional, cumpliendo, claro está, los requisitos del art. 7 del Convenio. En el caso de que finalmente se constituya la garantía internacional, ésta

[23] Art. 2 Convenio de Ciudad del Cabo.

[24] Por lo que respecta a la identificación del objeto, es suficiente con conocer el número de serie del fabricante, el nombre del fabricante y la designación del modelo genérico, tal y como establece el art. VII del Protocolo. El resto de los requisitos de forma que deben cumplirse son: que el acuerdo se haya realizado por escrito; que exista poder de disposición del objeto aeronáutico por parte del deudor, del vendedor, del vendedor condicional o del arrendador; y que en el caso de los contratos constitutivos de garantías, las obligaciones garantizadas deben estar determinadas en dicho contrato, pero no es necesario establecer una cantidad o una cantidad máxima asegurada (art. 7 Convenio de Ciudad del Cabo).

[25] R. Goode, *op. cit.*, p. 24.

gozará de prelación desde el momento de la inscripción de la garantía internacional futura[26].

El "Sistema de Ciudad del Cabo" se sustenta en un esquema registral propio, de manera que cada uno de los Protocolos cuenta con su propio Registro Internacional. A su vez, cada Registro está gestionado por un Registrador, que opera bajo la supervisión de una Autoridad supervisora[27]. El Registro Internacional para elementos de equipo aeronáutico está en funcionamiento desde la entrada en vigor del Protocolo aeronáutico el 1 de marzo del 2006. La Autoridad supervisora, que es la OACI (*Organization Aviation Civil International*), es la encargada de nombrar al Registrador del Registro Internacional de garantías sobre objetos aeronáuticos[28]. Además, la OACI tiene otras competencias, como la aprobación de normas de carácter más técnico, que entraron en vigor el mismo día del Protocolo, y que son las Normas del Registro Internacional (*Regulations for the International Registry*) y los Procedimientos del Registro Internacional (*International Registry Procedures*)[29].

Pues bien, el Registrador en la actualidad es la compañía irlandesa *Aviareto*, que fue seleccionada en 2004 como encargada de dicho Registro Internacional y que sigue desempeñando esta función actualmente[30]. Dicho Registro es un recurso completamente electrónico, disponible en la dirección *https://www.internationalregistry.aero/ir–web/*, que tiene un carácter centralizado para su consulta universal *on–line*.

En cuanto a las características fundamentales del Registro Internacional son: a) Es un registro solamente publicístico, es decir, en el que no se realiza

[26] Para un mayor detalle de los derechos o garantías susceptibles de inscripción, *vid.* M.–J. Castellanos Ruiz, "El Registro Internacional: Implementación en España del Convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales y su Protocolo aeronáutico", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, marzo 2017, pp. 63–69.

[27] Art. 17 Convenio de Ciudad del Cabo.

[28] El nombramiento de la OACI como Autoridad supervisora se produjo por una Resolución, en la Conferencia diplomática en la que se adoptó el Convenio y su Protocolo aeronáutico, en virtud del art. XVII.1 del Protocolo. Para examinar el texto completo de dicha Resolución (*Resolution nº 2*), *vid.* R. Goode, *op. cit.*, pp. 511–512.

[29] Para consultar la tercera edición de las Normas y Procedimientos del Registro Internacional, del año 2008, *vid.* R. Goode, *op. cit.*, pp. 421–459. La última edición de las Normas y Procedimientos del Registro Internacional se realizó en el año 2014 y se corresponde con la sexta edición. Dichas normas están disponibles en línea en [<http://www.icao.int/ publications/ Documents/9864_6ed_es.pdf (consultado el 1 de julio de 2021)>].

[30] La compañía *Aviareto* con sede en Dublín fue inicialmente nombrada para encargarse del funcionamiento del Registro Internacional desde la fecha de entrada en vigor del Protocolo durante un período de cinco años, a partir del cual será la OACI la que prorrogará el nombramiento por períodos de la misma duración o bien nombrará otro Registrador (art. XVII.5 Protocolo aeronáutico).

ninguna calificación; b) el objeto de inscripción no es el deudor, sino el bien, en definitiva se lleva a cabo la ordenación del registro por sistema de folio real; c) permite al acreedor preservar su rango por prioridad cronológica, siendo oponible frente a terceros; otorga prioridad frente a las garantías que no hayan sido inscritas en el Registro internacional, ni estén cubiertas por una declaración realizada por un Estado contratante en virtud del art. 39; y se pueden inscribir los pactos de cesión y de subrogación, así como de subordinación de rango de las garantías; d) los efectos de la inscripción se producen desde el momento en que puede ser consultada.

Los criterios de consulta de los bienes aeronáuticos: células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros, serán el nombre del fabricante, el número de serie del fabricante y su designación de modelo, además de la información necesaria para su identificación[31].

Cada Estado contratante podrá designar una entidad o varias dentro de su territorio como puntos de acceso por medio de los cuales se transmitirá o se podrá transmitir al Registro Internacional la información necesaria para su inscripción, tal y como señala el art. XIX.1º del Protocolo aeronáutico[32]. De manera, que si un Estado contratante designa un punto de acceso para poder transmitir la información al objeto de realizar la inscripción, dicho Estado contratante podrá establecer los requisitos, si los hubiera, para que esta información se transmita al Registro Internacional[33].

En este sentido, el art. 12.1º de las Normas del Registro Internacional señala que cada Estado podrá designar un punto o varios puntos de acceso de conformidad con el art. XIX.1º. Ahora bien, cada Estado contratante puede optar por designar puntos de acceso autorizantes o puntos de acceso directos. Los puntos de acceso autorizantes de un Estado contratante transmitirán o podrán autorizar la transmisión al Registro Internacional de la información necesaria para la inscripción de un derecho o garantía. A través de los puntos de acceso directos de un Estado contratante se transmitirá o se podrá transmitir la información directamente al Registro Internacional para la inscripción de un derecho o garantía.

Un Estado contratante sólo puede designar que los puntos de acceso sean obligatorios en el caso de que se trate de una inscripción relativa a una célula de una aeronave y a los helicópteros, de los cuales dicho Estado contratante

[31] Art. XX Protocolo aeronáutico.

[32] En este sentido, el art. 18 del Convenio establece que es el Protocolo y las Normas y Procedimientos del Registro Internacional los que señalen los requisitos de inscripción de las garantías.

[33] Art. 18.5º Convenio de Ciudad del Cabo.

es el Estado de matrícula[34]. Esta obligatoriedad no se produce en el caso de los motores, porque estos no están sujetos a la inmatriculación prevista en el Convenio de Chicago de 1944. En este mismo sentido, el art. XIX.2 del Protocolo señala que la inscripción de los motores a través de los puntos de acceso nacionales únicamente se podrá permitir, pero no imponer.

Se debe tener en cuenta que a través de los puntos de acceso nacionales no se podrá realizar la transmisión de la información necesaria para la inscripción, cuando se trate de la inscripción de avisos de garantías nacionales o de derechos o garantías no contractuales susceptibles de inscripción que estén sometidas a las leyes de un Estado diferente al que pertenece el punto de acceso[35]. Si no se trata de uno de los casos mencionados, el punto de acceso nacional puede designarse para realizar cualquier tipo de asiento previsto por el Registro, o para la cancelación o la modificación de inscripciones ya realizadas[36].

Tan sólo cinco Estados contratantes de los que han ratificado el Convenio y su Protocolo aeronáutico, han hecho la declaración del art. 50, para que no se apliquen las normas del Convenio a las garantías nacionales, entre los que se debe mencionar China por su importancia en la industria aeronáutica[37]. En el caso de España, como no hizo la declaración del art. 50 en el momento de su adhesión al Convenio no tiene que hacer avisos de garantías nacionales, para que las mismas ganen prioridad internacional.

2. El Registro de Bienes Muebles como punto de acceso autorizante

España en su adhesión al Protocolo aeronáutico ha optado por un punto de acceso autorizante, concretamente el Registro de Bienes Muebles[38]. Dicho punto de acceso autorizante será obligatorio para las células de aeronaves y los helicópteros, mientras que será opcional en el caso de los

[34] Art. 12.2º Normas del Registro Internacional (R. Goode, *op. cit.*, p. 436).

[35] Art. XIX.1º Protocolo aeronáutico.

[36] I. Heredia Cervantes, *loc. cit.*, p. 7.

[37] La declaración realizada por China en este sentido es la siguiente: "*4. Declaration under Article 50(1) of the Convention: The Convention shall not apply to a transaction which is an internal transaction in relation to the PRC.*" (disponible en línea en [<http://www.unidroit.org/status–2001capetown?id=463>] (consultado el día 10 de agosto de 2021)).

[38] De conformidad con el art. XIX.1º del Protocolo aeronáutico, España hizo la siguiente declaración: "El Registro de Bienes Muebles será el punto de acceso que autorizará la transmisión al Registro Internacional de la información necesaria para la inscripción con relación a las células de aeronaves o helicópteros matriculados en el Reino de España o en proceso de matriculación, y que podrá autorizar la transmisión de la mencionada información a dicho Registro con relación a los motores de aeronaves".

motores de aeronaves, que podrán inscribirse o bien a través del Registro de Bienes Muebles o directamente a través del Registro Internacional[39].

El Registro de Bienes Muebles es actualmente donde se registran las titularidades y gravámenes que existen sobre las aeronaves, aunque en un primer momento tales inscripciones se realizaban en el Registro Mercantil[40]. Es una Resolución de la denominada en ese momento, Dirección General de Registros y del Notariado de 11 de abril de 2000, sobre determinadas cuestiones derivadas de la creación del Registro de Bienes Muebles, la que aclaró las dudas planteadas en relación a si era el Registro de Bienes Muebles o el Registro Mercantil donde debían inscribirse las titularidades y las cargas de las aeronaves, al establecer que[41]:

> "En la sección de buques y aeronaves (sección primera) del nuevo Registro de Bienes Muebles se deben practicar todas las inscripciones de actos y contratos relativas a embarcaciones y aeronaves, con independencia (con relación a los buques) de la lista en la que estén inscritas en el Registro administrativo correspondiente. Cada uno de los actos, contratos y gravámenes (compraventas, al contado o a plazos, arrendamientos, hipoteca naval o mobiliaria, anotación de embargo o demanda, ejecución forzosa, etcétera) que se realicen sobre tales bienes serán calificados y en su caso inscritos o anotados preventivamente dentro de dicha Sección por el Registrador de Bienes Muebles".

Por lo tanto, quedó suficientemente claro que las titularidades y gravámenes de las aeronaves tienen que inscribirse en el Registro de Bienes Muebles.

Además, el Registro de Bienes Muebles de Madrid, a cargo de los Registradores Mercantiles de Madrid, es el único Registro donde se pueden

---

[39] Art.12.2º Normas del Registro Internacional (R. Goode, *op. cit*, p. 436).

[40] Por un lado, cuando se crea el Registro de Bienes Muebles en 1999 se establece: "El Registro de Bienes Muebles es un Registro de titularidades y gravámenes sobre bienes muebles, así como de condiciones generales de la contratación. Dentro de cada una de las secciones que lo integran se aplicará la normativa específica reguladora de los actos o derechos inscribibles que afecten a los bienes, o a la correspondiente a las condiciones generales de la contratación" (Ap. 2 de la disposición adicional única RD 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, BOE nº 306, 23 diciembre 1999). Por otro lado, el art. 179 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 señalaba que se inscribirán en dicho Registro Mercantil las aeronaves de nacionalidad española y de propiedad privada que se destinen o puedan destinarse a usos industriales o mercantiles. (Decreto de 14 de diciembre de 1956, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y el Arancel de los honorarios que devengarán los Registradores Mercantiles, BOE 7.31957, corrección de errores en BOE 14.3.1957; Disp. Trans. 13ª. del RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, BOE 31.7.1996). Aunque el Reglamento del Registro Mercantil vigente es el de 1996, en lo que respecta a la inscripción de buques y aeronaves sigue estando en vigor el Reglamento del Registro Mercantil de 1956, y concretamente en materia de inscripción de aeronaves, el Título VI.

[41] Resol. DGRN de 11 de abril de 2000, *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, vol. I, 2000, pp. 2129–2131.

inscribir las titularidades y gravámenes de las aeronaves, porque es en Madrid donde se ubica el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, a pesar de los argumentos esgrimidos por la Resolución de la DGRN de 29 de enero de 2001 otorgando también la competencia a los Registros de Bienes Muebles de otras provincias[42].

Sin embargo, en cuanto a los motores, la Resolución de la DGRN del 29 de enero de 2001 establecía que eran inscribibles en el Registro de Bienes Muebles, tanto los motores de aeronaves como las piezas de repuesto, siempre que reuniesen los caracteres de bienes identificables, en virtud del art. 6.2º de la Ordenanza de 19 de julio de 1999, es decir: "todos aquéllos en los que conste impresa la marca, modelo en su caso, y número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus partes fundamentales o que tengan alguna característica distintiva que excluya su confusión con otros bienes"[43]. Además, como se trataba de elementos accesorios identificables, en la misma Ordenanza se señala que se inscribirán en la Sección a la que pertenezca el elemento principal, por lo tanto, deberán registrarse en la sección primera, que es donde se inscriben las aeronaves. Así lo confirma la Resolución de la DGRN de 29 de enero de 2001, en la que se afirma que la inscripción de las piezas de repuesto y de los motores se practicará en la sección primera, abriendo folio separado a cada bien[44].

---

[42] *Vid.* página del Registro de Bienes Muebles de Madrid, disponible en línea en [<https://www.rmercantilmadrid.com/rmm/DocumentosBienesMuebles.aspx>] (consultada el 1 de agosto de 2021). Para un desarrollo mayor de esta afirmación, *vid*. M.–J. Castellanos Ruiz, "El Registro Internacional…", *loc. cit*., pp. 71–72.

[43] Art. 6.2º Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, BOE 20.7.1999. Esta misma definición sobre bien identificable es la que señala el art. 1.2º Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (BOE 14.7.1998).

[44] Sin embargo, algunos autores afirmaban que en la práctica los contratos que tengan por objeto los motores de aviación, como los de leasing o los de compraventa a plazos, se inscriben en la sección tercera del Registro Provincial de Bienes Muebles correspondiente al establecimiento mercantil al que estén afectos, puesto que son considerados bienes de equipo (M.–J. Morillas Jarillo, "La aeronave como cosa compuesta. La singularidad del régimen de los motores", en F. Martínez Sanz y M.–V. Petit Lavall (coords.), *Estudios de Derecho aéreo: Aeronave y liberalización*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 100). Según las afirmaciones de la autora los datos que se anotan son el modelo, la marca, el número de serie del motor y el contrato relativo al motor (mediante testimonio, copia autorizada o modelo oficial. Con lo cual, esto provocaba que, a diferencia de lo que ocurriría si se realizase la inscripción en virtud del criterio anterior, no sólo sería competente el Registro Mercantil de Madrid, sino otros Registros Provinciales para llevar a cabo la inscripción de los motores. La diferencia entre inscribir los motores en la sección primera (buques y aeronaves) o en la sección tercera (maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo) del Registro de Bienes Muebles correspondiente según se ha explicado, puede que dependiese de si los motores están instalados en la aeronave –inscribiéndose en la sección primera– o están

Por otro lado, en el nuevo Real Decreto sobre matriculación de aeronaves civiles del año 2015, se añadió la disposición adicional sexta con el objeto de intentar articular la relación entre el Registro Internacional donde es posible la inscripción de los objetos aeronáuticos, –como son las células de las aeronaves, los motores de las aeronaves y los helicópteros–; y los dos registros que existen en España, donde es posible la inscripción de las aeronaves, y que son el Registro de Bienes Muebles y el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles[45].

En dicha norma se establece que será el Registrador competente de Bienes Muebles el que deberá hacer constar la reserva de prioridad internacional en el Registro Internacional, una vez que se ha realizado la inscripción de la garantía o del derecho internacional en el Registro de Bienes Muebles, o desde el asiento de presentación cuando se prevea la reserva de prioridad sobre derechos de constitución futura[46]. La redacción de este párrafo no es muy clara, porque señala en primer lugar que la garantía debe ser inscrita en el Registro de Bienes Muebles, así que podría interpretarse que para realizar dicha inscripción se deberán cumplir los requisitos de nuestro ordenamiento para el acceso al mismo, incluido la calificación del título[47]. Además, parece que se hace un tratamiento diferenciado entre la garantía internacional y la garantía internacional futura, que el "Sistema de Ciudad del Cabo" no contempla, si entendemos

almacenados –registrándose en la sección tercera–. En cualquier caso, el principio de tracto sucesivo que caracteriza a los registros de bienes, llevaba a que el registro donde se hubiera inmatriculado el motor por primera vez sería competente para la inscripción de los demás actos y contratos sobre dicho motor. Por último, la Res. DGRN establecía que no es posible hacer discriminación entre nacionales españoles y de otros Estados miembros de la Unión Europea. Así que, aunque el art. 179 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 establecía la obligatoriedad de la inscripción de las aeronaves de nacionalidad española, este precepto sólo puede entenderse teniendo en cuenta la normativa de la Unión Europea, y de los principios comunitarios de libre circulación de bienes y servicios y de libertad de establecimiento, que no permiten discriminación entre ciudadanos de los distintos Estados de la Unión Europea. Por lo tanto, las aeronaves, motores o piezas de repuesto pertenecientes a personas físicas o jurídicas de nacionalidad de cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea serían inscribibles en el Registro de Bienes Muebles competente, de acuerdo a las mismas normas que las aeronaves de españoles que se han señalado anteriormente (Res. DGRN 29 de enero de 2001, *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, vol. I, 2001, pp. 2183–2188). En este sentido, el art. 18 de la Ley de Navegación Aérea española de 1960 fue modificado para que los nacionales de los Estados de la Unión Europea pudiesen matricular sus aeronaves en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y obtener así la nacionalidad española, como si de un nacional español se tratara (art. 18 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE 23.7.1960).

[45] Disposición adicional sexta del RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE 17.6.2015.

[46] Disposición adicional sexta RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE 17.6. 2015.

[47] I. Heredia Cervantes, *loc. cit*., p. 8.

que es a esto a lo que se refiere al hablar en dicho texto de derechos de constitución futura, pues señala que para su inscripción en el Registro Internacional, se tenga que realizar un asiento previo en el Registro de Bienes Muebles[48]. Por último, el precepto señala que será el Registrador de Bienes Muebles competente el que haga constar la reserva de prioridad en el Registro Internacional, si bien al tratarse el Registro de Bienes Muebles de un punto de acceso autorizante, será la persona legitimada para realizar la inscripción en el Registro Internacional la que la realice, una vez obtenido el código de acceso solicitado al Registro de Bienes Muebles[49].

Todo esto parecía indicar que, como ha sucedido en Estados Unidos, se le iban a exigir a la garantía internacional más requisitos para su inscripción de los previstos en el correspondiente instrumento internacional, a pesar de que se establece expresamente lo contrario en dicha disposición adicional sexta del Real Decreto de 2015. Si bien, como se podrá comprobar en el epígrafe siguiente, de manera acertada, en la práctica registral, no se le exigen más condiciones al registro de la garantía internacional.

A) Inscripción de las garantías internacionales en el Registro de Bienes Muebles

Ha sido finalmente la Resolución de 29 de febrero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por la que se aprueban los formularios de acceso al Registro Internacional sobre bienes aeronáuticos, la que ha establecido de forma clara que es el Registro de Bienes Muebles a cuyo cargo se encuentra el Registro de Aeronaves, el que será competente en materia de aeronaves de conformidad con el art. 177 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956. En consecuencia, el Registro de Bienes Muebles Provincial de Madrid será el punto de acceso español, pues en la declaración efectuada en virtud del art. XIX.1º del Protocolo, se señala de forma genérica el Registro de Bienes Muebles[50].

Por lo tanto, siguiendo con el contenido de la resolución, podrá solicitarse por los interesados un código de autorización al punto de acceso español para las células de aeronaves y de helicópteros que hayan obtenido una matrícula definitiva o provisional en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles.

---

[48] *Ibíd*., p. 9.

[49] *Ibíd*.

[50] De la misma manera que se hace esta designación genérica, en la disposición adicional sexta del RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles (BOE 17.7.2015).

En el caso de los motores, su inscripción a través del punto de acceso español es opcional. En cuyo caso si se trata de una aeronave completa lo que se pretende inscribir, será necesaria una solicitud diferente para cada bien registrable (célula y motor de aeronave) y el punto de acceso español emitirá un código diferente para cada uno de los bienes[51].

El tiempo que se tarda en conceder el código es de 24 horas. A partir de la concesión del código de referencia por el Registro español, es al interesado al que le corresponde directamente la tramitación, por lo que dicho Registro no es responsable de las demoras que a partir de ese momento se produzcan. Esto es importante señalarlo, porque la garantía internacional goza de prioridad en las condiciones que señala el Convenio desde el momento de su inscripción en el Registro Internacional, y si esta no se produce finalmente, dicha garantía internacional no gozará de prioridad solamente porque el interesado haya conseguido el código alfanumérico[52].

En el Registro internacional no se inscriben los actos o contratos relativos al dominio y demás derechos, gravámenes y titularidades jurídico–reales sobre objetos aeronáuticos, sino la información necesaria mínima para obtener publicidad de las garantías internacionales referidas a actos o contratos de existencia actual o futura. En cambio, en el Registro de Bienes Muebles se presentan los documentos inscribibles relativos a bienes muebles inmatriculados, se inscriben actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre dichos bienes muebles registrables y se publican titularidades jurídico–reales sobre dichos muebles con los efectos propios de un registro jurídico de bienes muebles. La eficacia *erga omnes* de la inscripción en el Registro internacional no prejuzga la validez o la existencia de los correspondientes derechos e intereses jurídicos afectados por la regla de prioridad que solo son objeto de publicidad registral internacional de una manera indirecta o por referencia. La inscripción internacional no implica el beneficio de la presunción de existencia o de exactitud de los derechos inscribibles a que se refieren las inscripciones practicadas[53].

Así pues, cuando en el Registro de Bienes Muebles se solicitaban los códigos alfanuméricos, para realizar posteriormente la inscripción en el Registro Internacional de la correspondiente garantía internacional, no se

[51] Res. DGRN 29 de febrero de 2016, por la que se aprueban los formularios de acceso al Registro Internacional sobre bienes aeronáuticos.

[52] A mediados de 2016, el Registro de Aeronaves ya había concedido 103 autorizaciones de acceso, que no son pocas si se tiene en cuenta que el "Sistema de Ciudad del Cabo" había entrado en vigor para España solo unos meses antes, concretamente el 1 de marzo del 2016.

[53] *Vid.* Informe consulta realizada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, de 28 de abril de 2016.

anotaba carga alguna en base al formulario presentado, puesto que la aportación de dicho formulario se asentaba en el libro de entrada como lo haría cualquier otro documento aportado al registro, contuviera o no materia sujeta a inscripción. Así que no se pasaba al diario de operaciones y tampoco a los libros de inscripciones.

Se consideró en ese momento que dicha situación era muy peligrosa para la seguridad del tráfico, ya que, si se solicitaba una certificación de cargas en relación a una aeronave y en los libros registrales no aparecía ninguna, el registrador tendría que certificar la libertad de cargas de dicha aeronave, aún, cuando hubiera autorizado un código de acceso al Registro Internacional.

Por esta razón, ante la consulta planteada por el registrador encargado del Registro de Aeronaves, la DGRN resolvió mediante informe de fecha 29 de abril de 2016, que sería posible una anotación preventiva en base al formulario presentado, al no ser el mismo susceptible de inscripción en el Registro de Bienes Muebles debido a su reducido contenido[54]. Si se ejerciese la potencial garantía internacional, dicha anotación preventiva evitaría la aparición del tercero en virtud del art. 34 de la Ley Hipotecaria, dado que el adquirente de algún derecho sobre la aeronave no podría alegar desconocimiento de la garantía internacional[55].

Efectivamente en el informe de la consulta realizada el 28 de abril de 2016, se establece la posibilidad de que el término "inscripción", de la disposición adicional sexta del Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, sea interpretado en términos amplios como asiento registral y no necesariamente como inscripción[56]. De manera que al no reunir los requisitos necesarios para su inscripción conforme a la Ley española, sería posible realizar una anotación preventiva, como se ha señalado antes[57]. Dicha "anotación preventiva de garantía internacional" se convertiría en definitiva con efecto retroactivo en caso de que finalmente se adquiera el derecho anotado conforme a la Ley española, pero en cualquier caso la garantía internacional subsistirá con los efectos propios del Convenio y su Protocolo aeronáutico. Se propuso también que el tiempo establecido para la duración de la anotación fuese de 4 años como plazo general, afirmación que tiene su fundamento legal en la disposición adicional segunda de la Ley

[54] *Vid.* Informe consulta realizada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, de 28 de abril de 2016.

[55] Art. 34 Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, BOE 2.2. 1946.

[56] *Vid.* Informe consulta realizada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, de 28 de abril de 2016.

[57] *Ibíd.*.

28/1998, de 13 de julio de Venta a Plazos de Bienes Muebles y que sería aplicable por analogía[58]. En ese tiempo se podría convertiría dicha inscripción en definitiva si se aportan los documentos necesarios conforme a la legislación interna, y estos son calificados favorablemente por el registrador.

Sin embargo, no se pueden pedir más requisitos para la inscripción de la garantía internacional que los del formulario establecido, el cual debe completarse a través de la web del Registro Mercantil de Madrid y que son los siguientes: datos del solicitante, descripción del bien (matrícula, modelo, marca, carga y pasaje, motores y nº de serie), negocio jurídico, intervinientes y firma[59].

De manera que, con lo antes señalado, se están respetando los preceptos del Convenio, así como la disposición adicional sexta de la normativa española, que señalan que las legislaciones nacionales no pueden establecer más formalidades que las recogidas en "Sistema de Ciudad del Cabo" y las Normas y Procedimientos del Registro Internacional, pues este extremo no ha sido modificado por la adhesión española.

B) Inscripción de una IDERA (*Irrevocable Deregistration and Express Request Authorization*).

En el instrumento de adhesión al Protocolo, además de las declaraciones ya mencionadas, España hizo la declaración de conformidad con el art. XXX.1º del Protocolo, para aplicar el art. XIII del Protocolo. En virtud de este precepto, el acreedor y el deudor pueden pactar a favor de aquel una autorización irrevocable para solicitar la cancelación de la matrícula y el permiso de exportación de la aeronave. Esta autorización se tendrá que realizar de acuerdo con el formulario anexo al Protocolo y dicha autorización deberá tener inscribirse en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles[60].

Además, en el caso de que el acreedor desee hacer efectiva dicha autorización, deberá avisar de la exportación de la aeronave con un tiempo razonable y por escrito a las partes interesadas[61]. Una vez realizada la notificación las autoridades del Estado de Matrícula, deberán dar efecto al IDERA, y siempre que el acreedor les certifique, si dicha autoridad lo

[58] Disposición adicional segunda de la Ley 28/1998, de 13 de julio Venta a Plazos de Bienes Muebles, BOE 14.7.1998.

[59] Formulario disponible en línea en [<https://www.rmercantilmadrid.com/rmm/Downloads/Impresos/BienesMuebles3.pdf>] (consultado el 1 de julio de 2021).

[60] Art. XIII.2 Protocolo aeronáutico.

[61] Art. IX.6º Protocolo aeronáutico.

requiere, que todas las garantías inscritas que tienen prioridad respecto a la del acreedor han sido canceladas o que los titulares de esas garantías han dado su consentimiento para la cancelación de la matrícula y la exportación[62].

España ha tenido que hacer una declaración conforme al art. XXX.1º, para que en el caso del IDERA no sea de aplicación la previsión recogida en el art. 54.2º del Convenio, conforme a la cual es necesaria la intervención de un tribunal.

Por último, se va a abordar el problema que se plantea en España derivado de la constancia registral del IDERA. En primer lugar, para que el pacto comisorio que supone el IDERA, que no tiene cabida en el Derecho español, pueda tener reflejo en el Registro de Bienes Muebles y en el Registro de Matrícula es necesario que el contrato en el que se inserta el IDERA, o al que se incorpora posteriormente, haya accedido al plano internacional, es decir que haya sido inscrito en el Registro Internacional, tras haber realizado el procedimiento señalado anteriormente.

En segundo lugar, el IDERA, es un pacto que forma parte de un contrato, y que, por tanto, puede venir integrado en el contrato como una cláusula más o bien, agregarse por vía de novación objetiva del contrato principal. En cualquier caso, para su constancia en el Registro de Bienes Muebles sería necesario que cumpliese los requisitos exigidos por la legislación española, de tal manera que las firmas fuesen legitimadas.

En consecuencia, el procedimiento para la constancia registral del IDERA podría ser el siguiente:

i) Contrato inscrito con anterioridad al Convenio. No podría presentarse un IDERA salvo que se haya presentado el formulario dándole a aquel el carácter de aviso de garantía. En este caso el IDERA deberá presentar las firmas que lo autorizan.
ii) Contrato no inscrito adjuntando formulario. En este caso el IDERA podría formar parte del clausulado, con lo que tendría las firmas legitimadas al estarlo las del contrato, o bien acompañarse en documento adjunto, en cuyo caso deberá tener sus firmas independientemente legitimadas.
iii) Contrato no inscrito y sin adjuntar formulario. No cabría introducir un IDERA, el cual, de pactarse en el contrato a inscribir, sería objeto de denegación en nuestro derecho y no encontrarnos bajo la aplicación del Convenio.

[62] Art. IX.5º Protocolo aeronáutico.

iv) Presentación de formulario sin documentación. Si se presenta el formulario acompañado del IDERA, el Registro de Bienes Muebles se limitará a dar el código alfanumérico de acceso al Registro Internacional y a la práctica de una "anotación preventiva de garantía internacional". Pero el IDERA no tendrá en este caso reflejo registral.

III. El Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles

Con la aprobación del nuevo Reglamento de matriculación de aeronaves en el 2015, que entró en vigor 1 de diciembre de 2015, se lleva a cabo una nueva regulación del Registro de Matrícula de Aeronaves que, desde su creación en 1969, y aunque había sido objeto de dos modificaciones importantes en 1972 y en 1996, no había sufrido en nuestra opinión un cambio tan profundo como el que se presenta en esta nueva norma[63].

El nuevo Reglamento reestructura el Registro de Matrícula, haciendo más sencillos sus trámites y subsanando sus deficiencias, a la vez que ha aportado mayor agilidad, de manera que se ha configurado claramente como un registro administrativo diferenciado y de distinta naturaleza que el Registro de Bienes Muebles. Aunque en nuestra opinión esto ya estaba bastante claro en el antiguo Reglamento de Registro de Matrícula de Aeronaves con respecto al Registro Mercantil[64].

En el capítulo II del Reglamento de matriculación de aeronaves civiles se trata uno de los aspectos fundamentales de esta normativa, que es la distinción entre los dos tipos de asientos que regula y que son: inscripciones y anotaciones[65]. La distinción entre estos dos tipos de asientos es una de las novedades más importantes introducidas por esta norma con respecto a su antecesor, con el objetivo de diferenciar los aspectos registrados sobre las aeronaves para la atribución de la nacionalidad de la aeronave, es decir con fines administrativos –matriculación y cancelación– de los aspectos registrados sobre las aeronaves relacionados con la propiedad o la posesión de la aeronave, así como las cargas y gravámenes que recaigan sobre las mismas.

El Real Decreto establece que accederán al Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles las aeronaves de nacionales de cualquiera de los Estados

[63] Parte expositiva RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE 17.7.2015.

[64] Dictamen emitido por el Consejo de Estado en el expediente nº 128/2015, de 17 de marzo de 2015, p. 11.

[65] Art. 8.1º RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles.

miembros del Espacio Económico Europeo; y las de nacionales de terceros Estados, siempre que cuenten con residencia habitual en España, si se trata de una persona física, o con establecimiento permanente en España, en el caso de que fuese una persona jurídica, y además dichas aeronaves sean destinadas a uso privado[66]. Los contratos en virtud de los cuales las personas físicas o jurídicas pueden estar en posesión de la aeronave para proceder a su matriculación son: contratos de propiedad, de alquiler o cualquier otro que la Ley española contemple[67].

En el art. 10 del Real Decreto, también se aborda otro aspecto fundamental, que es la relación del Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles con el Registro de Bienes Muebles. En una redacción inicial de este artículo se establecía la obligatoriedad de la inscripción de todas las aeronaves en ambos registros. Sin embargo, en la versión definitiva se ha modificado este aspecto porque en el Registro de Bienes Muebles, aunque son inscribibles las aeronaves tanto en virtud de título de transmisión de su propiedad como de título traslativo de la posesión –al igual que en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles–, según la normativa existente, la primera inscripción de la aeronave en el Registro de Bienes Muebles debe ser la del dominio[68].

Sin embargo, si se trata de arrendamientos de aeronaves extranjeras, el título de arrendamiento no podría inscribirse en el Registro de Bienes Muebles, puesto que como ya se ha mencionado, en virtud del art. 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, no son inscribibles los arrendamientos de aeronaves cuando no existe una inscripción previa de dominio sobre la misma[69]. Pero lo mismo sucede incluso cuando se trata de contratos de arrendamiento de aeronaves que tienen matrícula española.

En un primer momento existían opiniones que señalaban que dicho art. 180 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 podría quedar derogado tras este RD 384/2015, de manera que sí se podrían inscribir los

[66] Art. 2 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE 17.7.2015. Dicho precepto remite al art. 18 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, para establecer qué aeronaves son inscribibles en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles.

[67] Art. 11 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles.

[68] Art. 180 Reglamento del Registro Mercantil de 1956, aprobado por el Decreto de 14 de diciembre de 1956. Aunque el Reglamento del Registro Mercantil vigente es el de 1996, en lo que respecta a la inscripción de buques y aeronaves sigue estando en vigor el Reglamento del Registro Mercantil de 1956, arts. 145 a 190. *Vid.* Disp. Trans. 13ª. del RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, BOE 31.7.1996.

[69] J.–D. Parada Vázquez, *Derecho Aeronáutico*, Madrid, Industria Gráfica MAE, S.L., 2000, pp. 276, 277 y 280.

arrendamientos en el Registro de Bienes Muebles, aunque sea la primera inscripción.

No obstante, al respecto ha tenido la oportunidad de pronunciarse la DGRN en varias resoluciones. Las Resoluciones de la DGRN de 20 diciembre 2016, fueron dictadas como respuesta a los recursos presentados por *Vueling Airlines, S.A.*[70]. Dicha sociedad solicitó la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de Madrid de tres contratos de arrendamiento financiero sobre tres aeronaves civiles. Sin embargo, el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles XVII de Madrid, se negó a la inscripción de dichos contratos de arrendamiento financiero porque en el certificado de matrícula, *Vueling Airlines, S.A.* figuraba como propietaria y no como arrendataria de las aeronaves y porque no había una inscripción previa del dominio sobre la aeronave en el Registro de Bienes Muebles[71].

A raíz de las Resoluciones de la DGRN de 20 de diciembre de 2016, el Registrador mercantil de Madrid, encargado del Registro de Bienes Muebles de dicha provincia, realizó la siguiente consulta a la DGRN. En ella, se preguntaba si los arts. 8, 10, 13, 16, 22, y 23 del Reglamento del Registro de Matriculación de Aeronaves Civiles aprobado por RD 384/2015, han supuesto un cambio en la situación legal existente en lo que a la primera inscripción de aeronaves se refiere en el Registro de Bienes Muebles[72]. Si es así, esto supondría una ampliación de los medios inmatriculadores de aeronaves en el Registro de Bienes Muebles, no sólo a los títulos que acrediten el dominio sobre las aeronaves, sino a otros títulos en virtud de los cuales pueda practicarse la inscripción primera provisional en el Registro de Matrícula de Aeronaves y a continuación, la inscripción del mismo título en el Registro de Bienes Muebles"[73]. La DGRN señaló en el Informe que la apertura de folio a la aeronave en el Registro de Bienes Muebles podría realizarse de forma excepcional mediante la presentación de un contrato de arrendamiento, financiero o no, o de financiación a comprador, siempre que se cumpliesen dos requisitos: 1) que sobre dicho contrato se haya producido anteriormente la apertura de folio en el Registro de

[70] Resoluciones DGRN de 20 de diciembre de 2016, BOE 9.1.2017, pp. 1034–1050.

[71] Para un desarrollo de los argumentos de la DGRN, *vid*. M.–J. Castellanos Ruiz, "Comentarios a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2016, sobre la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de Madrid de varios contratos de arrendamiento financiero sobre aeronaves", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, septiembre 2017, pp. 650–665.

[72] Como ya se ha señalado en varias ocasiones, el art. 180 del Registro Mercantil de 1956 señala que la primera inscripción de las aeronaves en el Registro de Bienes Muebles, será la del dominio.

[73] *Vid.* Informe de la DGRN a la consulta realizada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, de 23 de febrero de 2017.

Matrícula de Aeronaves; y 2) que se cumpla lo establecido en el art. 30 de la Ley de Navegación Aérea de 1960, según el cual para practicar cualquier inscripción en el Registro de Matrícula se exige que se presente simultáneamente el título de propiedad, a fin de relacionar éste en el asiento practicado[74]. Pero si la DGRN está pidiendo como uno de los requisitos para realizar la primera inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de Bienes Muebles, que en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles se presente el título de propiedad para que se relacione éste en el asiento en que se inscribe el contrato de arrendamiento; con toda seguridad esto va a llevar aparejado que también se inscriba en el Registro de Bienes Muebles el dominio de la aeronave junto con el contrato de arrendamiento[75]. Si bien, en mi opinión esta solución no difiere mucho de las decisiones adoptadas en las Resoluciones de la DGRN de 20 de diciembre de 2016, porque tanto en el Informe como en las Resoluciones de la DGRN, para realizar la primera inscripción de los contratos de arrendamiento en el Registro de Bienes Muebles se exige aportar el título de propiedad, ya sea ante el Registro de Matrícula o ante el Registro de Bienes Muebles, con la dificultad que ello conlleva dada la actual fluidez de tráfico jurídico de las aeronaves[76].

En definitiva, la primera inscripción de una aeronave se realizará en el Registro de Matrícula, el cual, analizada la documentación presentada, asignará a la aeronave una matrícula con el carácter de provisional y emitirá un certificado de matrícula provisional. Cuando se trate de una aeronave inscribible en el Registro de Bienes Muebles, una vez practicada la

[74] *Vid.* Informe de la DGRN a la consulta realizada por el Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid, de 23 de febrero de 2017.

[75] Por lo que respecta al otro requisito, se va a cumplir siempre, porque como se ha repetido en varias ocasiones la primera inscripción de la aeronave, se tiene que realizar obligatoriamente en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, ya sea en virtud de un título de dominio o de un contrato de arrendamiento financiero (art. 10.2º RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles, BOE 17.6.2015).

[76] En este sentido, el Informe de la DGRN a la consulta la consulta realizada, de 23 de febrero de 2017, señala que el contenido del mismo no entra en contradicción con la doctrina que con carácter general se estableció en la Resoluciones de la DGRN, de 20 de diciembre de 2016, pues argumentan que el problema planteado era muy distinto pues se centraban en la falta de coordinación entre el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y el Registro de Bienes Muebles, al solicitarse la inscripción en este último de un título distinto al inscrito en el registro administrativo. Y se añade en el Informe de la DGRN textualmente: "si se entrara en la cuestión relativa a que si ambos títulos hubieran sido coincidentes la solución hubiera sido positiva, estableciendo dicha resolución una doctrina en consonancia con la nota de calificación del registrador". Sin embargo, en mi opinión sí que abordó esta cuestión indirectamente, porque el problema de fondo sigue siendo el mismo, que no es otro que la primera inscripción en el Registro de Bienes Muebles tiene que ser obligatoriamente la del dominio, mientras que en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, la primera inscripción se puede realizar también en virtud de otros títulos jurídicos distintos al del título dominical de la aeronave.

inscripción del título jurídico en dicho Registro, se realizará la inscripción definitiva de la aeronave, emitiéndose, por tanto, el certificado de matrícula definitivo. En caso de que no sea posible la inscripción de la aeronave en el Registro de Bienes Muebles, se procederá a la inscripción definitiva del título jurídico aportado en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y a la emisión del certificado de matrícula definitivo, en un plazo máximo de tres meses[77]. Los actos jurídicos posteriores a la matriculación de la aeronave que sean inscribibles en el Registro de Bienes Muebles, conforme a su legislación específica, se inscribirán primero en dicho Registro. Es importante destacar que la comunicación entre ambos Registros se realizará por vía telemática.

IV. El Registro de operadores de aeronaves no tripuladas (drones)

Las distintas legislaciones nacionales eran las que establecían el marco regulatorio de las aeronaves no tripuladas o UAS (*Unmanned Aircraft System*), comúnmente conocidas como drones. Así, el Reglamento (CE) 216/2008 sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, excluía de su ámbito de aplicación a las aeronaves no pilotadas de menos de 150 kg[78]. Esto había provocado que en el año 2015 existiesen o se estuviesen desarrollando normativas en materia de aeronaves tripuladas por control remoto en Alemania, Austria, Croacia, Dinamarca, España, Francia, Italia, Irlanda, Polonia, el Reino Unido y la República Checa; que existiesen escuelas de vuelo autorizadas en Dinamarca, el Reino Unido y los Países Bajos; y que en estos últimos dos países ya hubiese más de 500 pilotos con licencia para pilotarlas[79]. Concretamente, la regulación española aplicable a los drones,

[77] Art. 15.2º RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves civiles.

[78] Anexo II Reglamento (CE) nº 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, DO L 79 19.3.2008, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) nº 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE. El Reglamento (CE) 216/2008 venía a recoger las normas comunes que debían cumplirse para la certificación de todo tipo de aeronaves, aunque el desarrollo de los requisitos de aeronavegabilidad conocidos como *JAR 21* (*Joint Aviation Requirement 21*), se recogían en el Reglamento (UE) nº 748/2012 de la Comisión, de 3 de agosto de 2012 (DO L 224 de 21.8.2012), por el que se establecían las disposiciones de aplicación sobre la certificación de aeronavegabilidad y medioambiental de las aeronaves y los productos, componentes y equipos relacionados con ellas, así como sobre la certificación de las organizaciones de diseño y de producción.

[79] Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como

en vigor desde el 30 de diciembre de 2017, se recoge en el Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto[80].

Dicha normativa entre otros aspectos de gran importancia en materia de drones, establece a los efectos del presente trabajo, la obligatoriedad de la matriculación de los drones con una masa máxima al despegue (MTOM–*Maximum take–off mass*) superior a los 25 kg; de la misma forma que se matriculan las aeronaves tripuladas[81]. Si bien el Reglamento Delegado (UE) 2019/945, y el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, recogen la normativa europea que viene a desarrollar una normativa uniforme en la materia, con el fin de crear un mercado común de drones[82].

Las tres categorías en las que se clasifican las operaciones de los UAS se establecen en función del riesgo que la operación de dicho UAS supone para terceros (personas y propiedades) y no sólo en función del peso del dron[83]: a) Categoría abierta, que es aquella que implica un riesgo bajo; b) Categoría específica, que es la que implica un riesgo medio; c) Categoría certificada, que es aquella que conlleva un riesgo alto.

En este sentido, los operadores de UAS estarán obligados a registrarse[84]:

i) cuando utilicen en la categoría abierta, cualquier aeronave no tripulada con una MTOM de 250 g o más, o que, en caso de colisión, pueda transferir a un ser humano una energía cinética superior a 80

vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO nº C 355, 20 octubre 2017, pp. 63–70.

[80] RD 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el RD 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el RD 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea..

[81] Art. 9.1º RD 1036/2017.

[82] Para un mayor detalle de la regulación europea en materia de drones, *vid.,* M.–J. Castellanos Ruiz, "Hacia un mercado común de los drones: Reglamento Delegado (UE) 2019/945 y Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947", E. Ortega Burgos (dir.), *Anuario de nuevas tecnologías 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 125–150. *Vid*. Reglamento Delegado (UE) 2019/945 de la Comisión, de 12 de marzo de 2019, DO nº L 152, 11 junio 2019, sobre los sistemas de aeronaves no tripuladas y los operadores de terceros países de sistemas de aeronaves no tripuladas; Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 de la Comisión, de 24 de mayo de 2019, DO L 152 11.6.2019, relativo a las normas y los procedimientos aplicables a la utilización de aeronaves no tripuladas. Aunque el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, entró en vigor el 31 de julio de 2019, será aplicable a partir del 31 de diciembre de 2020. *Vid.* art. 8.2º Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

[83] *A–NPA 2015–10*, pág. 1, disponible en línea en [<http://easa.europa.eu/system/files/dfu/A–NPA%202015–10.pdf>] (consultado el 21 de mayo de 2021).

[84] Art. 14.5º Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

julios; o que esté equipada con un sensor capaz de capturar datos personales, salvo que sea conforme con la Directiva 2009/48/CE, relativa a la seguridad de los juguetes[85].

ii) cuando utilicen una aeronave no tripulada de cualquier masa en la categoría específica.

Los operadores de UAS indicarán su número de registro en todas las aeronaves no tripuladas que cumplan las condiciones arriba señaladas[86].

Estos operadores de UAS se registrarán en el Estado miembro en el que residan si son personas físicas, o en el que tengan su centro de actividad principal si son personas jurídicas, y se asegurarán de que su información de registro es exacta. Un operador de UAS no podrá estar registrado en más de un Estado miembro a la vez[87]. Este registro electrónico empezó a funcionar en España el 1 de enero de 2021.

Por otro lado, cualquier aeronave no tripulada cuyo diseño esté sujeto a certificación deberá ser registrada por su propietario, como una aeronave tripulada[88]. Cuando se procedió a la evaluación de la seguridad en relación con el impacto social o económico de las tres categorías, en un primer momento, se propuso la obligatoriedad del registro de las aeronaves no tripuladas que entren dentro de la denominada categoría abierta que tengan una masa máxima en el despegue mayor de 900 g[89]. Finalmente, esta propuesta no se ha incorporado en ninguna disposición, lo cual difiere bastante de la mayoría de las legislaciones nacionales sobre drones, como la española, que establecen que las aeronaves no tripuladas con una masa máxima en el despegue superior a 25 kg deberán ser registradas[90]. Se ha debido considerar que con la inscripción del operador de UAS con una MTOM superior a 250 g. es posible determinar quién es el responsable del dron, y puesto que sólo los drones clasificados C1 pueden volar sobre alguna

[85] Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, DO L 170 30.6.2009, sobre la seguridad de los juguetes.

[86] Art. 14.8º Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

[87] Además, los Estados miembros expedirán un número de registro digital único para los operadores de UAS y para los UAS que requieran registro, que permita su identificación individual. El número de registro de los operadores de UAS se establecerá sobre la base de normas que promuevan la interoperabilidad de los sistemas de registro (art. 14.6º Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947).

[88] Las marcas de nacionalidad y de matrícula de una aeronave no tripulada se establecerán de conformidad con el anexo 7 del Convenio de Chicago (art. 14.7º Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947).

[89] *NPA 2017–05 (B)*, pág. 113, disponible en línea en [<https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017–05%20%28B%29.pdf>] (consultado el 21 de mayo de 2021).

[90] Art. 9 Real Decreto 1036/2017.

persona de forma excepcional, con la inscripción de los operadores se estaban cumpliendo suficientemente los requisitos de seguridad. En cualquier caso, cuando se utilice una aeronave no tripulada en la categoría específica, el operador del dron también deberá registrarse con independencia del peso del dron.

Además, los Estados miembros podrán permitir que los clubes y asociaciones de aeromodelismo registren a sus miembros, en su nombre, en los sistemas de registro señalados. En caso contrario, los miembros de clubes y asociaciones de aeromodelismo se registrarán de conformidad con lo que se ha establecido anteriormente[91].

En este sentido, un dron podrá estar inscrito en dos registros: en el de operadores de drones, si se cumplen los requisitos antes señalados y en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, si se cumplen las condiciones para su inscripción. Si bien, el carácter de ambos registros es administrativo.

No obstante, como sucede con cualquier bien mueble, pueden inscribirse las titularidades y gravámenes de los drones en el Registro de Bienes Muebles, siempre que se cumplan las condiciones para su registro. Aunque éste está coordinado con el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, y recoge aspectos diferentes que el Registro de operadores aéreos, sería necesaria una coordinación entre dichos registros.

Sin olvidarnos, por supuesto, del Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo aeronáutico, ya que como los drones son aeronaves, podrían ser susceptibles de constitución de una garantía internacional. Sin embargo, el ámbito de aplicación material del "Sistema de Ciudad del Cabo" son las garantías constituidas en relación a contratos sobre objetos aeronáuticos, como ya se ha comentado anteriormente, y que son la célula, los motores y los helicópteros. Teniendo en cuenta los drones desarrollados hasta el momento, no parece que vayan a cumplir las condiciones del Convenio de Ciudad de Cabo de forma que puedan ser objeto de una garantía internacional.

Por lo que respecta a las células de aeronave, el Convenio excluye de su ámbito de aplicación las aeronaves de menor tamaño, es decir que si transportan pasajeros tienen que poder llevar al menos ocho personas y si lo que se transporta son mercancías, tienen que poder llevar más de 2.750 kilogramos; de manera que la autoridad competente esté en disposición de otorgarle un certificado de tipo una vez instalados los motores[92]. En este

[91] Art. 16.4º Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

[92] El art. I.2º.e del Protocolo establece que las "células de aeronaves" son: "células de aeronaves (salvo las utilizadas por los servicios militares, de aduanas o de policía) a las que, cuando se les instalan motores de aeronaves apropiados, la autoridad aeronáutica competente

momento, los drones que podrían cumplir estas condiciones son los drones militares, que están expresamente excluidos del ámbito de aplicación del Convenio de Ciudad del Cabo. Tampoco existe reglamentación, ni europea, ni estatal, que permita a un dron llevar a una sola persona, si bien se están desarrollando drones que puedan llevar a dos personas, para que sea una realidad en los próximos años[93]. Donde existe una reglamentación más avanzada es en lo relativo a los drones que pueden llevar mercancías, si bien se trataría de paquetes, comida o medicamentos y en Estados Unidos[94]. Aunque en la nueva reglamentación europea ya se contempla la posibilidad de que los drones transporten personas o cosas, todavía no se ha desarrollado la regulación al respecto[95]. Por lo tanto, de momento, no es posible que, sobre las células de los drones, pueda constituirse una garantía internacional, en virtud del "Sistema de Ciudad del Cabo". Habrá que estar atentos a los avances tecnológicos que se vayan produciendo en los próximos años, que pueda hacer posible la aplicación de dicho instrumento internacional a las células de los drones.

En cuanto a los motores que están dentro del ámbito de aplicación del Convenio también se establece un tamaño mínimo[96]. Los motores se tratan de forma separada como objeto aeronáutico porque en la práctica los fabricantes de motores son distintos que los fabricantes de las células,

otorga certificado de tipo para el transporte de: i) Al menos (8) personas, incluyendo a la tripulación, o ii) mercancías que pesan más de 2.750 kilogramos, junto con todos los accesorios, piezas y equipos (salvo motores de aeronaves) instalados, incorporados o fijados, y todos los datos, manuales y registros relacionados con las mismas".

[93] De todos los prototipos existentes de vehículos autónomos sólo un modelo de un fabricante chino, el Ehang–184, destinado para transportar una persona de forma autónoma, se ha probado con éxito en Dubai, para que empiece operar en el año 2030. *Vid*. J.–A. Pascual, "EHang 184, el dron taxi volador autónomo y eléctrico que ya transporta pasajeros", *Computerhoy.com*, 4 marzo 2019, disponible en línea en [<https://computerhoy.com/noticias/motor/ehang–184–dron–taxi–autonomo–electrico–ya–transporta–pasajeros–383533>] (consultado el 27 de noviembre de 2019).

[94] En este sentido, Amazon, DHL o Google, tienen drones preparados desde hace años para realizar entregas de paquetes (R.–G. Olsen, "Paperweights: FAA Regulation and the Banishment of Commercial Drones", *Berkeley Technology L. J.*, vol. 32, nº 2, 2018, p. 651).

[95] *Vid.* B. Custers, "Flying to New Destinations: The Future of Drones", en *The Future of Drone Use: Opportunities and Threats from Ethical and Legal Perspectives*, Springer, The Netherlands, 2016, pp. 384–385. Este autor señala que será necesario que se desarrollen infraestructuras para el transporte aéreo, de la misma manera que ha sido necesario construir carreteras, para la circulación de vehículos terrestres en condiciones de seguridad.

[96] El art. I.2º.b) del Protocolo señala que con el término "motores de aeronaves" designa: "motores de aeronaves (salvo las utilizadas por los servicios militares, de aduanas o de policía) de reacción, de turbina o de émbolo que: i) En el caso de motores de reacción, tienen por lo menos 1.750 libras de empuje o su equivalente, y ii) en el caso de motores de turbina o de émbolo, tienen una potencia nominal de despegue en el eje de por lo menos 550 caballos de fuerza o su equivalente, junto con todos los módulos y otros accesorios, piezas y equipos instalados, incorporados o fijados, y todos los datos, manuales y registros relacionados con los mismos".

puesto que son elementos dispares y separables de una aeronave, para cuya fabricación la especialización de uno y otro objeto aeronáutico ha de ser y es diferente[97]. Pues bien, los motores de los drones tampoco podrían ser objeto de una garantía internacional, puesto que la fuerza de empuje de los mismos de momento es mucho menor que la señalada por el "Sistema de Ciudad del Cabo", dado que los pesos de los drones en la actualidad son mucho menores que los de las aeronaves tripuladas.

En definitiva, como los bienes que se quieren proteger con la constitución de las garantías internacionales, han de ser de un valor lo suficientemente elevado como para que se justifique la realización de la garantía; de momento no parece que el "Sistema de Ciudad del Cabo" pueda ser de aplicación a las células o los motores de los drones. Si bien, en los próximos años, habrá que observar si el desarrollo de drones de un mayor tamaño para transportar al menos 8 personas o grandes cantidades de mercancías hacen posible que sean susceptibles de protección bajo el paraguas del sistema de garantías del Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo aeronáutico.

Si esto fuera posible, es decir, si se pudiera constituir una garantía internacional sobre determinados drones, se tendrá que valorar la interferencia del Protocolo MAC (Protocolo de Pretoria sobre garantías internacionales en equipo minero, agrícola y de construcción) –cuando entre en vigor claro está–, con el Protocolo aeronáutico, puesto que muchos drones utilizados en la agricultura podrían entrar del ámbito de aplicación del Protocolo MAC[98]. En este sentido, en el Protocolo MAC se ha optado que para evitar la coincidencia de ámbitos de aplicación, este no se aplicará a objetos que a los efectos de los respectivos Protocolos sean "objetos aeronáuticos", "material rodante ferroviario", o "bienes de equipo espacial" –sobre estos últimos objetos existen sendos Protocolos–[99].

---

[97] Si bien es necesario que para la obtención del certificado de tipo y poder volar es necesario que se monten los motores en la célula, en definitiva que formen juntos la aeronave.

[98] Los UAS se ha expandido rápidamente en los Estados miembros, en Estados Unidos y en todo el mundo en áreas tales como: seguridad pública, precisión agrícola, supervisión e inspección de infraestructuras, control de recursos naturales, responsabilidad con el medio ambiente, investigación atmosférica, medios de comunicación y entretenimiento, fotos deportivas, filmación, investigación y protección de la fauna o desastres del relieve. *Vid.*, A. Vacca y H. Onishi, "Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required", *Transportation Research Procedia*, 2017, p. 53.

[99] Art. II.4 Protocolo MAC. La Conferencia Diplomática para la adopción del cuarto Protocolo del Convenio de Ciudad del Cabo (Protocolo MAC o Protocolo de Pretoria) se celebró en Pretoria (Sudáfrica) los días 11 a 22 de noviembre de 2019. *Vid*. T. Rodríguez de las Heras Ballell, "El nuevo protocolo de Pretoria sobre garantías internacionales en equipo minero, agrícola y de construcción: la fuerza expansiva del Convenio de Ciudad de Cabo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, octubre 2020, pp. 681–682.

V. CONCLUSIONES

Una vez analizados todos los registros en relación a las aeronaves, tanto tripuladas como no tripuladas, uno de los problemas que se plantean es que en el Registro Internacional se inscriben garantías en relación con objetos aeronáuticos, mientras que cuando se trata de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles y en el de Matrícula, se está haciendo referencia al registro de las aeronaves, con los motores instalados. Lo cual no quiere decir que en el Registro de Bienes Muebles no se puedan inscribir los derechos de manera separada sobre los motores. Sin embargo, no se pueden inscribir en el Registro de Matrícula, pues los motores no gozan de matrícula, tal y como señala el Convenio de Chicago de 1944.

Además, esto implicaría que, por un lado, en el Registro de Bienes Muebles se seguirán registrando las cargas y titularidades de la aeronave completa, siempre que se cumplan los requisitos para su inscripción de conformidad con la ley española; mientras que, por otro lado, las garantías internacionales inscritas por el interesado –una vez concedido el código de acceso por parte del Registro de Bienes Muebles– tendrán que ser dos, una para los motores y otro para la célula, y los requisitos para la concesión del código serán los establecidos en un sencillo formulario, es decir, no se deben cumplir los requisitos más estrictos que establece la ley española para la inscripción de los derechos sobre la aeronave en el Registro de Bienes Muebles. Esto es posible porque la garantía internacional subsiste con los efectos propios del Convenio y su Protocolo aeronáutico.

De hecho, es posible que una vez otorgado el código alfanumérico por parte del Registro de Bienes Muebles, el interesado no proceda a la inscripción de la garantía internacional en el Registro Internacional. Por ello, en relación a los sencillos formularios presentados por el interesado solicitando el código de acceso para la inscripción de la garantía internacional, se está realizando una "anotación preventiva de garantía internacional", que se convertiría en definitiva con efecto retroactivo en caso de que finalmente se adquiera el derecho anotado conforme a la Ley española. Pues se podía dar el caso de que, si se solicitaba una certificación de cargas en relación a una aeronave y en los libros registrales no aparecía ninguna, el registrador tendría que certificar la libertad de cargas de dicha aeronave, aún, cuando hubiera autorizado un código de acceso al Registro Internacional. Además, las garantías internacionales sobre los motores pueden ser inscritas por el interesado, una vez que ha obtenido el código alfanumérico solicitado al Registro de Bienes Muebles, como se ha señalado,

o bien directamente a través de la página web del Registro internacional, cuya dirección es *https://www.internationalregistry.aero/ir–web/*.

Por lo que respecta a las aeronaves no tripuladas (drones) el sistema de doble registro con el que cuenta España, que son el Registro de Bienes Muebles y el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles, tampoco facilita el seguimiento de la vida jurídica de los drones. Así en muchos países existe un único registro donde se inscribe la matrícula de la aeronave, así como los derechos y gravámenes, este es el sistema predominante en Iberoamérica, en países como Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Méjico, Paraguay, Uruguay o Venezuela, aunque también lo han adoptado algunos países de Europa como Francia, Italia, Portugal o Suecia. No obstante, este no es el caso de España, como ya se ha señalado en reiteradas ocasiones, que cuando se trata de drones, están obligados a estar registrados en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles aquellos de un peso superior a 25 kg; mientras que, en el Registro de Bienes Muebles, se pueden inscribir las titularidades y gravámenes que existan sobre los drones, siempre que se cumplan los requisitos para su inscripción, como cualquier bien mueble.

Todo ello, sin olvidar que tendrán que estar en coordinación con el registro de operadores de drones, que la nueva regulación europea de drones ha establecido para determinadas categorías de drones, los de menor tamaño; cuyo mercado ha crecido mucho en los últimos años, y se espera que lo haga aún más en los próximos años.

Por último, de momento no parece que el "Sistema de Ciudad del Cabo" pueda ser de aplicación a las células o los motores de los drones, como consecuencia del menor valor económico que representan los drones en relación con las aeronaves tripuladas. Aunque los avances tecnológicos para que sea posible el transporte de mercancías y de personas mediante drones, podrá llevar en un futuro no muy lejano a que sea de aplicación el "Sistema de Ciudad del Cabo" a los drones, siempre que se cumplan los requisitos de capacidad de carga o pasaje exigidos en el Convenio.

BIBLIOGRAFÍA

Castellanos Ruiz, M.–J.: *Compraventa internacional de grandes aeronaves civiles*, Madrid, Dykinson, 2017.

Castellanos Ruiz, M.–J.: "El Registro Internacional: Implementación en España del Convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales y su Protocolo aeronáutico", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, marzo 2017, pp. 49–81.

Castellanos Ruiz, M.–J.: "Comentarios a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2016, sobre la inscripción en el Registro

de Bienes Muebles de Madrid de varios contratos de arrendamiento financiero sobre aeronaves", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, septiembre 2017, pp. 650–665.

Castellanos Ruiz, M.–J.: "Hacia un mercado común de los drones: Reglamento Delegado (UE) 2019/945 y Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947", en E. Ortega Burgos (dir.), *Anuario de nuevas tecnologías 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 125–150.

Custers, B.: "Flying to New Destinations: The Future of Drones", en *The Future of Drone Use*: *Opportunities and Threats from Ethical and Legal Perspectives*, The Netherlands, Springer, 2016, pp. 371–386.

Gómez Gálligo, F.–J. e Heredia Cervantes, I.: "El convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 731, mayo 2012, pp. 3269–3282.

Goode, R.: *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Roma Unidroit, 2008.

Heredia Cervantes, I.: "Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo", *La Ley: mercantil*, nº 21, 1 enero 2016, pp. 1–25.

Morillas Jarillo, M.–J.: "La aeronave como cosa compuesta. La singularidad del régimen de los motores", en F. Martínez Sanz/ M.–V. Petit Lavall (coords.), *Estudios de Derecho aéreo: Aeronave y liberalización*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 91–108.

Olsen, R.–G.: "Paperweights: FAA Regulation and the Banishment of Commercial Drones", *Berkeley Technology L.J.*, vol. 32, nº 2, 2018, pp. 621–652.

Parada Vázquez, J.–D.: *Derecho Aeronáutico*, Madrid, Industria Gráfica MAE, S.L., 2000.

Poulain, B.: "L'impact economique du Droit Privé International sur le financement des aeronefs civils. La Convention UNIDROIT du 16 novembre 2001", *Revue Française de Droit Aérien et Spatial*, vol. 238, nº 2, abril–junio, 2006, pp. 105–127.

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.: "El nuevo protocolo de Pretoria sobre garantías internacionales en equipo minero, agrícola y de construcción: la fuerza expansiva del Convenio de Ciudad de Cabo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, octubre 2020, pp. 660–705.

Vacca, A. y Onishi, H.: "Drones: military weapons, surveillance or mapping tools for environmental monitoring? The need for legal framework is required", *Transportation Research Procedia*, 2017, pp. 51–62.

Wool, J. y Clark, L.: "Entry into force of transactional private law treaties affecting aviation: case estudy proposed Unidroit/ICAO Convention as applied to aircraft equipment", *Journal of Air Law and Commerce*, fall 2001, pp. 1403–1420.

Unión Europea

Recibido: 27 julio 2021
Aceptado: 7 octubre 2021

Orden público europeo en Derecho de familia

Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO*

SUMARIO: I. Introducción. II. Asunto Coman. 1. Hechos del caso. 2. Respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: A) Libre circulación de personas (art. 21 TFUE); B) Concepto de cónyuge en la Directiva 2004/38; C) Orden público internacional atenuado. III. Asuntos *Mennesson* y *Labassee*. 1. Hechos del caso. 2. Respuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A) Derecho al respecto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH); B) Injerencia de la autoridad pública. C) Posible justificación de la injerencia. IV. Otros asuntos. V. Definición y contenido del orden público europeo en Derecho de familia. VI. Consecuencias de la aplicación del orden público europeo. 1. Situaciones intraeuropeas. 2. Situaciones extraeuropeas. VII. Conclusiones.

RESUMEN: Recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos invitan a pensar en la existencia de un orden público europeo en Derecho de familia, común a todos los países de la Unión. Los principios y derechos reconocidos en el TFUE, en el CEDH y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE conformarían, aunque no de forma exclusiva, el contenido de este orden público europeo. Los pronunciamientos judiciales están poniendo de manifiesto la contradicción que existe, en ocasiones, entre el orden público europeo y el orden público internacional nacional de los Estados miembros. Esta incompatibilidad necesita ser resuelta para permitir la convivencia, en el mismo ordenamiento, de los principios que forman parte de cada uno de ellos. Las vías de solución de esta situación son dos: el reconocimiento de la situación creada en el extranjero y el orden público internacional atenuado. Si bien es importante aportar respuestas en este sentido, es más relevante poner el foco en la propia situación de contradicción existente y preguntarnos cómo una institución creada en un Estado miembro puede atentar contra el orden público de otro país de la Unión, cuando todos los Estados miembros cuentan en sus ordenamientos con los mismos principios europeos que constituyen el orden público europeo, principios que, además, deben ser respetados y observados por las legislaciones de producción nacional.

PALABRAS CLAVE: ORDEN PÚBLICO EUROPEO – ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL – MATRIMONIOS DE PERSONAS DEL MISMO SEXO – LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS, GESTACIÓN SUBROGADA – DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR – CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ATENUADO, RECONOCIMIENTO MUTUO.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

AEDIPr, t. XXI,2021, pp. 305–326
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.12

ABSTRACT: Recent judgments by the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights suggest the existence of a European public order in family law, common to all the countries of the Union. The principles and rights recognized in the TFEU, in the ECHR and in the Charter of Fundamental Rights of the EU would make up, although not exclusively, the content of this European public order. Judicial pronouncements are highlighting the contradiction that sometimes exists between the European public order and the international public order of the member states. This incompatibility needs to be resolved in order to allow the principles that form part of each of them to coexist in the same legal system. There are two ways of solving this situation: recognition of the situation created abroad or attenuated international public policy. Although it is important to provide answers in this sense, it is more important to focus on the contradictory situation itself and ask how an institution created in one Member State can violate the public order of another country of the Union, when all the Member States have the same European principles in their legal systems that constitute the European public order, principles that, moreover, must be respected and observed by national legislation.

KEYWORDS: EUROPEAN PUBLIC POLICY – ORDER PUBLIC – SAME–SEX MARRIAGES – FREE MOVEMENT OF PERSONS – SURROGACY – RIGHT TO PRIVATE AND FAMILY LIFE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS ATTENUATED INTERNATIONAL PUBLIC ORDER – MUTUAL RECOGNITION

I. INTRODUCCIÓN

Recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)permiten pensar en la existencia de un orden público europeo en Derecho de familia. Se trata de asuntos como el caso *Coman*, en materia de matrimonio de personas del mismo sexo, o los casos *Mennesson* y *Labassee,* sobre gestación subrogada; el primero, del TJUE y, los segundos, del TEDH[1].

En estas sentencias, ambos tribunales posicionan derechos y libertades europeas por encima de la legislación de producción nacional del Estado del foro. Cuestión ésta que, así expresada, no debería sorprender debido a que la normativa que emana de las instituciones europeas debe ser respetada por todos los Estados miembros de la Unión. Sin embargo, estos pronunciamientos ponen en evidencia la existencia de legislaciones de producción interna que pueden contradecir los principios europeos y, con ello, la difícil convivencia entre ambos conjuntos normativos, el de origen europeo y el de producción interna, en el mismo ordenamiento nacional.

Los Estados en los que nos vamos a centrar, en relación con los que se ha puesto de manifiesto esta contradicción, son los países de la Unión Europea. Y las materias sobre las que se han pronunciado los tribunales mencionados, fundamentalmente, pertenecen al Derecho de familia, sector del

[1] STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C–673/16, ECLI:EU:C:2018:385; STEDH 26 junio 2014, *Mennesson,* nº 65192/11; STEDH 26 junio 2014, *Labassee,* nº 65941/11.

ordenamiento especialmente sensible desde todos los puntos de vista, social, religioso, político, etc., y con contenido que puede ser sustancialmente diferente en los distintos Estados miembros. Todo ello hace que los órganos judiciales tengan que actuar haciendo encaje de bolillos para hacer convivir ambas realidades contrapuestas en el mismo ordenamiento.

En el presente trabajo vamos a estudiar las resoluciones judiciales y, a través de ellas, vamos a intentar identificar los principios que formarían parte del orden público europeo en Derecho de familia. También, en segundo lugar, analizaremos la respuesta que han dado los tribunales europeos a las cuestiones planteadas y cómo han resuelto esa situación de incompatibilidad entre el Derecho de producción nacional y los principios de origen europeo.

II. ASUNTO *COMAN*

1. Hechos del caso

Los hechos hacen referencia a un matrimonio de personas del mismo sexo que quiere establecerse en Rumanía[2]. Uno de los cónyuges es el Sr. Coman, de nacionalidad rumana –también tiene la nacionalidad norteamericana– y el otro es el Sr. Hamilton, nacional americano. Ambos contrajeron matrimonio en Bruselas en el año 2010. En 2012 la pareja se dirigió a la Inspección General de Inmigración de Rumanía para conocer los trámites a seguir para que el Sr. Hamilton pudiera obtener el permiso de residencia por más de tres meses en este país. Este Organismo denegó la solicitud planteada por el matrimonio alegando que el Sr. Hamilton no era cónyuge del Sr. Coman y que, por ello, no podía beneficiarse de este derecho a prorrogar su estancia en Rumanía más allá de los tres meses.

Frente a esta decisión de la Inspección General, el matrimonio interpuso un recurso ante el Juzgado de Primera Instancia de Bucarest, alegando discriminación por razón de orientación sexual en el ejercicio del derecho europeo a la libre circulación de las personas.

En el marco del litigio, los Srs. Coman y Hamilton también alegaron inconstitucionalidad de los arts. 277.2º y 277.4º del Código Civil rumano por

[2] *Vid.,* entre otros, J. Rodríguez Rodrigo, "Reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en un Estado miembro de la UE. Comentario a la STJUE 5 junio 2018, *Coman*", *Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del IV Encuentro anual del Centro español del European Law Institute,* Sepin, marzo 2021, 11 pp.

vulnerar los derechos a la vida privada y familiar y a la intimidad, recogidos en la Constitución de Rumanía, así como el principio de igualdad. Los preceptos mencionados del Código Civil rumano regulan el no reconocimiento en este país de los matrimonios celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo.

En este escenario, el Juzgado de Primera Instancia sometió el asunto al Tribunal Constitucional de Rumanía. Es este último órgano judicial el que plantea las cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de determinados preceptos de la Directiva 2004/38, que contesta el Tribunal Justicia de la Unión Europea[3].

La Directiva 2004/38, 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, reconoce en su art. 3 este derecho a los nacionales europeos que quieran residir en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, y a los miembros de sus familias. La norma entiende por *miembros de sus familias*, entre otros, a los cónyuges de aquellos, según consta en el art. 2.2º.a). El precepto 7, por su parte, regula el derecho de residencia por un período superior a 3 meses e indica, en el ap. 2, que también gozan de este derecho los nacionales de terceros Estados que acompañen a un nacional europeo, cuando éste tenga recursos económicos suficientes, para él y su familia, y no supongan una carga para el Estado de acogida.

2. Respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A) Libre circulación de personas (art. 21 TFUE)

El Tribunal europeo, una vez determinado que la Directiva de libre circulación y residencia no es aplicable en el caso, y pese a no ser preguntado por ello, explica cómo podría el Sr. Hamilton residir de manera legal en Rumanía junto a su cónyuge, el Sr. Coman.

Según jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el art. 21 del TFUE exige permitir que un ciudadano de la Unión, que ha salido de su país de

[3] Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 abril 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 por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, DO L 158, de 30.4.2004. *Vid.,* entre otros, M.M. Martín Martínez, "Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una revaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE", *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* nº 49, septiembre–diciembre 2014, pp. 767–804.

nacionalidad y ha residido en régimen de convivencia en otro Estado miembro, si ahora quiere regresar a su país de origen, lo pueda hacer con su pareja, siendo ésta, en este caso, ciudadano de un tercer Estado no europeo[4]. En efecto, la libre circulación de personas debe implicar que un ciudadano europeo que la ha ejercido y se encuentra residiendo en otro Estado miembro con su pareja, pueda regresar a su país de origen manteniendo el *status quo* que tenía en el Estado de residencia, esto es, que pueda volver a su país de origen con su familia.

Esta interpretación es coherente con el compromiso asumido por los Estados miembros con el proyecto europeo en el sentido de no obstaculizar el ejercicio de las libertades europeas. Efectivamente, una interpretación contraria a esta supondría una limitación de la libre circulación de personas, ya que, cualquier nacional europeo se podría sentir disuadido de salir de su país de origen si supiera que no podría volver a ese Estado con la pareja con la que ha desarrollado o consolidado una convivencia en el Estado miembro de residencia[5].

Por esta razón, reitera el Tribunal de Justicia su jurisprudencia pasada y reconoce que el Sr. Hamilton debería tener el derecho de residencia derivado en Rumanía. Sin embargo, para que dicho derecho sea efectivo, el órgano judicial europeo remite a la Directiva 2004/38. En efecto, el Tribunal de Justicia estipula que los requisitos en estas situaciones no pueden ser más exigentes que

[4] STJUE 14 de noviembre de 2017, C–165/16: *Toufik Lounes c. Secretary of State for the Home Department,* . El ap. 46 de esta sentencia establece que: "En efecto, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en determinados casos, los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que no podían disfrutar, en virtud de las disposiciones de la Directiva 2004/38, de un derecho de residencia derivado en el Estado miembro del que ese ciudadano era nacional, podían no obstante disponer de tal derecho sobre la base del art. 21 TFUE, ap. 1 (*vid.*, en este sentido, SS 12 de marzo de 2014, C–456/12: *O. y B.*, EU:C:2014:135, aps. 44 a 50, y de 10 de mayo de 2017, C–133/15: *Chávez–Vílchez y otros*, , EU:C:2017:354, ap. 54)".

[5] STJUE 12 de marzo 2014, C–456/12: *O. c. B.,*. El ap. 54 de esta sentencia indica que "Ahora bien, cuando, con ocasión de una residencia efectiva del ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida, en virtud de, y con observancia de, los requisitos establecidos en el art. 7, aps. 1 y 2, de la Directiva 2004/38, se desarrolla o se consolida una convivencia familiar en este último Estado miembro, el efecto útil de los derechos que el art. 21 TFUE, ap. 1, confiere al ciudadano de la Unión de que se trate exige que la convivencia familiar que este ciudadano ha mantenido en el Estado miembro de acogida pueda continuar a su regreso al Estado miembro del que es nacional, a través de la concesión de un derecho de residencia derivado al miembro de la familia en cuestión, nacional de un tercer Estado. En efecto, la inexistencia de tal derecho de residencia derivado podría disuadir al ciudadano de la Unión de salir del Estado miembro del que es nacional para ejercer su derecho de residencia, en virtud del art. 21 TFUE, ap. 1, en el territorio de otro Estado miembro, ante la incertidumbre de si podrá continuar, en su Estado miembro de origen, una convivencia familiar con sus parientes próximos desarrollada o consolidada en el Estado miembro de acogida (*vid.*, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Eind*, aps. 35 y 36, e *Iida*, ap. 70)".

los recogidos en la Directiva. Esta norma es aplicada por analogía en este escenario. Por lo tanto, el Tribunal procede en este punto a comprobar si el Sr. Hamilton reúne las condiciones determinadas por la Directiva para poder ser beneficiario del derecho de residencia derivado (ap. 25).

B) Concepto de cónyuge en la Directiva 2004/38

El Tribunal de Justicia entiende que el Sr. Coman ha desarrollado o consolidado una convivencia familiar en Bruselas con el Sr. Hamilton (ap. 26). Asumiendo esta premisa, el órgano judicial europeo explica en la sentencia que el Sr. Hamilton debe ser considerado cónyuge del Sr. Coman en Rumanía y, por tanto, cumpliría los requisitos de la Directiva 2004/38 para obtener el permiso de residencia en este país por un período superior a tres meses. Procedemos a exponer la argumentación del Tribunal en este sentido. Retomamos en este punto lo dicho por la Directiva al respecto. El art. 7.2º permite que los nacionales de terceros Estados puedan beneficiarse de este derecho de residencia durante más de tres meses cuando sean miembros de la familia de un ciudadano europeo. El art. 2.2º.a), por su parte, considera miembro de la familia al cónyuge. Habrá que determinar si el Sr. Coman y el Sr. Hamilton, legalmente casados en Bélgica, se consideran matrimonio en Rumanía y si, por tanto, el Sr. Hamilton será cónyuge y podrá tener el derecho de residencia derivado en Rumanía.

En el marco de la Directiva 2004/38, según indica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, "miembros de la familia" debe ser interpretado de manera amplia para que no pierda su efecto útil la norma[6]. Esto, unido al hecho de que la Directiva debe ser, necesariamente, neutral en cuanto al género, lleva al Tribunal europeo a incluir, dentro del concepto de cónyuge, al que lo es por un matrimonio de personas del mismo sexo (ap. 35)[7]. Por todo

[6] STJUE25 de julio de 2008, C–127/08: *Blaise Beheten Metock y otros c. Minister for Justice, Equality and Law Reform***,** ap. 93.

[7] Sin embargo, cuando se elaboró la Propuesta de Directiva, el Parlamento Europeo propuso añadir al concepto de cónyuge la siguiente expresión: "independientemente de su sexo, conforme a la correspondiente legislación nacional" (Enmienda 14, adoptada el 23 de enero de 2003, PE 319.238, Documento de sesión A5–0009/2003 [<http://www.europarl. europa. eu/sides/getDoc.do?pubRef=–//EP//TEXT+REPORT+A5–2003–0009+0+ DOC+XML +V0 // ES–>]). La Comisión rechazó esta propuesta y optó, por tanto, por considerar "cónyuge" sólo a la persona de distinto sexo, eso sí, dejó abiertas las puertas a que, en el futuro, según la evolución del Derecho de familia en Europa, se pudiera cambiar esta concepción (Comisión de las Comunidades Europeas, "Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros", COM (2003) 199 Final, Bruselas, 15 de abril de 2003 – [<https://eur–lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri= COM:2003:0199:FIN:EN:PDF–>]). *Vid.,* en este sentido, M. Soto Moya, "La libre circulación en

lo anterior, el Tribunal de Justicia finalmente considera que el Sr. Hamilton es cónyuge del Sr. Coman, en el marco de la Directiva 2004/38, a los efectos de que pueda tener el derecho de residencia derivado en Rumanía.

C) Orden público internacional atenuado

Ahora bien, Rumanía todavía tendría una última posibilidad para denegar el permiso de residencia al Sr. Hamilton, cual es, el orden público internacional estatal. Por todos es conocido que, del mismo modo que hemos afirmado que los Estados miembros están obligados a no obstaculizar el ejercicio de las libertades europeas, también pueden oponerse a este ejercicio cuando razones de interés general así lo justifiquen. El Tribunal de Justicia también analiza esas posibles razones que pudieran llevar a Rumanía a negar, de manera justificada, la residencia del Sr. Hamilton en este país.

Es importante señalar que la excepción de orden público es eso, una excepción, por lo tanto, debe ser interpretada de manera estricta para que concurra en el menor número de casos posibles[8]. Además, para que pueda operar, reconocer este matrimonio de personas del mismo sexo en Rumanía debería suponer una *amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad* (ap. 44). Con estos datos, en nuestro caso, el reconocimiento de este matrimonio de personas del mismo sexo en Rumanía, sólo a los efectos de los derechos derivados de ello, no puede suponer un atentado contra el orden público internacional de ese país.

Es más, tal como indica el Tribunal, los Estados miembros pueden restringir el ejercicio de las libertades europeas, como ya hemos comentado, pero dicha restricción debe ser conforme con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[9]. A este respecto, la Carta reconoce como fundamental el derecho a la vida privada y familiar (art. 7). Este derecho también se encuentra protegido por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 8)[10]. El art. 52.3º de la Carta, en estos supuestos de derechos reconocidos en ambos textos supranacionales, remite al CEDH para conocer la

la Unión Europea de matrimonios del mismo sexo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* nº 43, 2012, pp. 807–847.

[8] A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 782.

[9] DO C303 14.12.2007.

[10] Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales nos. 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE 10.10.1979.

interpretación y el alcance de ellos. Pues bien, el TEDH mantiene una jurisprudencia consolidada en el sentido de entender que una pareja del mismo sexo goza de este derecho a la vida privada y a la vida familiar del art. 8 del Convenio, igual que una pareja de personas de distinto sexo[11].

Con todo lo expuesto, el TJUE concluye que el Sr. Hamilton tiene derecho a obtener el permiso de residencia en Rumanía, por un período superior a 3 meses, porque debe ser considerado esposo del Sr. Coman, a estos efectos; sin atentar, con ello, contra el orden público internacional del Estado de acogida.

Lo que el Tribunal europeo utiliza, sin decirlo, para determinar que Rumanía debe reconocer el derecho de residencia derivado al Sr. Hamilton, es el orden público internacional atenuado. En efecto, la conclusión del Tribunal en este caso es exigir a este Estado europeo que, aunque no considere válido el matrimonio de personas del mismo sexo, sí reconozca uno de los efectos que puede desplegar. Esto es, lo que establece el órgano judicial europeo es que Rumanía puede no considerar que el Sr. Coman y el Sr. Hamilton forman un matrimonio, pero sí tiene que actuar como si el Sr. Hamilton fuera cónyuge del Sr. Coman para permitirle residir en su país por un período superior a tres meses. Dicho de otra manera, Rumanía puede alegar orden público internacional frente al matrimonio de personas del mismo sexo y no reconocerlo en su ordenamiento, pero no puede alegar esta excepción para no conceder el permiso de residencia por un período superior a tres meses al Sr. Hamilton por ser cónyuge de un nacional europeo.

El orden público internacional atenuado supone no considerar válida la institución en cuestión y, al mismo tiempo, permitir reconocer determinados efectos periféricos a la misma. Este mecanismo permite hacer valer en el Estado en cuestión algunos efectos jurídicos derivados de la institución, los menos dañinos para la sociedad, e impide que se reconozcan aquellos otros más perjudiciales para la cohesión de la organización de aquella[12]. De esta manera, en relación con este caso de matrimonios de personas del mismo sexo, alegando orden público internacional atenuado, Rumanía no reconocería la unión conyugal y todos sus efectos nucleares. En Rumanía, por tanto, la pareja no sería considerada matrimonio y, por ello, no podría divorciarse en este país –tampoco se reconocería el divorcio que se hubiera declarado fuera de Rumanía–. Sin embargo, los efectos

[11] STEDH 7 noviembre 2013, *Vallianatos y otros c. Grecia*, nos. 29381/09 y 32684/09, ap. 73; STEDH 14 diciembre 2017, *Orlandi y otros c. Italia,* nos. 26431/12; 26742/12; 44057/ 12 y 60088/12, ap. 143.

[12] A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho …*, *op. cit.,* pp. 783–786. *Vid.,* también, en este sentido, M.J. Cervilla Garzón, "Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el sistema español de Seguridad Social", *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 235–266.

periféricos, uno de los cuales sería la reagrupación familiar, sí deberían reconocerse. En esta situación nos movemos en el terreno de la contradicción puesto que, por un lado, aceptamos la vulneración del orden público internacional de Rumanía y, por ello, en este país el Sr. Coman y el Sr. Hamilton no son un matrimonio y, por otro, exigimos a Rumanía que reconozca al Sr. Hamilton como cónyuge del ciudadano europeo a los efectos de que el Sr. Coman pueda reagruparlo con él en Rumanía.

Si bien el orden público internacional atenuado supone cierta inseguridad para los operadores jurídicos, lo cierto es que es el mecanismo que permite respetar los dos intereses en juego en este caso, esto es, la libre circulación de personas –que forma parte del orden público europeo– y el respecto a la concepción de matrimonio del Derecho civil rumano –considerada orden público internacional estatal–. Así es, por un lado tenemos la libre circulación de personas, que se vería dañada si se alegara el orden público internacional estatal para no reconocer el matrimonio de personas del mismo sexo. Y, por otro lado, tenemos la prescripción del Código Civil de Rumanía de no reconocer matrimonios del mismo sexo celebrados fuera de este país, que se vería vulnerada si no se pudiera alegar orden público internacional estatal frente al reconocimiento de esos matrimonios en este país. Entre los dos extremos planteados existe una solución intermedia, la constituida por el orden público internacional atenuado. De esta manera, alegando esta excepción no se obstaculizaría la libre circulación de las personas y, al mismo tiempo, no se actuaría en contra del orden público internacional del Estado de acogida.

III. ASUNTOS *MENNESSON* Y *LABASSEE*

1. Hechos del caso

Los casos *Mennesson* y *Labassee* han tenido como objeto la gestación subrogada y han sido resueltos por el TEDH de forma conjunta[13]. En ambos supuestos, una pareja francesa, ante la imposibilidad de tener hijos por la infertilidad de la esposa, contratan a una mujer en Estados Unidos para que geste los embriones fruto de la fecundación *in vitro* del óvulo de una donante con los gametos del marido. En Estados Unidos, en concreto, en California –caso *Mennesson*– y en Minnesota –caso *Labassee*–, este tipo de contratos es

[13] *Vid.,* entre otros, A. Hernández Rodríguez, "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?", *CDT*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 147–174; S. Álvarez González, "Gestación por sustitución y orden público*", InDret,* 2/2017, pp. 166–200.

válido y el bebé nacido de la madre gestante es hijo de los padres comitentes. En Francia, en cambio, el contrato es nulo y las disposiciones de Código civil que así lo consideran son de orden público (art. 16–7 y 16–9 Código Civil).

En ambos casos, los asuntos llegan a la Fiscalía del Tribunal de Gran Instancia de Nantes, en cuya sede se rechaza el reconocimiento de la filiación declarada a favor de los padres comitentes en ambos Estados americanos.

2. Respuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A) Derecho al respecto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)

Según el art. 8 del CEDH,

> "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia;
>
> 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

El THEDH afirma la injerencia de la autoridad pública en los casos mencionados y analiza su posible justificación por las razones recogidas en el artículo.

B) Injerencia de la autoridad pública

El órgano judicial no tiene ninguna duda de que la autoridad francesa ha llevado a cabo una injerencia en el derecho al respecto a la vida privada y familiar en ambos casos (ap. 49 asunto *Mennesson* y apartado 50 asunto *Labassee*). Para confirmar su decisión se apoya en otros asuntos resueltos por él, como el caso *Wagner* o el *Negrepontis–Giannisis*[14]. En los dos, se establece la necesidad del reconocimiento, en Luxemburgo y Grecia, respectivamente, de una adopción constituida por autoridad extranjera, en supuestos de hecho respecto de los cuales, la adopción en concreto, si se hubiera solicitado ante autoridades nacionales, no se habría conseguido por impedirlo la legislación del país. En ambos casos, el TEDH hace prevalecer el derecho al

[14] STEDH 8 junio 2007, *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo,* nº 76240/01; STEDH 5 diciembre 2013, *Negrepontis–Giannisis c. Grecia*, nº 56759/08.

respecto de la vida privada y familiar –orden público europeo– frente a la concepción nacional de adopción –orden público internacional estatal–.

C) Posible justificación de la injerencia.

En ambos casos se constata que la injerencia de la autoridad pública se encuentra prevista por la ley. En el caso *Mennesson*, el TEDH así lo confirma indicando que los padres de intención no podrían haber ignorado el riesgo serio, al menos, de que el juez francés no reconociese el vínculo de filiación (ap. 58). En el asunto *Labassee* son las propias partes las que no niegan que la injerencia se encuentra prevista por la ley (ap. 52).

Igualmente, en los dos, la Corte admite que el Gobierno pueda considerar que la medida –el rechazo del reconocimiento de la filiación– se haya adoptado para proteger dos de los objetivos recogidos en el art. 8 CEDH, cuales son, la salud y los derechos y libertades de los demás (ap. 62 caso *Mennesson* y ap. 54 caso *Labassee*). Sin embargo, si bien el Tribunal Europeo concluye que no hay violación del art. 8 en relación con la vida familiar de los padres comitentes, entiende que sí la hay respecto de la vida privada de los niños nacidos de la gestación subrogada (ap. 102 caso *Mennesson* y ap. 81 caso *Labassee*). En este sentido, el derecho a la vida privada implica que toda persona pueda establecer su propia identidad y, para ello, en estos casos, es fundamental el reconocimiento de los efectos de la relación paterno–filial establecida en el extranjero (ap. 96 caso *Mennesson* y ap. 75 caso *Labassee*); reconocimiento que no realizan las autoridades francesas en los casos analizados. En el asunto *Mennesson*, además, se alega la vulneración, entre otros, del art. 14 del CEDH –precepto dedicado a la prohibición de la discriminación– respecto de

> "*… aux autres enfants issus d'une assistance médicale à la procréation impliquant un don d'ovocyte et dont le père biologique est connu, et, d'autre part, aux enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui dont l'acte de naissance a été transcrit par l'officier d'état civil*" (ap. 103).

La Corte, por su parte, considera que, una vez afirmada la violación del art. 8 CEDH en relación con los hijos, no es necesario estudiar la posible vulneración del art. 14 respecto de ellos (ap. 108).

El 10 de abril de 2019, el TEDH emitió un Dictamen en respuesta a la cuestión planteada por la Corte de Casación francesa relativa al reconocimiento del vínculo de filiación a favor de la madre comitente en el

asunto *Mennesson*[15]. En este sentido, el órgano judicial de Estrasburgo recordó que

> "… según la jurisprudencia del Tribunal, el artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero y el padre comitente en el caso de que sea el padre biológico" (ap. 35).

Y llegó a la conclusión de que, teniendo en cuenta el interés superior del niño, debe existir la posibilidad de reconocer a la madre de intención como madre legítima en el caso particular (ap. 46).

IV. OTROS ASUNTOS

Caso *Paradiso* y *Campanelli* c. Italia[16]. En este asunto, el TEDH, de nuevo, se pronuncia sobre la gestación subrogada. Los hechos de este supuesto tienen como protagonista a una pareja de ciudadanos italianos que contrata a una mujer gestante en Rusia. El bebé nacido en este país se creía hijo biológico del esposo pero, tras un test de ADN, se descubre que, por un error incomprensible, no es hijo del marido y, por tanto, no presenta vínculos biológicos con ninguno de los padres comitentes. Respecto del no reconocimiento, en Italia, de la filiación en relación con los padres comitentes, el TEDH considera que no hay violación del art. 8 CEDH en el caso[17].

---

[15] [<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents /1292429190384–Dictamen_de_10_de_abril_de_2019_en_relacion_con_el_reconocimiento_enel_ Derecho_interno_de_una_rela.PDF>]. *Vid.* G. Lazcoz Moratinos y A. Gutiérrez–Solana Journoud, "La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del Protocolo Nº 16", *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 673–692.

[16] STEDH de 24 enero 2017, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, nº 25358/12.

Vid., entre otros, A.M. Ruiz Martín, "El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución", *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 778–791; O. Feraci, "Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia", *CDT,* vol. 7, nº 2, 2015, pp. 420–439.

[17] El TS italiano ha solicitado al Tribunal Constitucional que se pronuncie acerca de si la normativa de este país, en relación con la gestación subrogada, vulnera la Constitución italiana al poder ir en contra del principio del interés superior del niño (abril 2020). El Tribunal Constitucional italiano ya se ha pronunciado y ha determinado que es necesaria una reforma de la legislación italiana para proteger el interés superior del niño, incluyendo el reconocimiento de la relación paterno–filial con el padre/madre no biológico, en estos casos de gestación por sustitución. Todo ello porque, la adopción en circunstancias especiales que ofrece la normativa nacional (art. 44.1º.d) de la Ley nº 184 de 1983), si bien es bienvenida, no es plenamente consistente con los principios constitucionales y supranacionales, ya que, entre otras razones, no garantiza el estatus de padre o

Caso *Muñoz Díaz c. España*[18]. En este supuesto, una mujer solicitó una pensión de viudedad al Estado español tras el fallecimiento de su conviviente. La pareja había contraído matrimonio por el rito gitano en 1971 y tenía 6 hijos. El Registro Civil les había expedido el Libro de Familia y se les había reconocido como familia numerosa. El asunto llega al TEDH fundamentado en la vulneración del art. 14 CEDH. La Corte considera que las autoridades españolas, a través de la expedición del Libro de Familia y del reconocimiento de familia numerosa, han contribuido a que la mujer creyera de buena fe que se encontraba casada válidamente según el ordenamiento nacional, por tanto, es

> "desproporcionado que el Estado español, que expidió un Libro de Familia a la demandante y a su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y recaudó las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad" (ap. 69)[19].

V. Definición y contenido del orden público europeo en Derecho de familia

Teniendo en cuenta los casos mencionados, y otros que no han podido ser objeto de análisis en este trabajo por razones de espacio, podríamos concluir que el orden público europeo en Derecho de familia está formado por los derechos y libertades europeos, reconocidos en el TFUE, en el CEDH y en la CDFUE[20];

madre de pleno derecho al progenitor no biológico (Judgment nº 33 de 2021 [<https://www.cortecosti tuzionale.it/documenti/ download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%2033% 20del%202021%20red.%20Viganò%20EN.pdf>]).

[18] STEDH 8 diciembre 2009, *Muñoz Díaz c. España*, nº 49151/07.

[19] Recientemente, el Tribunal Constitucional español ha rechazado la pensión de viudedad solicitada por una mujer, casada por el rito gitano, considerando, también, que no es esposa del difunto por cuanto su matrimonio no es válido conforme al Derecho español (STC 1/2021, de 25 enero 2021, BOE 23.2.2021). Sin embargo, en este caso, las autoridades nacionales no han llevado a cabo actos que se puedan entender como reconocimiento de la validez de su matrimonio –expedición del Libro de familia, por ejemplo–. La STC 69/2007, de 16 abril 2007, es la que fue pronunciada por el tribunal español en el caso *Muñoz Díaz* mencionado (BOE 23.5. 2007).

[20] En relación con el CEDH, *vid.,* entre otros y en relación con la consideración de orden público europeo de su contenido, E. Jiménez Solares, "Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional", *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, pp. 335–336.

Vid. R. González González, "Límites a la construcción de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia del TJUE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 8, 2000, p. 609–615, para conocer las distintas posiciones doctrinales en relación con la concreción de los derechos reconocidos por el CEDH que formarían parte del orden público europeo.

aunque no de manera exclusiva[21]. El TEDH indica que la CEDH es "instrumento de orden público europeo para la protección de los derechos humanos"[22].

El orden público europeo ha sido definido por el Abogado General Sr. Melchior Bachelet, en las Conclusiones presentadas el 4 de diciembre de 2014 al asunto C–536/13, *Gazprom OAO,* de la siguiente manera:

> "A mi parecer, el acento no debe ponerse esencialmente en la naturaleza jurídica de los intereses protegidos por el orden público, sino más bien en la cuestión de si nos hallamos en presencia de normas y valores cuya inobservancia no cabe concebir en el ordenamiento jurídico del foro de reconocimiento y de ejecución porque semejante inobservancia sería inaceptable desde el punto de vista de un Estado de Derecho, libre y democrático. Se trata por tanto del conjunto de "principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico [de la Unión]'" (ap. 177)[23].

Estos derechos y libertades de origen europeo deben ser respetados por todos los países de la Unión. Los Estados miembros, cuando se incorporan a la Unión Europea, aceptan observar estos principios europeos y "adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión" (art. 4.3º TUE). Estos derechos y libertades europeos se posicionan por encima de los derechos y libertades de origen nacional en los Estados miembros, de manera tal que, si hubiera contradicción entre ellos, prevalecerán las disposiciones de producción europea (arts. 95 y 96 CE)[24]. Así, por ejemplo, en el ordenamiento italiano, como ya se ha puesto de manifiesto, se ha cuestionado la conformidad de la normativa de ese país con la Constitución italiana y, por ende, con los

---

En relación con la Carta de Derechos Fundamentales y con el CEDH, como parte del orden público europeo, *vid.,* S. Álvarez González, "¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?", *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Madrid, 2015, p. 161.

Vid., en relación con la consideración de un orden público común de derechos humanos, J. Oster, "Public policy and human rights", *J. Priv. Int'l L.*, vol. 11, nº 3, 2015, pp. 542–567.

[21] *Vid.,* en este sentido, S. Álvarez González, "¿Orden público europeo …", *loc. cit.*, p. 161.

[22] STEDH 23 marzo 1995, *Lozidou c. Turquía* (excepciones preliminares), nº 15318/89, ap. 93. *Vid.,* en este sentido, R. González González, "Límites a la construcción de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia del TJUE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 8, 2000, p. 609.

[23] ECLI:EU:C:2014:2414.

[24] *Vid.,* en relación con la primacía del Derecho europeo respecto de los derechos nacionales, A. Mangas Martín y D.J. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea,* 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2020. *Vid.,* en relación con la primacía del orden público europeo frente al orden público internacional estatal, S. Álvarez González, "¿Orden público europeo …", *loc. cit.,* p. 172.

principios y libertades de origen supranacional, llegando a la conclusión de la incompatibilidad e instando a la reforma urgente de la legislación de origen estatal para asegurar la plena protección de los niños nacidos de gestación subrogada y, con ello, su conformidad con los principios de producción supranacional.

Poniéndolos en contraposición con los principios que conforman el orden público internacional de cada Estado miembro, los derechos y libertades europeos se comportan de manera activa, derribando los obstáculos que constituye el orden público internacional del foro. Dicho de otra manera, si la función del orden público nacional es *impeditiva o negativa*, rechazando la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de una decisión dictada en otro país, el orden público europeo, al menos el formado por los Derechos humanos,

> "actúa más que como un obstáculo, como ariete contra los obstáculos. Actúan en un sentido positivo. […] el individuo circula a través de las fronteras (jurídicas) con sus derechos fundamentales y los hace valer para reivindicar que forman parte del orden público y que, consecuentemente, tienen fuerza para remover los obstáculos legales que impidan su ejercicio o reconocimiento, incluyendo concepciones de orden público estatal contrarias"[25].

VI. Consecuencias de la aplicación del orden público europeo

Cuando el TJUE o el TEDH alega un principio de orden público europeo frente a una concepción que constituye orden público nacional, lo hace para remover el obstáculo que supone la regulación estatal en el caso concreto. En estos supuestos, prevalece el orden público europeo y se rechaza la aplicación de la legislación nacional contradictoria con aquel. En este punto, cabría preguntarse qué mecanismos utiliza el TJUE para solucionar esta situación en la que la normativa nacional no puede aplicarse por contravenir un principio de orden público europeo[26]. Las dos herramientas utilizadas por el órgano judicial europeo han sido el reconocimiento de la situación creada en el extranjero y el orden público internacional atenuado[27].

[25] *Ibíd.*, p. 159.

[26] No planteamos la misma cuestión en relación con el TEDH puesto que este órgano judicial se limita a constatar la vulneración de un principio fundamental y a imponer una sanción al Estado infractor, si es el caso.

[27] Respecto de lo primero, esto es, del reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero y su conveniencia en la Unión Europea, *vid.* C. Pons, "La gestation pour autrui : l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé", *Rev. québécoise dr. int.*, vol. 31, nº 1, 2018, p. 137 y p. 140, respectivamente.

En este sentido, debemos distinguir entre relaciones intraeuropeas y extraeuropeas en relación con la aplicación del orden público europeo, sobre todo, por la incorporación de la libre circulación de personas como parte del mismo, aplicable sólo respecto de las primeras situaciones mencionadas[28]. De esta manera, tratándose de relaciones intraeuropeas, se podrían utilizar ambas técnicas para dar una solución a los casos planteados. En relación con las segundas, es más habitual que sólo se utilice el orden público internacional atenuado. Si bien, como se ha explicado antes, en el caso *Mennesson* de gestación por sustitución, se ha reconocido en Francia la filiación creada en EEUU, tanto en relación con el padre biológico como respecto de la madre comitente sin vinculación genética con el niño.

1. Situaciones intraeuropeas

En el asunto *Coman*, por ejemplo, la situación controvertida se creó en Bélgica y se quería hacer valer en Rumanía, ambos, Estados miembros de la Unión Europea. En este caso, el Tribunal de Justicia podría haber utilizado el reconocimiento en el segundo país del matrimonio celebrado en el primero; sin embargo, esto no fue lo que ocurrió en el caso, en el que se utilizó el orden público internacional atenuado. Otros ejemplos tienen relación con el nombre de las personas[29]. En ellos, identidades determinadas en un país de la Unión Europea fueron reconocidas en otro Estado miembro, haciendo prevalecer el derecho a la libre circulación de las personas (art. 21 TFUE) frente a la determinación del nombre y los apellidos en el Estado miembro requerido[30].

---

[28] S. Álvarez González, "¿Orden público europeo …, *loc. cit.,* p. 175. *Vid*., también, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho …*, *loc. cit.,* pp. 209–214.

[29] STJCE *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig*, C–168/91, 30 de marzo de 1993; STJCE *García Avello c. État Belge*, C–148/02, 2 de octubre de 2003; STJCE *Grunkin–Paul*, C–353/06, 14 de octubre de 2008. *Vid.,* en relación con la STJCE *Grunkin* y el papel del orden público, S. Álvarez González, "¿Orden público europeo …, *loc. cit*., p. 173.

[30] No obstante, se admite el rechazo al reconocimiento del nombre y apellidos determinados conforme a un Derecho extranjero cuando razones de orden público así lo justifiquen. Esto fue lo que ocurrió en el caso *Nabiel Peter Bodendorff von Wolffersdorfl* (STJUE 2 junio 2016, C–438/14, ECLI:EU:C:2016:401). En este asunto se alegó orden público para impedir reconocer en Alemania un apellido que contenía elementos nobiliarios (*vid.,* en relación con esta sentencia, A. Lara Aguado, "Reconocimiento, sí, ma non troppo: el orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea", *Bitácora Millenium DIPr,* nº 4; A. Ortega Giménez, "El orden público internacional de los Estados miembros como límite al ejercicio de la libre circulación de personas en la Unión Europea", en C. Jerez Delgado y A. Ruda González (coords.), *Estudios sobre jurisprudencia europea: materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute,* 2018, pp. 749–754). *Vid.,* también, en este sentido de considerar que el derecho de circular y residir libremente en la UE no es ilimitado, R. Caro Gándara, "Libertades UE, reconocimiento mutuo y

Volvemos al asunto *Coman,* ya que, como ya ha sido comentado, pese a tratarse de una situación intraeuropea, el Tribunal de Justicia no exige a Rumanía el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado válidamente en Bélgica y se queda un paso atrás imponiendo únicamente el reconocimiento de ciertos efectos de esa institución. Lo que hace el Tribunal europeo es aplicar el orden público internacional atenuado, sin decirlo. Y lo hace, no va más allá exigiendo el reconocimiento del matrimonio en cuestión, por razón de la institución misma objeto del litigio.

Así es, el matrimonio se caracteriza por las fuertes y profundas raíces que lo fijan en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea. Se trata de una institución muy antigua, que forma parte de la cultura y de la tradición de los Estados. Además, es una materia muy sensible para la sociedad porque afecta a la vida familiar de las personas. Por todo ello, los legisladores han elevado su protección hasta ubicarla en las Constituciones nacionales y en importantes Convenios de origen supranacional. Así, el matrimonio, bien de manera individualizada, bien como parte de la familia, se encuentra salvaguardado bajo el paraguas de la Constitución española, por ejemplo, o de los derechos fundamentales de la Carta Europea, a través del derecho a la vida privada y familiar en este caso. A la hora de regular esta institución, el legislador nacional puede adoptar dos posiciones antagónicas. Por un lado, puede elaborar un tratamiento del matrimonio férreo frente a concepciones extranjeras diferentes. También, puede regular esta institución como estime conveniente pero respetando, a la vez, la regulación que los demás Estados tengan de la misma. En el primer caso, los operadores jurídicos tendrán que alegar orden público internacional para impedir el reconocimiento en el foro de matrimonios extranjeros que no sean similares a los nacionales. En el segundo, aún pudiendo tener una regulación distinta de esta institución, eso no será óbice para poder reconocer en el Estado de acogida los matrimonios celebrados conforme a legislaciones extranjeras que pudieran resultar distintas a las del foro.

Nos encontramos en un entorno globalizado, en un entorno en el que existe libre circulación de personas en Europa, un entorno en el que no se puede evitar que situaciones jurídicas creadas en un país europeo deban ser reconocidas en otro si queremos no obstaculizar las libertades europeas. En este contexto, pudiendo los Estados miembros legislar hacia adentro o mirando hacia fuera, hacia Europa, esta segunda opción es la que debería

orden público de los Estados miembros (Reflexiones tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2020, as. 208/09, Ilonka Sayn–Wittgenstein y tras el Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de las certificaciones de estado civil, de 14 de diciembre de 2010)", *La Ley: Unión Europea,* nº 3, 2013, pp. 45–58.

imponerse. Las normas supranacionales que menciona el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia *Coman*, el CEDH y la CDFUE, ambos, no interfieren en la concepción que cada Estado pueda tener del matrimonio y, por ende, no imponen una regulación concreta de esta institución en los países parte de la norma, lo que sí exigen estos textos es que, a través de la observancia de una serie de derechos fundamentales como la vida privada y la vida familiar, se respeten los matrimonios celebrados en el extranjero. Este respeto se puede realizar de dos formas, bien reconociendo directamente la situación jurídica creada en otro país, bien permitiendo sólo concretos efectos del matrimonio sin reconocer la institución. Esto último es lo que se hace en el caso *Coman* analizado.

2. Situaciones extraeuropeas

En asuntos relativos a la pensión de viudedad en matrimonios poligámicos celebrados en un tercer Estado, por ejemplo, o los relativos a la gestación subrogada cuando la madre gestante se ubica en un tercer país, el órgano judicial europeo no podría utilizar el recurso del reconocimiento de la situación creada en el extranjero, porque no podría alegarse la vulneración de la libre circulación de las personas, y sólo podría recurrir al orden público internacional atenuado para dar efectos a esa institución en el Estado miembro en cuestión[31].

VII. CONCLUSIONES

1. En primer lugar, podemos llegar a la conclusión de la existencia de un orden público europeo, común a todos los Estados miembros, y que prevalece frente al orden público internacional estatal. Como ocurre a nivel nacional, el orden público europeo también es sectorial y, por ello, podríamos hablar de un orden público europeo en Derecho de familia.

2. El contenido de este orden público europeo estaría formado, entre otros, por los principios y derechos recogidos en el TFUE, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así como, por la interpretación que de ellos realizan el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cada uno, dentro de sus respectivas competencias en relación con los textos mencionados.

[31] *Vid.*, en este sentido, S. Álvarez González, "¿Orden público europeo …", *loc. cit.,* p. 175.

3. El orden público europeo se posiciona por encima del orden público internacional estatal desarrollando una función de remoción del obstáculo que constituye el segundo en el caso en cuestión. La aplicación del orden público europeo frente al nacional se realiza de dos maneras por parte del TJUE, bien, imponiendo el reconocimiento de la institución en el Estado de foro, bien, mediante el reconocimiento de determinados efectos de la institución en ese país –orden público internacional atenuado–.

4. Las dos últimas reflexiones que vamos a plantear en este trabajo son, por un lado, la que tiene que ver con la difícil convivencia entre los principios del orden público europeo y los del orden público nacional que los contradicen y, por otro, la incomprensible asunción de la existencia de esa contradicción.

Empezando por lo primero, es fundamental saber cómo resolver la contradicción entre los principios del orden público europeo y los del orden público internacional estatal para que ambos puedan convivir en el mismo ordenamiento. A priori, deben prevalecer los de origen europeo frente a los de producción nacional y, por ello, en esta situación de incompatibilidad, la solución sería clara, cual es, la aplicación de los primeros y la inaplicación de los segundos. Sin embargo, hay determinadas instituciones de Derecho de familia que despiertan una especial sensibilidad en los ciudadanos y en los poderes públicos, por razones religiosas y culturales, fundamentalmente, respecto de las cuales es complicado rechazar directamente la aplicación de la normativa de producción nacional; instituciones como el matrimonio. En estos casos, el Tribunal de Justicia consigue la compatibilidad y la convivencia en el mismo ordenamiento a través del orden público internacional atenuado. De esta manera, se aplica el orden público estatal, y se prohíbe el reconocimiento de la institución en cuestión en el Estado del foro y, al mismo tiempo, se aplica el orden público europeo, y se exige el reconocimiento de determinados efectos de la institución en el foro, en orden a no obstaculizar o a respetar el principio europeo vulnerado.

5. En relación con la segunda reflexión planteada en el punto anterior, sorprende que asumamos que existan principios de orden público internacional estatal que puedan atentar contra principios de orden público europeo, en el mismo ordenamiento de un Estado de la UE. Esto es, los principios europeos son comunes a todos los Estados miembros, todos los Estados europeos bebemos de la misma fuente normativa de producción europea, todos los ordenamientos nacionales comparten los principios de la construcción europea y deben ser coherentes con ellos. Por lo anterior, debería ser muy difícil que una situación jurídica válidamente creada conforme a la legislación de un Estado miembro, no pueda ser tenida como tal en el Derecho de otro país parte. Los ordenamientos de todos los países

europeos deben respetar los derechos y libertades de la Unión Europea, por lo tanto, en esencia, en lo que a cuestiones verdaderamente sustanciales se refiere, no deberían diferir entre ellos hasta llegar a ser inconciliables y tener que alegar el orden público, por tanto, frente a situaciones creadas bajo la cobertura del ordenamiento de otro Estado miembro. Partiendo de esa base de armonización que debería existir entre todos ellos –constituida por los principios europeos comunes–, no debería haber ninguna situación jurídica creada conforme al Derecho de un país europeo que atentara contra el orden público de otro Estado miembro y, por ello, cualquier relación jurídica válida según el Derecho de un Estado miembro debería poder ser reconocida en el resto de los Estados europeos.

Con esta conclusión sí que se avanzaría en la idea de Europa. Con ella se conseguiría dar un paso de gigante en la consecución del objetivo europeo de que todos los Estados miembros juntos funcionen como uno sólo. Partiendo de esta premisa, podría decirse que una situación jurídica creada en Europa, no podría atentar contra esos principios fundamentales de otro Estado miembro, porque esos principios son comunes en todos los ordenamientos europeos. Y, también resultaría difícil poder alegar que el reconocimiento de la situación vulnera otros principios fundamentales, no de producción europea, sino de producción nacional, puesto que, estos últimos principios deberían ser coherentes con los europeos.

Con esta propuesta sobre el reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en un Estado miembro, conseguimos disimular la falta de uniformidad en la materia y, de esta manera, si bien la regulación no es la misma en las distintas legislaciones europeas, el tratamiento de las situaciones jurídicas sí sería uniforme. Al final, no por el contenido del Derecho material, pero sí por el reconocimiento y el respeto de los otros ordenamientos europeos, podemos conseguir esa uniformidad de tratamiento, uniformidad ésta que es la realmente importante a efectos prácticos, y que no hemos logrado hasta ahora a través de la regulación.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez González, S.: "Gestación por sustitución y orden público", *InDret,* 2/2017, pp. 166–200.

Álvarez González, S.: "¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?", *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Madrid, 2015, pp. 146–181.

Baratta, R.: "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", *Recueil des Cours*, t. 348, 2011.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

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", *CDT*, vol. VII, nº 2, 2015, pp. 45–113.

Caro Gándara, R.: "Libertades UE, reconocimiento mutuo y orden público de los Estados miembros (Reflexiones tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2020, asunto C–208/09, Ilonka Sayn–Wittgenstein y tras el Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de las certificaciones de estado civil, de 14 de diciembre de 2010)", *La Ley Unión Europea,* nº 3, 2013, pp. 45–58.

Castellanos Ruiz, M.J.: "Protección jurídica del menor en la maternidad subrogada", en Cebrián Salvat, A./Lorente Martínez, I. (dir.): *Protección de menores y Derecho Internacional Privado,* Granada, Comares, 2019, pp. 191–248.

Cervilla Garzón, M.J.: "Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el sistema español de Seguridad Social", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* 11, nº 1, 2019, pp. 235–266.

Chénedé, F.: "Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme", *Recueil Dalloz*, nº 31, 2014, pp. 1797–1805.

Feraci, O.: "Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia", *CDT,* vol. 7, nº 2, 2015, pp. 420–439.

Feraci, O.: "Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 100, nº 1, 2017, pp. 169–181.

Feraci, O.: "La nozione di ordine pubblico alla lucedella sentenza della Corte de cassazione (sez. un. civ.), n. 12193/2019: tra "costituzionalizzazione attenuata" e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 102, nº 4, 2019, pp. 1137–1151.

Godoy Domínguez, L.A.: "La gestación por sustitución en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: entre la protección de la vida personal y familiar y el respeto al orden público nacional", *Actualidad Civil*, nº 11, 2018.

González González, R.: "Límites a la construcción de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia del TJUE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 8, 2000, p. 593–617.

Hernández Rodríguez, A.: "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?, *CDT*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 147–174.

Jiménez Solares, E.: "Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional", *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, pp. 325–347.

Lara Aguado, A.: "Reconocimiento, sí, ma non troppo: el orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea", *Bitácora Millenium DIPr,* nº 4.

Lazcoz Moratinos, G. y Gutiérrez–Solana Journoud, A.: "La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del Protocolo Nº 16", *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 673–692.

Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea,* 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2020.

Marongiu Buonaiuti, F.: "Il riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all'estero tramite maternità surrogata, tra continuità dello status e limite dell' ordine pubblico", *Liber amicorum Angelo Davì: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 1075–1095.

Marongiu Buonaiuti, F.: "Recognition in Italy of filiation established abroad by surrogate motherhood, between transnational continuity of personal status and public policy», *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 294–305.

Martín Martínez, M.M.: "Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una revaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE", *Revista de Derecho comunitario europeo,* nº 49, septiembre–diciembre 2014, pp. 767–804.

Ortega Giménez, A.: "El orden público internacional de los Estados miembros como límite al ejercicio de la libre circulación de personas en la Unión Europea", en C. Jerez Delgado y A. Ruda González (coords.), *Estudios sobre jurisprudencia europea: materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute,* 2018, pp. 749–754.

Oster, J.: "Public policy and human rights", *Journal of Private International Law*, vol. 11, nº 3, 2015, pp. 542–567

Pons, C.: "La gestation pour autrui : l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé", *Revue québécoise de droit international*, 31–1, 2018, pp. 119–142.

Rodríguez Pineau, E.: "European Union International Ordre Public", *Spanish Yearbook of International Law*, nº 3, 1993–1994, pp.43–88.

Rodríguez Rodrigo, J.: "Reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en un Estado miembro de la UE. Comentario a la STJUE 5 junio 2018, Coman", *Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del IV Encuentro anual del Centro español del European Law Institute,* Sepin, marzo 2021, 11 p.

Ruiz Martín, A.M.: "El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución", *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 778–791;

Sánchez Lorenzo, S.: "What do we mean when we say folklore? Cultural and axiological diversities as a limits for a European private law", *European Review of Private Law*, nº 2, 2006, pp. 197–219.

Soto Moya, M., La libre circulación en la Unión Europea de matrimonios del mismo sexo, *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* nº 43, 2012, pp. 807–847.

Recibido: 30 julio 2021
Aceptado: 14 octubre 2021

La sucesión digital internacional y el Reglamento sucesorio europeo 650/2012

Antonio MERCHÁN MURILLO *

SUMARIO: I. Introducción. II. La sucesión digital: la huella digital y los activos digitales. III. La determinación del objeto de la sucesión digital. IV. El patrimonio digital: la propiedad de los datos. V. Los acuerdos contractuales a debate. VI. El Reglamento sucesorio europeo en la sucesión digital. 1. La repercusión transfronteriza de la sucesión. 2. La propiedad digital dentro del Reglamento sucesorio. 3. El certificado sucesorio europeo. VII. Conclusiones.

RESUMEN: Internet se ha convertido en una realidad omnipresente, tanto en nuestra vida personal como colectiva. No obstante, los riesgos que ofrece a la ciudadanía son evidentes. Uno de ellos es lo que pasa con el patrimonio tras la muerte, en relación con actividad desarrollada en Internet, a través de la huella y los activos digitales, que se almacenan en distintos servidores en la nube que, generalmente, se administran a través de cuentas protegidas con contraseña. En este sentido, pretendemos reflexionar sobre las cuestiones esenciales que se van a plantearse en una posible sucesión *mortis causa* digital e internacional, para posteriormente, analizar si el patrimonio digital entra dentro del Reglamento 650/2012, de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

PALABRAS CLAVE: SUCESIÓN DIGITAL –INTERNACIONAL – HUELLA DIGITAL – ACTIVOS DIGITALES, PROPIEDAD DIGITAL – REGLAMENTO 650/2012.

The International Digital Succession and the European Successory Regulation 650/2012.

ABSTRACT: The Internet has become an omnipresent reality, both in our personal and collective lives. However, the risks it offers to citizens are obvious. One of them is what happens to heritage after death, in relation to activity carried out on the Internet, through the fingerprint and digital assets, which are stored on different servers in the cloud that, generally, are managed through password protected accounts. In this sense, we intend to reflect on the essential questions that will arise in a possible digital and international succession mortis causa, to later analyze the application of the Regulation of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and

* Profesor ayudante doctor de Derecho Internacional Privado. Universidad Pablo de Olavide.

AEDIPr, t. XXI,2021, pp. 327–357
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.13

enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

KEYWORDS: INTERNATIONAL DIGITAL SUCCESSION, DIGITAL FOOTPRINT, DIGITAL ASSETS, DIGITAL PROPERTY, REGULATION 650/2012.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando éramos más pequeños, las cosas que nos dejaban nuestros abuelos tenían un gran valor emocional y, en algunos casos, económico siendo fácilmente su transmisión *post mortem*, pensemos, por ejemplo, álbumes de fotos, diccionarios, libros en los que aparecían o en los que se hablaba de ellos, etc.; es decir, sobre estas cosas podíamos ejercer un derecho sobre los recuerdos. Sin embargo, hoy día, cuando se almacenan en la nube, parece que se olvida que tienen similitud a los de antaño. Los proveedores de servicios digitales no incluyen cláusulas sobre el impacto que la muerte del usuario pueda tener sobre las cosas digitales, aunque si contemplan explícitamente en sus acuerdos que la muerte del usuario implica la terminación de estos[1].

En relación con lo anterior, debe observarse que los recuerdos no son las únicas cosas que se digitalizan. Una persona podría tener un correo electrónico, una foto en la cuenta de almacenamiento de Dropbox (junto con una cuenta financiera, con contraseñas, y bitcoins), una cuenta de música, Apps de compras, cuentas de redes sociales y muchas otras cosas virtuales. En total, una persona podría tener un promedio de entre treinta o cuarenta cuentas en línea, todas pueden tener propiedades digitales y, por tanto, patrimonio de una misma persona. Este hecho nos lleva a pensar ¿Qué pasará con esta propiedad (digital) después de la muerte?

Los activos a los que hacemos referencia son intangibles y es fácil pasar por alto este tipo de propiedad al escribir un testamento, si es que se hace. Asimismo, sería difícil ver que estos activos tienen algún valor o puedan ser objeto de propiedad. No obstante, en nuestra opinión, si pueden ser objeto de propiedad y pueden tener valor económico. Por tanto, se debe hablar de ello tratando el objeto de la sucesión digital; pues, los activos digitales pueden tener algo más que un valor emocional, aunque esta cuestión está abierta a debate. En cualquier caso, se trata de mostrarse proactivo y reflexionar en torno a ello.

[1] Por ejemplo, en el caso de Apple [<http://www.apple.com/legal/icloud/en/terms.html y Yahoo! [<http://info.yahoo.com/legal/us/yahoo/utos/utos– 173.html>] (fecha de consulta 29 de julio de 2021)

Asimismo, una vez determinado el objeto de la sucesión digital va a surgir la necesidad de plantear si el patrimonio digital y, por tanto, la sucesión digital tiene encaje en el marco del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; pues, no será raro que pueda darse un elemento extranjero en la sucesión. En este contexto, pensemos que las cuestiones legales relacionadas en torno al acceso, control, propiedad y transmisión digital son complejas y, como decimos, todo está sujeto a discusión.

II. LA SUCESIÓN DIGITAL: LA HUELLA DIGITAL Y LOS ACTIVOS DIGITALES

Internet se ha convertido en una realidad omnipresente, tanto en nuestra vida personal como colectiva. Una gran parte de nuestra actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de nuestra vida en sociedad. No obstante, los riesgos y oportunidades que ofrece a la ciudadanía son evidentes.

Uno de los problemas es la propiedad de los datos, esencial para determinar el objeto de la sucesión. El motivo de por qué no se ha prestado atención a la propiedad es porque se antoja relativamente reciente. En cualquier caso, debemos observar que los datos son una forma moderna de riqueza en el mundo digital, lo que presenta problemas relacionados con la propiedad[2]. Pensemos que esta problemática se relaciona con algo que pocos parecen advertir, como el verdadero conflicto existente hoy en día, en un mundo cada vez más global: la soberanía de los datos y, con ello, la residencia de los datos.

Para hacernos a la idea de lo importante que son los datos, basta con fijarse en los servicios que lo necesitan: sectores de energía, transporte, banca, infraestructura de mercados financieros, salud, suministro y distribución de agua potable e infraestructura digital. Estos últimos incluyen puntos de intercambio de Internet (IXP) y sistemas de registro de nombres de dominio de primer nivel y los proveedores de servicios (DNS), etc. Además, deben observarse servicios digitales: motores de búsqueda, mercados en línea, computación en la nube, etc. Así como tecnologías como

[2] L. Edwards y E. Harbinja, "What happens to my Facebook profile when I die? Legal Issues Around Transmission of Digital Assets on Death", *CREATe Working Paper*, 5, 2013, pp. 1–25.

Blockchain, inteligencia artificial, etc.[3] Todo lo referido anteriormente marca el debate de la propiedad de los datos, algo que se presenta crucial como presente y futuro.

Los desarrollos normativos actuales, en conexión con las nuevas tecnologías, como la inteligencia artificial, han desarrollado la protección de datos personales, comenzando con el derecho fundamental al respeto de la vida privada o sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales. Sin embargo, no se pensó en la propiedad de los datos, y aún menos por supuesto en la propiedad de los datos personales, en tanto en cuanto no se presenta una línea divisible de lo que son los datos personales y no personales. La línea en este contexto es móvil, ya que los datos que ahora se consideran datos no personales pueden convertirse en datos personales (gracias a los avances analíticos y tecnológicos).

En cualquier caso, lo que parece evidente es que resulta necesario explorar los límites conceptuales de la propiedad de datos personales, para proceder a los debates sobre la propiedad de datos no personales. No obstante, debemos tener presente que los datos, sean personales o no, se reconocen como activos económicos clave[4], y evitar preguntas sobre su propiedad es, por tanto, retrasar la protección de los usuarios[5].

En relación con la propiedad, debemos hablar de la huella digital creada por la propia actividad desarrollada en Internet, que se almacena en distintos servidores de proveedores de servicios digitales en la nube que, generalmente, se administran a través de cuentas protegidas con contraseña. De esta forma, mientras estamos vivos, la huella digital está, aparentemente, bajo nuestro control exclusivo, mediante el acceso personal proporcionado por el proveedor de servicios digitales. Sin embargo, si fallecemos perdemos, por motivos evidentes, el control. En primer lugar, cuando un usuario fallece, su huella digital permanece en la red si no se hace nada al respecto o si el causante no lo previó consecuentemente y, al mismo tiempo, herederos, amigos, etc. a menudo encuentran imposible o difícil administrar los archivos que componen la huella digital del primero, en términos de sucesión digital.

En el contexto en el que hablamos, debemos dejar claro que cuando hablamos de huella digital nos referimos a los registros que están en la nube,

[3] A. Mcewen y H. Cassimally, *Internet de las cosas. La tecnología revolucionaria que todo lo conecta*, Madrid, Anaya Multimedia, 2014, p. 57.

[4] C. Bartolini, C. Santos y C. Ullrich, "Property and the cloud", *Computer Law & Security Review*, nº 2, abril, 2018, pp. 358–390.

[5] Osborne Clarke LLP, *Legal study on ownership and access to data (European Commission 2016)*. Puede consultarse en [<https://bookshop.europa.eu/en/legal–study–on–ownership–and–access–to–data–pbKK0416811/>] (fecha de consulta 21 de julio de 2021).

creados a través de comunicaciones, transacciones, actos realizados en redes sociales, almacenamiento, fotos o videos, libros, música, etc. Actos que se realizan y que, en suma, forman parte de la identidad digital y que los proveedores de servicios digitales, en muchos casos a través de cuentas virtuales o electrónicas, usan como parte de su negocio a través de la nube[6].

El contenido de los archivos, que componen la huella digital, puede diferir en naturaleza y valor[7], para conformar los activos digitales. Algunos de estos registros pueden contener datos protegidos por diferentes derechos, algunos fundamentales, como la libertad de expresión o los datos personales, derechos de imagen y el derecho al honor personal y familiar, etc. Otros pueden contener creaciones originales protegidas por derechos de propiedad intelectual (es decir, documentos o fotografías). Además, algunos pueden tener un valor económico, en mayor o menor grado, pensando con ello en los bitcoins. Otros, mientras tanto, pueden ser, sólo o adicionalmente, de valor sentimental para el usuario o su círculo personal o familiar.

Es más, obvio resulta que, en muchos casos, se da un sorprendente grado de confianza a las muchas empresas que actúan en Internet, por ejemplo, a Facebook y Google o iCloud (de Apple), asumiendo que estas compañías tienen intenciones positivas al usar los datos de los usuarios. Ahora bien, pocos parecen observar que los productos que nos ofrecen de manera personalizada, es fruto de la mercantilización de nuestros propios datos, en principio anonimizados, lo que, en nuestra opinión, podría suponer ignorar posibles violaciones de la privacidad, si examinamos caso a caso. Interesante nos resulta traer a colación una noticia publicada en el New York Times, en 2013, en el que una empresa, llamada *Evidon*, dedicada al análisis web y privacidad, descubrió que las 20 aplicaciones sobre salud más descargadas transmiten información a una red de casi 70 compañías[8].

Ahora bien, si se observa bien lo comentado anteriormente, hablamos de activos digitales, que podemos dividirlos en relación con su valor económico puro y el valor personal o no económico. Por ejemplo, los nombres de dominio tienen un valor económico mientras que las fotos son de muy poco valor para cualquiera que no sean familiares o amigos inmediatos del titular de la cuenta, pero tienen un valor.No obstante, la huella digital está

[6] A. Cerrillo I Martinez, "How do we provide the digital footprint with eternal rest? Some criteria for legislation regulating digital wills", *Computer Law & Security Review*, vol. 34, nº 5, 2018, pp. 1119–1130.

[7] F. Watkins, "Digital Properties and Death: What Will Y ties and Death: What Will Your Heirs Ha our Heirs Have Access to after You Die?", *Buff. L. Rev*., vol. 62, 2014, pp. 193–235.

[8] A.G. Sulzberger, "How the Times Thinks About Privacy", *New York Times,* 2019. Puede consultarse en. [<https://www.nytimes.com/2019/04/10/opinion/sulzberger–new–york–times–privacy.html>] (fecha consulta 22 de julio de 2021).

controlada por proveedores de servicios digitales a través de sus acuerdos, que forman parte de los términos del servicio y de las políticas que rigen la prestación, de la mayoría de los servicios digitales que establecen, generalmente, el uso que se puede hacer con los registros creados por las actividades realizadas por los usuarios.

III. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA SUCESIÓN DIGITAL

En cualquiera de los casos, debemos explorar los límites conceptuales de la propiedad de datos para proceder a los debates sobre la propiedad de datos no personales. Teniendo presente que los datos, sean personales o no, se van a reconocer, como trataremos de demostrar más adelante, como activos económicos clave. Por ello, evitar preguntas sobre su propiedad es, por tanto, retrasar la protección de los usuarios.

Dicho lo anterior, partimos del art. 4.1º Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD)[9], que define los "datos personales" como "toda información sobre una persona física identificada o identificable". Esta definición debemos ponerla en conexión con el considerando 68 que infiere la necesidad de reforzar el control sobre los datos propios de una persona, cuando el tratamiento de los datos personales se efectúe por medios automatizados. Con esto, parece referirse la propiedad de los datos, por parte de los interesados. No obstante, los datos personales aparecen en la definición del Reglamento como "información", en este caso, información personal, relacionada con una persona física[10], al igual que nuestra Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDyDD)[11]. Ahora bien, debe observarse que existe una distinción conceptual clara entre los datos y la información, que tiene implicaciones cruciales para determinar la propiedad de los datos[12].

Los datos y la información son dos conceptos distintos[13], por razones obvias, no hay información sin datos; es decir, no debemos comprender la

[9] DO L 1119 de 4.5.2016.

[10] J.E.J. Prins, "The propertization of personal data and identities", *Electronic. J. Comp. L.*, nº8, 2004, pp. 3–25.

[11] BOE 6.12. 2018,.

[12] A. Garriga Domínguez, *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era de las big data y de la computación ubicua*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 106.

[13] A. Aziz y R. Telang, "What Is a Digital Cookie Worth?", *SSRN*, marzo, 2016, pp. 3–37.

información como cualquier forma transmitir datos, ni la forma de tratar los datos como un activo del que se puede extraer información valiosa de futuro.

De esta forma, puede verse como el RGPD define los datos personales a la inversa, puesto que los datos son la fuente de información[14]. De esta forma, el choque entre la privacidad y la propiedad defendida parece un problema en que no se sabe bien cuál debe ser el primero en solucionarse; pues, si hablamos de que lo importante es la información, todo nos va a llevar a priorizar la personal, pero si nos centramos en la propiedad todo conduce a los datos, en su conjunto y debe ser objeto de análisis detallado, puesto que la información no puede ser objeto de propiedad.

El motivo está en que el debate europeo se centró sobre la protección de la privacidad; es decir, desde una perspectiva de los derechos humanos, no desde una perspectiva comercial, que podría conllevar el concepto de propiedad[15]. Ahora bien, este argumento también podría funcionar al revés, en un sentido puro, la idea de los derechos humanos tiene que ver con el empoderamiento y, por ello, podría argumentarse que negarle a cualquier individuo un derecho de propiedad de sus datos y así su privacidad viola sus derechos fundamentales.

En cualquier caso, va a resultar esencial, para determinar la propiedad de los datos conocer[16]: quién recopila la información, quién la analiza, quién la difunde y a quién, la naturaleza de la información, las relaciones entre las distintas partes, e incluso mayores circunstancias institucionales y sociales.

Lo anterior, nos lleva al estudio del objeto de la sucesión digital. Concretamente, por un lado, se pretende distinguir entre distinguir entre la identidad digital (el sujeto)[17] y el patrimonio digital (el objeto)[18], surgiendo aquí la necesidad de realizar una diferenciación, que en nuestra opinión, se antoja fundamental entre: los datos personales que te identifican o te hacen identificable y la posible mercantilización de los datos (que podrían ser datos no personales), puesto que a menudo se habla de "contenidos digitales" ("los datos producidos y suministrados en formato digital", según el art. 2.1º de la Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a

[14] V. Janeček, "Ownership of personal data in the Internet of Things", *Computer Law & Security Review*, nº 34, 2018, pp. 1039–1052.

[15] E. Fosch Villaronga, P. Kieseberg y T. Li, "Humans forget, machines remember: Artificial intelligence and the Right to Be Forgotten", *Computer Law & Security Review,* vol. 34, nº 2, 2018, pp. 304 –313.

[16] A. Cerrillo I Martinez, "How do we provide…", *loc. cit.*

[17] A. Madrid Parra, "La identificación electrónica", *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 15, 2001, pp. 5–61.

[18] C. Bartolini; C. Santos y C. Ullrich, "Property…", *loc. cit.*

determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales[19]), en términos generales, pero realmente puede que estemos hablando de nuestros datos. Por este motivo, es posible detectar:

Una vertiente personal: datos personales, intimidad, etc. Que en suma van a constituir la identidad digital de una persona.

Una vertiente patrimonial: activos digitales, que pueden tener un alto valor de mercado, por ejemplo, los datos no personales. En este apartado también podría incluirse, en algún caso, lo anterior siempre que los datos de los usuarios sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (art. 5.1º.c RGPD).

Dicho de otro modo, hablamos de: identidad digital (el sujeto, en tanto que los datos personales te identifican o te hacen identificable) y lo que podría considerarse como patrimonio digital (el objeto, la posible mercantilización de los datos)[20], puesto que a menudo se habla de "contenidos digitales", en términos generales, cuando realmente puede que estemos hablando de nuestros datos. Motivo por el que es posible detectar una vertiente personal (datos personales, intimidad e identidad digital) y una vertiente patrimonial (todo tipo de "activos digitales" pueda tener un alto valor de mercado, en el que podrían incluirse en algún caso lo anterior y, además, los datos no personales. Todos ellos como activos).

Con lo anterior, debemos hacer una reflexión: un hecho no discutible es que la identidad es muy valiosa, especialmente, si nos movemos en un espacio on–line[21]. Los detalles de uno mismo aumentan a medida que uno navega por internet y se van vinculando datos que son intrínsecos a uno mismo y aunque se identifiquen como datos no personales lo van a ser[22]. De esta forma, surge el consabido temor en el que las técnicas de vinculación de datos, anexo a la identidad y/o a la identificación de una persona, alimentan los temores de que se explote la identidad de alguien. En este sentido, podría decirse que la propiedad de dichos datos implicaría conceptualmente la propiedad de las identidades de las personas, con

[19] DO L 136 de 22.5.2019.

[20] S. Cámara Lapuente, *La sucesión mortis causa en el patrimonio digital: una aproximación, conferencia dictada en el colegio notarial de Madrid*, salón académico, el 24 de enero de 2019, puede consultarse en [<http://www.elnotario.es/index.php/academia–matritense–del–notariado/9279–la–sucesion–mortis–causa–en–el–patrimonio–digital–una–aproximacion>] (fecha de consulta 24 de julio de 2021).

[21] A. Madrid Parra, "Aspectos jurídicos de la identificación en el comercio electrónico", en *Derecho del comercio electrónico. (primeras Jornadas celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid)* (coord. I. Ramos Herranz y R. Illescas Ortiz (dir.), La Ley, 2001, pp. 225–257.

[22] S. Mason, "Validating identity for the electronic environment", *Computer Law & Security Review*, nº 3, 2004, pp.164–170.

independencia de que los datos sean personales o no personales. Por ello, debemos tener presente que las personas dependen del uso de sus datos[23]. Por ejemplo, pensemos que el ADN de una persona puede ser lo que los datos son en internet de un individuo cualquiera (que son datos personales como ha reconocido el TEDH).

En este contexto, en relación con la vertiente personal, como datos propios de la persona que nos lleva a los atributos de identidad que permiten identificarla, ante necesidad de vincular la información a una determinada persona, sin olvidar que la identidad electrónica o digital es un conjunto de informaciones y datos relevantes para una persona, física o jurídica, que se almacenan y se trasmiten a través de los sistemas electrónicos y se utiliza con el fin de identificar a una persona[24]. Por otro lado, en relación con la vertiente patrimonial, con el proceso de verificación de la afirmación que se hace relativa a la identidad o al atributo perteneciente a dicha identidad, que va a formar parte de la transacción o de lo que se hace en la nube.

En definitiva, podríamos hablar de un entorno intrínsicamente personal, es decir datos que son y pertenecen únicamente a la esfera privada de la persona, y un entorno que no es intrínsicamente personal[25]. Los primeros son los que estaría o serían objeto de protección por la propia normativa de protección de datos y los segundo son los que serían objetos del derecho a la propiedad de los datos.

IV. EL PATRIMONIO DIGITAL: LA PROPIEDAD DE LOS DATOS

Cuando se configura una cuenta en línea, la mayoría de las veces se acepta un conjunto de términos de servicio, que se configuran a través de un simple "clic". Este acuerdo crea un contrato con el proveedor de servicios de la cuenta, que en principio va a tener cláusulas que van a ser relevantes en caso de muerte, lo que veremos más adelante. Dentro de ese contrato, la distinción importante en la que nos debemos situar, en primer lugar, es en la propiedad "en" la nube y propiedad "de" la nube. Sin bien la propiedad digital se puede definir como la propiedad y gestión y derechos relacionados con una cuenta digital y activo digital. Una cuenta digital la podríamos contextualizar como un sistema electrónico para crear, generar, enviar, recibir, almacenar, mostrar

[23] J.E.J. Prins, "The propertization of…", *loc. cit.*

[24] A. Merchán Murillo, *Firma electrónica: Funciones y problemática: especial referencia al Reglamento (UE) nº 910/2014, relativo a la identificación electrónica por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE de firma electrónica,* Aranzadi, 2016, p. 256.

[25] V. Janeček, "Ownership of…", *loc. cit.*

o procesar información que proporciona acceso a un activo digital o servicio digital, en otras palabras, una cuenta digital es el método por cuál se llega a los correos electrónicos, música y otros recursos digitales, siendo por tanto el activo digital los archivos, ya sean correos electrónicos, archivos JPEG o cualquier otra cosa, almacenado en una cuenta digital.

En nuestra opinión, dado que la gran mayoría de los activos digitales se encuentran dentro de una cuenta digital, las dos tienden a mezclarse en discusión, al difuminarse la propiedad de la nube con la propiedad en la nube. Esta distinción es relevante porque los activos digitales son, normalmente, creación del usuario, mientras que las cuentas digitales son creación del proveedor.

De esta forma, la distinción entre los activos y las cuentas digitales es importante, ya que deben tener un tratamiento diferenciado bajo la Ley, por ejemplo, obsérvese el art. 96 LOPDyDD cuando se habla sobre el "acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios" y "decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles"[26]. De esta forma, mientras que un heredero puede tener un derecho a un activo digital, él o ella no necesariamente tendría el derecho a la cuenta digital, que es donde se almacena el activo. La razón de esta diferencia de trato es que las cuentas digitales pueden ser intransferibles según los términos del servicio, momento en el que el derecho a la cuenta expira con la muerte del usuario. Ahora bien, el contenido, sin embargo, pertenece al patrimonio del difunto, motivo por el que se le debe permitir el acceso.

En este contexto, van a ser importantes las cláusulas sobre la disposición que se establezca en el ordenamiento de Estado del foro; pues de ser aplicable la *lex fori*, por ejemplo, los usuarios de Facebook aceptan que cualquier "reclamación se debe resolver en un tribunal competente en la República de Irlanda y que las leyes de ese país regirán estas Condiciones", lo que supone una cuestión extremadamente importante ya que este tipo cláusulas tienen la posibilidad de anular la aplicabilidad de la ley de otro Estado, es decir, no importaría si se aplicará la Ley española en relación a la transferencia de activos digitales, porque ésta no regiría, regiría la Ley irlandesa. En relación con la propiedad de los datos deben observarse dos perspectivas bajo las cuales se puede analizar la propiedad, y mezclarlas puede generar confusión. Por un lado, encontramos la propiedad "de" la nube, compuesta de un hardware y un software[27], que constituyen los activos comerciales del

[26] S. Cámara Lapuente, "La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: una aproximación", *El Notario del Siglo XXI*, nº 84,m arzo–abril de 2019), pp. 138–144.

[27] J. A. Cuerva De Cañas, "La propiedad intelectual en el mundo digital", en *Sociedad Digital y Derecho* (Tomás de la Quadra–Salcedo y Fernández del Castillo (dir.), J.L. Piñar Mañas (aut.), Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018, pp. 719–740.

proveedor del servicio; por otro lado, la propiedad "en" la nube, ante la necesidad de garantizar la protección de los datos de los usuarios. En este contexto, surgen cuestiones de propiedad intelectual planteadas a raíz de modificaciones de datos de los clientes y derechos de propiedad sobre los datos procesados en la nube, por ejemplo, metadatos[28].

De esta forma, como decimos, la propiedad "de" la nube se estructura básicamente en dos componentes: hardware y software, los cuales constituyen los activos comerciales del proveedor del servicio. El primero consiste en un conjunto de bienes materiales, sujetos a las reglas de propiedad comunes, y cuya circulación depende de las leyes estatales. La del software es una situación más complicada, debido a que está sujeto al complejo marco de las normas de propiedad intelectual. Por otro lado, la propiedad "en" la nube, que consiste en la necesidad definida, a nivel global, de garantizar que los usuarios retengan el control sobre sus propios datos. Estos datos, por ejemplo, pueden ser escritos u otras obras de arte (incluidas fotografías que no pueden considerarse datos personales), notas, documentos utilizados para nuestro trabajo, documentos privados, copias de seguridad, materiales electrónicos comprados, como libros, música o películas, software, etc. Todos estos datos plantean preguntas muy importantes sobre su propiedad[29]. Además, estos datos pueden estar sujetos a protección de acuerdo con su contenido (por ejemplo, protección de datos, derechos de autor, secretos comerciales y similares, etc.), lo que complica su régimen legal aplicable.

La ley otorga protección a ambas partes desde diferentes y variadas perspectivas, obteniéndose como resultado una compleja combinación de regímenes entrelazados, cuya complicación viene de la naturaleza intrínsecamente internacional de la Computación en nube, que planteará la más que posible problemática de la Ley aplicable[30].

En cualquier caso, centrándonos en este segundo aspecto, pensemos que los usuarios pueden tener acceso a una cantidad sin precedentes de servicios personalizados, lo que conllevará aparejado que el entorno mismo (Internet) pueda adquirir información sobre los usuarios de manera automática, pudiendo encontrarnos con perfiles invasivos e inferenciales

[28] J. Pabón Cadavid, "Protección legal a los metadatos y la gestión digital de los derechos de autor", *Ius et Praxis*, vol. 26, nº 1, 2020, pp. 57–76; y P.A. De Miguel Asensio, "Mercado único digital y propiedad intelectual: las Directivas 2019/789 y 2019/790", *La Ley: Unión Europea,* nº 71, 2019.

[29] CNUDMI/UNCITRAL: *Aspectos jurídicos de los contratos inteligentes y la inteligencia artificial: documento presentado por Chequia*, Nueva York, 25 de junio a 13 de julio de 2018.

[30] A–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1363.

resultado del intercambio de datos, en particular cuando múltiples dispositivos, por ejemplo, de Internet de las Cosas, que proporcionan datos que están vinculados a una sola identidad (virtual) de usuario.

Existen al menos tres formas posibles de monitoreo y creación de perfiles, que ofrecen motivos para la discriminación en los sistemas de IoT[31]: a) recopilación de datos, que conduce a inferencias sobre la persona (por ejemplo, comportamiento de navegación en Internet); b) creación de perfiles en general mediante la vinculación de conjuntos de datos IoT (a veces denominado "fusión de sensores"); c) perfil que se produce cuando los datos se comparten con terceros que combinan datos con otros conjuntos de datos (por ejemplo, empleadores, aseguradores).

Las tecnologías de identificación permiten precisamente este tipo de vinculación. Al enlazar múltiples dispositivos o equipos y los datos que producen a una única identidad de usuario, el uso de un dispositivo o servicio puede personalizarse, basándose en comportamientos y preferencias del pasado, y deducciones extraídas de estos datos.

Los riesgos de privacidad de la vinculación entre conjuntos de datos se vuelven particularmente graves cuando los sistemas de autenticación o los almacenes de identidad tienen acceso a los datos que generan los dispositivos autenticados. Aunque ofrece una mejor experiencia de usuario, el enlace y la personalización entre múltiples dispositivos y servicios de presentan riesgos, para la privacidad del usuario.

En este contexto, observemos que las tecnologías de identificación de IoT permiten vincular los perfiles de usuario, a través de Blockchain o de la propia inteligencia artificial[32], que pueden desconocer el alcance y potencial de ellos, así como en qué medida sus datos son accesibles a terceros fuera del contexto o propósito para el que fueron creados.

Pensemos en los datos de las aplicaciones de salud o de aparatos como Fitbit que podrían, por ejemplo, ser relevantes para empresas al inferirse hábitos de ejercicio, comportamiento alimentario o sueño. La falta de sueño, que Fitbit rastrea, no cabe duda de que se puede relacionar con el bienestar: problemas de salud, bajo rendimiento cognitivo, emociones negativas como depresión, la tristeza, etc. Aparentemente, podría hablarse de datos aparentemente no personales, creados a través de la denominada anonimización. No obstante, las deficiencias de la anonimización deben ser tenidas muy en cuenta; pues, existe una preocupación especial de que los

[31] C. Sullivan, "Protecting digital identity in the cloud: Regulating cross border data disclosure", *Computer Law & Security Review*, vol. 30, nº 2, 2017, pp. 137–152.

[32] C. Sullivan, "Digital identity. From emergent legal concept to new reality", *Computer Law & Security Review*, vol. 34, nº 4, 2018, pp. 723–731.

datos vinculados a una determinada información pueden ser utilizados para predecir el comportamiento futuro. Asimismo, estos datos son susceptibles de abrirse a la reidentificación e ingeniería inversa de identidad, pensemos que la tecnología de la información permite a través de nodos y metadatos (*big data*) se vincule a un determinado dispositivo.

Como puede observarse, se da una falta de claridad legislativa de lo que debe o debería ser objeto de la sucesión y de lo que es propiedad digital y, como resultado, los proveedores de servicios se han decantado por el lado de intimidad y la protección de los datos personales, quizá por interés[33]. No obstante, a medida que avanza el siglo XXI[34], debe considerarse si la privacidad debiera ser realmente el principal objetivo en relación con las propiedades digitales del difunto.

Parece esencial, en cualquier contexto, en el que hablamos de la propiedad de los datos conocer: quién recopila la información, quién la analiza, quién la difunde y a quién, la naturaleza de la información, las relaciones entre las distintas partes, e incluso mayores circunstancias institucionales y sociales. Pensemos en los servicios en línea "gratis", por ejemplo, los servicios de Wifi gratuitos en espacios públicos, por ejemplo, en aeropuertos, en hoteles, estaciones de tren, etc. Que obligan a los usuarios a aceptar cookies y rastreadores y a dar su dirección de correo electrónico si quieren navegar por internet; es decir, si desean tener un servicio gratuito de Internet, deben revelar al proveedor determinados datos, relacionados con la autenticación de la identidad, como los sitios web visitados, datos de ubicación, etc. y, por lo tanto, crean un perfil personal. Otro ejemplo, podemos encontrarlo para las redes sociales, que en el fondo son servicios de computación en nube, que crean perfiles a través de sistemas de inteligencia artificial, al crear un perfil social y autorizar el acceso de Facebook a sus datos de perfil.

Estos servicios gratuitos pagados con datos, que deberán ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados ("minimización de datos) (art. 5.1º.c RGPD), van en contra de la posibilidad de establecer un derecho a la propiedad de los datos, puesto que en un sistema normativo como el nuestro, en el que todo se ha centrado en la información, parece que la discusión sobre mecanismos adecuados para la protección de datos personales se traslada a los modelos estadísticos, perfiles y algoritmos que se utilizan para generar conocimiento sobre nuestro comportamiento individual, social.

[33] A. Garriga Domínguez, *Nuevos retos para…, op. cit*.

[34] S. Cámara Lapuente, "La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2019, pp. 375–432.

De esta forma, parece que la mercantilización de nuestras identidades y comportamientos se han centrado no en la necesidad de establecer un debate sobre los derechos de propiedad con respecto a los datos personales, sino más bien en un debate sobre la necesidad de proporcionar instrumentos jurídicos necesarios proteger y controlar la forma en que se procesan nuestras identidades.

Los datos y la información son dos conceptos distintos[35], por razones obvias, no hay información sin datos; es decir, no debemos comprender la información como cualquier forma transmitir datos, ni la forma de tratar los datos como un activo del que se puede extraer información valiosa de futuro.

La raíz de este problema está en que la legislación de la UE define los datos personales a la inversa, puesto que los datos son la fuente de información[36]. De esta forma, el choque entre la privacidad y la propiedad defendida parece un problema en que no se sabe bien cuál debe ser el primero en solucionarse; pues, si hablamos de que lo importante es la información, todo nos va a llevar a priorizar la personal, pero si nos centramos en la propiedad todo conduce a los datos, en su conjunto y debe ser objeto de análisis detallado, puesto que la información no puede ser objeto de propiedad.

V. LOS ACUERDOS CONTRACTUALES A DEBATE

No hay duda de que los tokens, saldo bancario de cuenta online, sea de PayPal o cualquier otra entidad, tienen una valor económico y patrimonial, por lo que van a formar parte de la herencia. No obstante, la música, fotos, email, documentos almacenados en la nube, entre otros, en principio, se habla, como hemos dicho, de su gran valor emocional y, además, que el causante no es propietario del archivo o contenido digital, sino un derecho a usarlo de acuerdo con las condiciones estipuladas en el contrato.

Por ello, resulta relevante tratar los acuerdos contractuales, para la sucesión digital, ya que van a tener incidencia en la aplicación del Reglamento sucesorio, al poder plantear la posible intransmisibilidad de lo digital, en virtud de lo firmado en el propio contrato por el propio usuario.

En este sentido, perfiles de redes sociales, por ejemplo, en Facebook, Twitter, Google + o LinkedIn o en los perfiles de los juegos de las Apps, parece que se olvida que tienen similitud a los de antaño. Sin embargo, los

[35] Osborne Clarke LLP, *Legal study on ownership…*, *op. cit*.
[36] J.E.J., Prins, "The propertization of…", *loc. cit.,*

proveedores de servicios digitales no incluyen cláusulas sobre el impacto que la muerte del usuario pueda tener sobre las cosas digitales, aunque si contemplan explícitamente en sus acuerdos que la muerte del usuario implica la terminación de estos.

En este punto, la pregunta clave sería la siguiente: hasta qué punto los activos digitales encajan en el contexto normativo actual y si se necesita una nueva ley, ya que, en primer lugar, los activos sólo entran en el patrimonio de un difunto si son propiedad de éste, pero no todas las cosas que podemos querer, o creemos que poseemos, son propiedad, por ejemplo, algunas licencias de uso como, por ejemplo, iTunes, o libros electrónicos descargados que, en principio, se venden en relación con la música o propiedad intelectual[37], en general; es decir, se proporcionan explícitamente sólo para un período de tiempo, lo que puede significar que expiran al morir (o antes) y, por lo tanto, no forman parte del patrimonio del fallecido, es famoso el caso de Bruce Willys, que no tuvo suerte, aunque recientemente se ha dado algún caso en el que se permite el acceso a la cuenta, como veremos.

Por otro lado, debe tenerse presente que, desde el punto de vista de la protección de datos, cuando una persona fallece, no tiene derecho a proteger sus datos personales. Así se establece claramente en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos, y derogando Directiva 95/46 / CE que reconoce que "no se aplica a los datos personales de personas fallecidas" (considerando 27). Ahora bien, países como Francia o España han hecho alguna excepción. Concretamente, nuestro país lo ha hecho entorno al art. 96 y 3 de la LOPDyDD, haciéndose eco de que, el Reglamento también establece que "los Estados miembros pueden establecer normas sobre el procesamiento de datos personales de personas fallecidas", lo que nos va a llevar al problema relacionado con la jurisdicción, ley aplicable y activos digitales, ya que si la legislación no está armonizada podrá otorgar diferentes poderes a herederos e interesados.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la referencia que se hace en los arts. 3 y 96 LOPDyDD es a los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) de los datos personales que se hallen recogidos en los ficheros[38], en coherencia con lo dicho por el Tribunal Constitucional, en

[37] J. Díaz–Noci, "Intellectual property and transmedia informative products: A comparative, transnational legal analysis", *Hipertext.net: Revista Académica sobre Documentación Digital y Comunicación Interactiva*, nº 20, 2020.

[38] N. Moralejo Imbernón, "El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales", *ADC*, t. LXXIII, 2020, fasc. I, pp. 241–281.

su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, en relación con el objeto de protección del derecho fundamental (Fundamento Jurídico 6º) y la AEPD en su memoria de 2002[39].

Ahora bien, debemos hacer una diferenciación en este aspecto, el valor que tienen las fotos impresas en álbumes de fotos y las fotos digitales de las redes, mientras se piensa que es emocional, también se puede pensar que es económico. La mercantilización de las identidades digitales es una realidad emergente en la economía basada en datos. Lo problemático es que las personas no son conscientes del valor monetario de sus datos personales y tienden a subestimar su poder económico dentro del mercado de datos y a sucumbir pasivamente a la mercantilización de su identidad digital.

La privacidad y la protección de datos personales a menudo se han rechazado como una defensa pasiva de las personas frente a la recopilación, el uso y la reutilización de sus datos. Sin embargo, en la era del big data, esto puede ser poco realista e ineficaz, porque la limitación del acceso y el uso de los datos es difícil de aplicar y limita las oportunidades que ofrece el big data. En cambio, un enfoque más realista y eficaz hacia la protección efectiva de los intereses de los interesados sería un empoderamiento activo de las personas en la gestión de sus datos personales. Dicho de otro modo, puede observarse como el enfoque tradicional ha sido la protección de manera pasiva de la privacidad de la información, sólo se observa en la legislación existente la protección de los datos según su valor personal y emocional (cualitativo). Para reducir la asimetría de la información en la era de los macrodatos y hacer que las personas sean actores más fuertes en esta economía impulsada por los datos, lo que se necesita es proporcionar cada vez más información sobre el valor monetario (cuantitativo), cuánto valen sus datos.

Aquí es donde aparecen los aspectos contractuales, que pueden provocar la posible intransmisibilidad establecida en el contrato celebrado por el usuario y el prestador de servicios. Que el derecho del causante sea de carácter obligatorio y consista en una licencia de uso no es obstáculo para que sea transmisible *mortis causa*, pero el problema viene dado por los "términos de uso"; esto es, las condiciones generales establecidas por el proveedor del servicio o suministrador del contenido digital determinan la intransmisibilidad del derecho adquirido por el usuario o su extinción con la muerte de este[40]. Estas cláusulas, en principio, como comenta la Prof. Moralejo Imbernón serán válidas una cláusula que establezca el carácter

[39] Puede consultarse en [<https://www.aepd. es/media/memorias/memoria–AEPD–2002.pdf>] (Fecha de consulta 25 de julio de 2021).

[40] M. J. Santos Morón, "La denominada "herencia digital": ¿necesidad de regulación? estudio de derecho español y comparado", *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 413–438.

temporal de un derecho de crédito a menos que pueda considerarse abusiva a la vista del conjunto de derechos y obligaciones de las partes[41].

En este contexto, podríamos encontrarnos en situaciones en las que las partes intervienen en desigualdad de condiciones, las leyes aplicables sobre contratos suelen establecer que el contrato en cuestión es un contrato de adhesión. Los proveedores de servicios suelen estar familiarizados con un número limitado de leyes locales y especialmente con las leyes locales que gobiernan los contratos y el derecho a la privacidad[42]. Por esa razón procederán a elegir una ley aplicable que establezca los requisitos relativos a la protección de la información que el proveedor de servicios en cuestión pueda o esté dispuesto a cumplir, lo cual ofrece reglas para la elaboración de contratos que son predecibles y aceptables para sus fines.

Estas cuestiones pueden obligar al usuario a asumir ciertas responsabilidades frente a sus usuarios finales en relación con la determinación de la Ley aplicable tipo, pudiendo ser ésta abusiva. Ante esto, como indica la STJUE 28 de julio de 2018, asunto C–191/15, 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 un nivel de protección más elevado para el consumidor[43]. En este punto, el principal riesgo de índole jurídica que se plantea esta no poder evaluar plenamente los riesgos vinculados con el contrato, con los datos y su valor, que en ningún momento se indica si tienen valor monetario o no. Sólo se protege la información.

En este aspecto conviene recordar la Sentencia del Tribunal Federal de Alemania que declaró transmisible la posición contractual de la fallecida y consideró que las condiciones generales que excluían esa relación de la herencia eran abusivas por no superar el control de contenido del § 307.1 y 2 BGB[44], que vienen a indicar que los términos y condiciones generales son

[41] N. Moralejo Imbernón, "El testamento digital en…", *loc. cit.,*

[42] CNUDMI/UNCITRAL: *Propuesta del Gobierno del Canadá: posible labor futura en materia de comercio electrónico: cuestiones jurídicas que afectan a la informática "en la nube"*, Nueva York, 7 a 18 de julio de 2014, p. 2.

[43] STJUE 28 de julio de 2018, *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl*, as. 191/15 (ECLI:EU:C:2016:612), apartado 59.

[44] El precepto § 307 Inhaltskontrolle indica que: *"(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und*

ineficaces si perjudican injustificadamente al socio contractual del usuario en contra de los requisitos de buena fe. Por ello, condenó a la plataforma digital indicando que el contenido que en ella se alojaba formaba parte de la herencia de su titular y, por tanto, en transmisible a los herederos.

Por tanto, no sería descabellado plantear la monetización de los datos personales como una realidad en casi todos los campos del mercado digital. La Comisión Europea ha destacado que el mercado de los datos de los consumidores está creciendo rápidamente y los modelos de negocio basados en la monetización de los datos se vuelven predominantes[45]. En este sentido, se puede decir que la información general sobre una persona tiene valor económico desconocido y no expresado en los contratos tales como la edad, el sexo y la ubicación que valen, según la calculadora creada por Financial Times, apenas 0,05 centavos. Las personas que están comprando un automóvil, un producto financiero o unas vacaciones son más valiosas para las empresas que desean vender esos productos. Por ejemplo, los datos personales de los compradores de automóviles valen alrededor de 0,21 centavos por persona[46]. Los datos personales que contienen condiciones de salud específicas o información necesaria que mezclada tienen un valor indudable y, además, en principio, los datos se pueden vender y revender muchas veces. A lo anterior, hay que destacar una encuesta de McAfee que estableció que el promedio de valor da los datos personales que, conformarían activos digitales, valen alrededor de $ 55,000.12[47].

---

verständlich ist. (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder; 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. (3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

[45] *Vid.* la identificación monetaria que se hace de los datos en la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, COM (2015) 634 final 2015/0287 (COD), 9 de diciembre de 2015, que desaparece de la Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

[46] E. Steel, C. Locke y E. Cadman, "How much is your personal data worth?", *Financial Times*, 2017. Puede consultarse en [<https://ig.ft.com/how–much–is–your–personal–data–worth/?ft_site=falcon#axzz4dMtRPoZd>] (fecha de consulta 15 de julio de 2021).

[47] McAfee encuestó a 3.000 personas en 10 países, preguntando sobre el valor financiero en relación con el valor de los activos digitales, como archivos de música y álbumes de fotos en línea, etc. El promedio de EE UU fue de $ 55,000 (K. Steinmetz, "Your Digital Legacy: States Grapple with Protecting Our Data After We Die", *Time*, noviembre, 2012). Puede consultarse en [<https://techland.time.com/2012/11/29/digital–legacy–law/>] (fecha de consulta 15 de julio de 2021).

Hay investigaciones disponibles sobre la estimación del valor de los datos personales. Una de ellas es de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos sobre metodologías para medir el valor monetario de los datos personales. La OCDE distingue los métodos que se basan en la valoración de mercado y los métodos que se basan en la valoración individual. Los métodos de valoración de mercado se centran en: a) resultados financieros para registros de datos; b) precios de mercado para datos; c) costo de una violación de datos; d) precios de datos en mercados ilegales; e) encuestas y experimentos económicos; y f) datos sobre la disposición de los usuarios a pagar para proteger sus datos[48].

En consecuencia, podría plantearse la nulidad de las cláusulas de intransmisibilidad, tal y como hemos apreciado, ante la falta de información veraz del valor de los datos. Asimismo, tampoco sería descabellado plantear la excepción de orden público si se imponen las cláusulas de competencia y ley aplicable, abusivas, que obligan a unos usuarios sin medios a acudir a un Tribunal y a la aplicación de una ley que puede ser claramente desfavorable a sus intereses, que, además, puede entrar en colisión con la aplicación de la LOPDyDD.

VI. El Reglamento sucesorio europeo en la sucesión digital

Una vez determinada la patrimonialidad digital de los datos, pasamos a determinar si el patrimonio digital entra en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio. Para ello, pongamos experiencias reales. Cuando una persona fallece, sin que otorgue testamento, o incluso habiéndolo otorgado, puede que no prevea nada sobre sus activos digitales y, aun menos, sobre su huella digital. En este sentido, es posible que una persona muy cercana (familiar, amigo, etc.) encuentre la forma de acceder a su Tablet u ordenador, portátil o de sobremesa, donde probablemente tendrá guardada información acerca del acceso a cuentas de redes sociales (*v.gr*., donde almacena fotos con familiares y con amigos muy cercanos, música que escuchaban juntos, etc.), las cuentas bancarias a las que accede por Internet (no había extractos impresos disponibles), cuentas de correo electrónico, cuentas de almacenamiento en las que guarda sus trabajos de investigación, cuentas de PayPal, tokens comprados como formas de inversión o como

[48] OCDE, "Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value", *OECD Digital Economy Papers*, No. 220. Puede consultarse en [<https://www.oecd–ilibrary.org/science–and–technology/exploring–the–economics–of–personal–data_5k486qtxldmq–en>] (fecha de consulta 15 de julio de 2021).

acciones en empresas, criptomonedas, etc. Obvio resulta que cualquier heredero o legitimario querrá saber el estado de la cuenta de PayPal, deseará acercarse al banco donde el causante tenía una cuenta online, intentará acceder al teléfono móvil de Apple donde puede tener una billetera electrónica donde almacenaba las criptomonedas, tokens, etc. Incluso, le entusiasmaría la idea de tener una copia de las fotos almacenadas en la cuenta de redes sociales y acceso a la cuenta de correo electrónico y a las de almacenamiento de Drive.

Con respecto a las cuentas de redes sociales y la cuenta de correo electrónico pueden surgir preguntas sobre la protección de datos o la privacidad, pudiendo el proveedor de servicios utilizar este argumento como principal para negarse a dar acceso o amparar su negativa en el propio contrato, que en su día se firmó. No obstante, la cuestión va a estar en ver qué información se debe dar a los herederos, cuando soliciten acceso a los activos digitales y que podrán hacer para el control de los activos.

No cabe duda, o al menos para nosotros, que todo lo anterior son activos o registros creados, registrados, transmitidos y/o almacenados en formato digital u otra forma intangible por medios electrónicos, magnéticos u ópticos o de cualquier otra forma. Estos registros, en la mayoría de los casos, es evidente que unos tienen un valor económico, pero otros aparentemente no los tienen, tan sólo se considera un valor emocional o no patrimonial.

Lo más probable es que estas cuestiones, las decidan, en primer lugar, los tribunales. Ahora bien, la cuestión va a ser más problemática si cabe, ya que va a surgir la necesidad de plantear[49] la posible aplicación del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; pues, no será raro que pueda darse un elemento extranjero en la sucesión[50].

1. La repercusión transfronteriza de la sucesión

La finalidad principal del Derecho de sucesiones es definir las normas de adjudicación de la sucesión, así como regular la transmisión de la herencia. En

[49] U. García Jociles, "El Reglamento europeo 650/2012 y la tecnología: los *smart testaments*", *Derecom*, nº 30 (marzo–septiembre de 2021), pp. 77–89.

[50] J. Carrascosa González, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *CDT*, 2014, nº 1, pp. 5–44; A. Rodríguez Benot, "La administración de la herencia en las sucesiones internacionales: especial referencia al derecho comunitario europeo", *Academia Sevillana del Notariado*, t. 19, 2009, pp. 253–304.

el espacio europeo de justicia, es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión, en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas. En este contexto, debe observarse que el Reglamento 650/2012 se adoptó sobre la base del art. 81.2º TFUE, que se refiere únicamente a los asuntos civiles con repercusión transfronteriza. Por ello, se aplicará cuando se produzca una sucesión *mortis causa* con repercusión transfronteriza, como se desprende de sus considerandos 7 y 67.

Por tanto, se trata de ver si la sucesión internacional digital va a estar conectada o no con dos o más ordenamientos jurídicos, con independencia de la naturaleza, relevancia o intensidad del elemento extranjero[51]. Refiriéndonos a los datos, debe observarse que son elementos que se localizan en la nube, fundamentalmente, asociados a la tecnología, siendo destacable la no nacionalidad de ésta. Ahora bien, esto no significa que los servidores, en los que se ubican los datos, no la tengan, aunque este aspecto puede cambiar, en función a la temporalidad de éste.

Lo anterior nos lleva a la necesidad de ver la nacionalidad o residencia habitual del causante o a las mismas en relación con los legitimados o al lugar en el que están ubicados los datos. En este contexto, cabría afirmar que la naturaleza transfronteriza de la sucesión se verificaría cuando estuviesen vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos nacionales de tal manera que surgiera la duda de cuál de ellos sería el reclamado para regularla. Para ello resultaría conveniente lo siguiente[52]:

1ª En primer término el carácter transfronterizo podría derivar de un elemento endógeno de la situación (personal, objetivo o territorial), de un elemento exógeno a la misma, esto es, de la voluntad de los concernidos mediante la determinación como competente de una autoridad extranjera o como aplicable de un ordenamiento foráneo, todo ello para una situación en principio meramente interna.

2ª En segundo lugar se requeriría que el elemento extranjero presentase una mínima importancia hasta el punto de que su presencia en la situación justificase variar la respuesta legal prevista para supuestos internos[53]. En

[51] A–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, *op. cit*.

[52] A. Rodríguez Benot (dir.), *Manual de derecho internacional privado*, 8ª ed., Madrid, Tecnos, 2021, p. 23.

[53] J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 11ª ed, Cizur Menor, Civitas, 2020, p. 24. A ello ya se refirió J.A. Carrillo Salcedo señalando que no todo elemento extranjero convierte una situación en una manifestación de la vida internacional de las personas, pues lo que realmente importa es que "la finalidad social de los hechos reclame una reglamentación que corresponda a esa internacionalización" (*Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1983, p. 39).

esta línea podría entenderse la precisión final del considerando 7 del Reglamento cuando, tras referirse a la sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas requiere, se añade que "el espacio europeo de justicia es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión. Es preciso garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia". En otros términos, la relevancia del elemento extranjero habría de estar calibrada por su impacto en el correcto desarrollo de las libertades comunitarias.

3ª Finalmente no sería preciso que el o los ordenamientos extranjeros vinculados con el supuesto en cuestión fuesen de un país cuyas autoridades aplicasen los Reglamentos; pudiendo también ser de un Estado de la Unión cuyas autoridades no lo aplicasen o de un Estado tercero cualquiera. Esta conclusión se observa, por un lado, porque el propio Reglamento nada restringen sobre este particular; y, de otro, produce eficacia universal o *erga omnes* al permitir aplicar, a través de sus preceptos, ordenamientos de cualesquiera de esos otros Estados (art. 20).

En lo que concierne a la llamada dimensión interna del Derecho internacional privado el Reglamentos no obligan, aunque sí permite, a los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de sucesiones a aplicarlos a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente (art. 36).

Dicho lo anterior, téngase en cuenta que la huella digital y activos mencionados anteriormente, en definitiva, son datos que están alojados en la nube. Dicho de otro modo, los datos van a tener un componente internacional intrínseco debido a que los datos con frecuencia son almacenados o transferidos entre servidores situados en diferentes países, donde cualquier interesado puede necesitar buscar y encontrar datos alojados en la nube en su formato original con una finalidad jurídica sucesoria, pero no solo serán los datos, sino también los metadatos y sus copias de seguridad. Téngase en cuenta, además, la ubicuidad para acceder a los mismos. Por ello, podríamos afirmar que van a tener un componente internacional, por su propia naturaleza, y a veces, podrá tener un componente interno, pero, a su vez, internacional[54].

[54] Cualquier usuario puede acceder a internet desde su propio Estado de residencia o desde otro, utilizando muy diversos dispositivos, los datos van a estar en uno o varios servidores, que puede estar en el mismo Estado u otros, pero los datos van a circular, por su propio carácter, de manera internacional.

Asimismo, cabría plantear, por ejemplo, posibilidades más complejas en las que un ciudadano español tenga patrimonio y residencia digital[55], empresa virtual incluida, por ejemplo, en Estonia. Otro supuesto sería, causante con nacionalidad española, domicilio en Andorra, donde tenga además su actividad profesional a través de aplicaciones web, en cualquier otro país, pero residencia digital fija en Estonia y, de otro, tendría su patrimonio digital en Estonia, o viceversa, entendiendo éste un último elemento de relevancia para la sucesión, distinto al de la residencia habitual del causante[56]. Este hecho plantea semejanza con la casuística planteada en el considerando 24 donde se indica que "la residencia habitual del causante puede revelarse compleja. Tal sería el caso, en particular, cuando por motivos profesionales o económicos el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un período prolongado, pero hubiera mantenido un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen". En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, donde

[55] El gobierno estonio aprobó, en 2014, la emisión de tarjetas de identificación inteligentes. Con ellas, los e–estonios (que no tienen que tener la nacionalidad de este país de la Unión Europea ni siquiera la residencia física en él), accederán a multitud de servicios online así como a la firma digital. Resulta especialmente interesante dos de sus características: 1) su obtención es voluntaria y abierta a todas las personas del mundo (no sólo de la Unión Europea); 2) No tiene en cuenta la residencia física ni la nacionalidad, puesto que la sociedad digital se mueve en otros parámetros y lo que en realidad se ofrece, por el Gobierno estonio, es la estructura digital a la que se puede acceder desde cualquier parte del mundo y los servicios que su utilización proporciona. De esta forma, "puede parecer atrevido, desde postulados propios de un Segundo entorno (sociedad industrial), pero desde el tercer entorno (espacio virtual), en el que las relaciones aparecen mediadas tecnológicamente, la residencia digital pudiera ser un criterio a tener en cuenta" (M.P. Diago Diago, "La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho internacional privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?", *Diario La Ley*, nº 8432 (1 de diciembre de 2014). El servicio está dirigido, principalmente, a aquellos que ya tienen vínculos con Estonia, ya sea a través de negocios, estudios o por turismo. Se trata de plataforma que proporciona y utiliza servicios digitales en todo el mundo. Con ello, se espera que el e–residente atraiga a nuevos clientes a los servicios digitales de Estonia. (A. Cuthbertson, "Estonia First Country to Offer E–Residency Digital", *International Business Times*, 2014). Por otro lado, habrá que tener en cuenta que cuando hacemos referencia a la residencia digital va a resultar importante referirnos a la identidad electrónica, que se compone, entre otras cosas, de una e–Identidad fundacional (otorgada por el propio Estado, vinculada a su residencia habitual) y una e–Identidad funcional (otorgada por la propia entidad, que actuará dentro de la transacción y, por tanto, va a vincular a la persona con su patrimonio digital). Algo parecido puede utilizarse para ubicar a los servidores y empresas virtuales (En relación a la residencia digital y la identidad electrónica véase A. Merchán Murillo "La identidad electrónica como elemento fundamental del contrato", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº. 47, 2018 y "Cuestiones esenciales en torno a la identidad electrónica", *La Ley: mercantil*, nº. 42 (diciembre), 2017).

[56] Conclusiones del Abogado General Sra. M. Campos Sánchez–Bordona, presentadas el 26 de marzo de 2020, E. E. con intervención de: Kauno miesto 4–ojo notaro biuro notarė Virginija Jarienė, K.–D. E. C–80/19, ECLI:EU:C:2020:230, ap. 34.

se aprecia que la residencia habitual del causante debe fijarse, por la autoridad que sustancie la sucesión, mediante la evaluación del conjunto de las circunstancias del caso, en un solo Estado miembro[57]. Por tanto, en observancia de los supuestos planteados resulta clara que la sucesión mortis casusa tendría una marcada la repercusión transfronteriza[58].

De esta forma puede observarse que el elemento extranjero presente en la sucesión *mortis causa* podrá ser de distinto tipo, clase o naturaleza y puede referirse a distintos aspectos de la sucesión, ya sea porque el causante posea nacionalidad extranjera y reside habitualmente en otro país, o bien porque todos o parte de los bienes del causante se encuentran en otro Estado o si los herederos, legatarios o beneficiarios poseen nacionalidad extranjera o residen en otro país[59].

2. La propiedad digital dentro del Reglamento sucesorio

Una vez determinada la repercusión transfronteriza de la sucesión resultará relevante, para la aplicación del Reglamento, observar si nos encontramos dentro de las definiciones del art. 3 del Reglamento. Se trata de identificar si el patrimonio digital entra dentro de las definiciones de éste[60].

De esta forma, a modo de ejemplo, podría ser útil citar lo que podría encuadrarse dentro del patrimonio digital del causante[61]: nombres de redes inalámbricas y contraseñas, programas financieros como Quicken o cuentas de suscripción de software en línea, como Adobe Cloud, información para indicar cómo y dónde se organizan los archivos en un ordenador y otros dispositivos de almacenamiento, redes sociales, contraseñas de gestión de la reputación en línea en redes sociales (por ejemplo, Facebook o ¿qué pasó con Tuenti?) o profesionales((por ejemplo, LinkedIn), el uso compartido de

[57] V. Bumbaca, "CJEU on the deceased's habitual residence", *Conflicto f Laws.net*, 30 de julio de 2020. Puede consultarse en [<https://conflictoflaws.net/2020/cjeu–on–the–deceaseds–habitual–residence/>] (Fecha de consulta 5 de julio de 2021).

[58] A este respecto, cabría tener en cuenta que, aunque el causante no haga uso de la facultad de elección, si reside habitualmente en un país distinto del correspondiente a su nacionalidad, la sucesión es ya de por sí "internacional". Al respecto, véase en este punto la Sentencia del TJUE, de 16 de julio de 2020, E. E. con intervención de Kauno miesto 4–ojo notaro biuro notarė Virginija Jarienė, as. 80/19 (ECLI:EU:C:2020:569).

[59] J. Carrascosa, *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª, Madrid, Ed. Rapid Centro, 2019, p. 69.

[60] A. Ripoll Soler, "Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*", *Revista de Derecho Civil*, V. III, nº 2, abril–junio 2016, pp. 44–47.

[61] A. Ybarra Bores, "La sucesión *mortis causa* de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas", *CDT*, vol. 7, nº 1, 2015, pp. 226–254; *id., La sucesión mortis causa de ciudadanos británicos en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 35.

fotos y video, transmisión y uso compartido de música (por ejemplo, Spotify), tiendas de aplicaciones o entretenimiento en línea y de medios (por ejemplo, Netflix, iTunes, Google Play o la tienda de aplicaciones de Windows), cuestiones relacionadas con la presencia en línea o la marca personal (por ejemplo, cualquier sitio web y blogs, sitios de comercio en línea, si tiene un negocio en línea), las copia de seguridad y almacenamiento de archivos en línea (por ejemplo, Dropbox y Google Drive),comercio en línea (por ejemplo, Amazon o eBay), además de cualquier suscripción digital a periódicos locales o nacionales o revistas en línea. Pensemos en juegos en línea o mundos virtuales (*v.gr*., World of Warcraft, Second Life), cuentas de correo electrónico, cuentas de estudiantes y bibliotecas, cuentas de facturas de servicios públicos que se pagan en línea, cuentas relacionadas con viajes (por ejemplo, cuentas de planificación de viajes, así como programas de fidelización).

En este contexto, puede decirse que el Reglamento sucesorio incide en el Derecho de propiedad estableciendo normas de carácter material y conceptos patrimoniales autónomos. Las de carácter material se refieren a soluciones concretas, las otras integran tanto definiciones como nociones en el contexto del Reglamento (heredero, legatario, ejecutor, entrega de bienes, pagos...) teniendo presente que los conceptos utilizados en los instrumentos de la Unión se han de definir de forma uniforme e independientemente de los Derechos nacionales, pero en este instrumento. Entre los conceptos autónomos que el Reglamento establece destaca el de sucesión *mortis causa*, con en el Derecho patrimonial[62].

La configuración del Derecho de propiedad, genéricamente considerado, se encuentra excluido de los Tratados, como puede observarse en el art. 345 TFUE al indicar que "Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros". Ahora bien, el Reglamento sucesorio, establece un concepto de sucesión *mortis causa*, que genera la creación o transmisión de propiedad. De una parte, el art. 1.1º dice, simplemente, que el Reglamento se aplica a la sucesión *mortis causa*[63]. El art. 3 define la sucesión por causa de muerte abarcando cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derivé de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato[64]. A este respecto, puede observarse el considerando 9.

De esta suerte, en torno a la sucesión por causa de muerte, relacionando los arts. 1.1º ("El presente Reglamento se aplicará a las sucesiones por causa

[62] A. Fernández–Tresguerres García, *Las sucesiones "mortis causa" en Europa: aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 93–94.

[63] A. Bonomi y P. Wautelet, *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de Julio de 2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 177.

[64] A. Fernández–Tresguerres García, *Las sucesiones* mortis causa…, *op. cit*.

de muerte. No será aplicable a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas."), 3.1.a) ("A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: a) «sucesión»: la sucesión por causa de muerte, abarcando cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato") y 23.e) ("1. La ley determinada en virtud de los arts. 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión. 2. Dicha ley regirá, en particular: e) la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado), junto al considerando 42 ("La ley determinada como aplicable a la sucesión debe regir la sucesión desde la apertura de la misma hasta la transmisión a los beneficiarios de la propiedad de los bienes y derechos que integren la herencia tal como establece esa ley"), se puede observar el concepto de propiedad sucesoria.

En virtud de lo anterior, en conjunción con los principios de equivalencia funcional (el patrimonio digital equivale al patrimonio material, no debiendo ser discriminados aquel respecto de cualquier otro tipo de manifestación) e inalterabilidad del derecho preexistente (es decir, mismos efectos jurídicos dentro del mismo marco normativo existente)[65], permitiría situar dentro de del Reglamento sucesorio la propiedad digital sucesoria, basada en la transmisión *mortis causa*.

Ahora bien, esto no significa no esté sujeta a problemática, pues la aplicación sucesoria a la transmisión de los derechos a los herederos y beneficiarios puede tener como consecuencia[66] que al ser investido como tal es posible que no pueda serle atribuido en base a la ley del Estado del lugar de situación de la propiedad digital.

3. El certificado sucesorio europeo

En este apartado, nuestra intención es determinar el posible uso del certificado sucesorio europeo en la materia que está siendo objeto de estudio. Siendo conscientes de que este apartado conlleva la necesidad una mayor profundidad, haremos hincapié en una serie de cuestiones, que serán fundamentales para trabajos venideros. De esta forma, siguiendo al Profesor Carrascosa[67] puede decirse que el certificado sucesorio europeo no tiene una definición legal. No obstante, siguiendo sus elementos característicos

[65] R. Illescas Ortiz, *Derecho de la contratación electrónica*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2019, pp. 43 y 52.

[66] A. Bonomi y P. Wautelet, *El derecho europeo…, op. cit*.

[67] J. Carrascosa, *El Reglamento sucesorio europeo..., op. cit.*

previstos en el Reglamento se puede determinar que es aquel documento oficial que acredita la cualidad de heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia y que puede ser utilizado por dichos sujetos para invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o para ejercer sus derechos como tales.

De esta completa definición resulta obvio el carácter probatorio del certificado sucesorio, así como quién puede instar su expedición, su finalidad y efectos, lo que se puede observar también en los arts. 63 y 69 del Reglamento. En relación a quién puede utilizar el certificado y con qué finalidad hablamos de "los herederos, legatarios que tengan derechos directos en la herencia y ejecutores testamentarios o administradores de la herencia que necesiten invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o ejercer sus derechos como herederos o legatarios, o bien sus facultades como ejecutores testamentarios o administradores de la herencia" (art. 63.1º).

El carácter probatorio aparece reflejado en el art. 63.2º donde pueden observarse algunos ejemplos[68] probatorios, como la cualidad de heredero o legatario y la atribución de bienes, entiéndase con ello también de los bienes digitales. Este efecto probatorio, de la cualidad y de la atribución, han de relacionarse con los efectos del art. 69, que a su vez deben unirse a las cuestiones sucesorias que conforme al art. 23 se regirán por la ley sucesoria.

Respecto a los efectos habrá que tenerse en cuenta el art. 69 junto con el considerando 71 que no dice que "el certificado debe surtir los mismos efectos en todos los Estados miembros. No debe ser un título con fuerza ejecutiva por sí mismo, pero debe tener efecto probatorio y se ha de presumir que demuestra de manera fidedigna elementos que han quedado acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a elementos específicos, tales como la validez material de las disposiciones *mortis causa*". Junto a esto debe tenerse en cuenta que el certificado sucesorio no acredita la propiedad de los bienes hereditarios, ya que no constituye un título de propiedad[69].

[68] Ya que puede certificarse, por ejemplo, la ley aplicable que conduzca a la finalidad expresada, tal y como puede verse en el art. 69.2º *ab initio* y en el formulario V del Reglamento de ejecución (UE) no 1329/2014 de la Comisión de 9 de diciembre de 2014 por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

[69] I. Anton Juarez, "Certificado sucesorio europeo", en A.–L. Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez (dirs.) *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 313–360.

De lo anterior, se denota que el certificado sucesorio participa de la acreditación del *iter sucesorio*, pero no va a constituir certeza en la existencia de la propiedad digital, lo que conllevará necesaria indagación por la autoridad emisora de las declaraciones y demás documentos presentados por el solicitante, que no estará exenta de problemática.

VII. Conclusiones

No es fácil hablar de la muerte. A nadie le gusta recordar su propia mortalidad, pero la muerte es algo a lo que todos enfrentamos y, aunque, es posible que no se pueda controlar, si se puede controlar, a veces, lo que se deja atrás. Por adoptar una postura proactiva, puede asegurarse, con la problemática manifestada, que existe patrimonio digital y, por tanto, propiedad digital, lo que nos permite hablar de que hay objeto digital de la sucesión. La determinación no está exenta de problemática ni discusión jurídica, ni tampoco hay garantía de que, a pesar de establecer la voluntad de uno, en relación con el patrimonio digital, se vaya a llevar a cabo.

Al observarse la existencia de este patrimonio digital, se ha observado como la misma puede entrar dentro de la aplicación del Reglamento sucesorio; pues, como se ha observado, tiene una repercusión transfronteriza, entra dentro de las definiciones del art. 3 y, a su vez, podrá usarse el certificado sucesorio para la acreditación de *iter sucesorio*.

La repercusión transfronteriza puede observarse en que el elemento extranjero presente en la sucesión *mortis causa* podrá ser de distinto tipo, clase o naturaleza y puede referirse a distintos aspectos de la sucesión, ya sea porque el causante posea nacionalidad extranjera y reside habitualmente en otro país. Asimismo, puede advertirse la que la propiedad digital sucesoria, basada en la transmisión *mortis causa*, aunque esto no significa no esté sujeta a problemática. Finalmente, como decimos, el certificado sucesorio participa de la acreditación del *iter sucesorio*, del patrimonio digital, pero no constituye certeza en la existencia de la propiedad digital, lo que conllevará necesaria indagación por la autoridad competente.

Bibliografía

Anton Juarez, I.: "Certificado sucesorio europeo", en A.–L. Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez (dirs.) *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo sobre sucesiones* mortis causa, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 313–360.

Aziz, A., Telang, R.: "What Is a Digital Cookie Worth?", *SSRN*, marzo, 2016, pp. 3–37.

Bartolini, C., Santos, C. y Ullrich, C.: "Property and the cloud", *Computer Law & Security Review*, nº 2, abril, 2018, pp. 358–390.

Bonomi, A. y Wautelet, P.: *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) N° 650/2012, de 4 de Julio de 2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015

Bumbaca, V.: "CJEU on the deceased's habitual residence", Conflicto f Laws.net, 30 de julio de 2020.

Calvo Caravaca, A–L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª Granada, Comares, 2018.

Cámara Lapuente, S.: *La sucesión mortis causa en el patrimonio digital: una aproximación,* conferencia dictada en el colegio notarial de Madrid, salón académico, el 24 de enero de 2019.

Cámara Lapuente, S.: "La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: una aproximación", *El Notario del Siglo XXI*, nº 84, marzo–abril, 2019, pp.138–144.

Cámara Lapuente, S.: "La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2019, pp. 375–432.

Carrascosa González, J.: "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *CDT*, nº 1, 2014, pp. 5–44.

Carrascosa, J.: *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Madrid, Rapid Centro, 2019, p. 69.

Carrillo Pozo, L. F.: "Una síntesis del Reglamento 650/2012: residencia habitual del *de cuius*, funciones judiciales, professio iuris. Comentario a la sentencia del tribunal de justicia (sala primera) de 16 de julio de 2020, Asunto C–80/19", *CDT*, marzo 2021, vol. 13, nº 1, pp. 755–766.

Cerrillo I Martinez, A.: "How do we provide the digital footprint with eternal rest? Some criteria for legislation regulating digital wills", *Computer Law & Security Review*, vol. 34, nº 5 2018, pp. 1119–1130.

CNUDMI/UNCITRAL: Propuesta del Gobierno del Canadá: posible labor futura en materia de comercio electrónico: cuestiones jurídicas que afectan a la informática "en la nube", Nueva York, 7 a 18 de julio de 2014.

CNUDMI/UNICTRAL: *Aspectos contractuales de la computación en la nube*, Nueva York, 24 a 28 de abril de 2017.

Cuerva de Cañas, J. A.: "La propiedad intelectual en el mundo digital", en *Sociedad Digital y Derecho* (T. de la Quadra–Salcedo y Fernández del Castillo (dir.), J.L. Piñar Mañas (aut.), Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018, pp. 719–740.

Cuthbertson, A.: "Estonia First Country to Offer EResidency Digital", *International Business Times*, 2014.

De Miguel Asensio, P. A.: "Mercado único digital y propiedad intelectual: las Directivas 2019/789 y 2019/790", *La Ley: Unión Europea,* nº 71, 2019.

Diago Diago, M.P.: "La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro ?", *Diario La Ley*, nº 8432.

Díaz–Noci, J.: "Intellectual property and transmedia informative products: A comparative, transnational legal análisis", *Hipertext.net: Revista Académica sobre Documentación Digital y Comunicación Interactiva*, nº 20, 2020.

Edwards, E. y Harbinja, E.: "What happens to my Facebook profile when I die? Legal Issues Around Transmission of Digital Assets on Death", *CREATe Working Paper*, nº 5, 2013, pp. 1–25.

Fernández–Tresguerres García, A.: *Las sucesiones "mortis causa" en Europa: aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 93–94.

Fosch Villaronga E., Kieseberg y P., Li, T.: "Humans forget, machines remember: Artificial intelligence and the Right to Be Forgotten", *Computer Law & Security Review,* vol. 34, nº 2, 2018, pp. 304–313.

García Jociles, U.: "El Reglamento europeo 650/2012 y la tecnología: los *smart testaments*", *Derecom*, nº 30 (marzo–septiembre de 2021), pp. 77–89.

Garriga Domínguez, A.: *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era de las big data y de la computación ubicua*, Madrid, Dykinson, 2016.

Illescas Ortiz, R.: *Derecho de la contratación electrónica*, 3ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters.,2019.

Janeček, V.: "Ownership of personal data in the Internet of Things", *Computer Law & Security Review*, nº 34, 2018, pp. 1039–1052.

Lehmann, M.: "The Court of Justice on the Succession Regulation: Matthias Lehmann on the E.E. Case", *The European Association of Private International Law*, 21 de octubre de 2020.

Madrid Parra, A.: "Aspectos jurídicos de la identificación en el comercio electrónico", en *Derecho del comercio electrónico. (primeras Jornadas celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid)* (Coord. I. Ramos Herranz; Rafael Illescas Ortiz (Dir.), La Ley, 2001.

Madrid Parra, A.: "La identificación electrónica", *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 15, 2001, pp. 5–61.

Mccallig, D.: "Private but eventually public: why copyright in unpublished works matters in the digital age", *SCRIPTed J Law Technol Soc*, nº 20, 2013, pp. 39–56.

Mcewen, A. y Cassimally, H.: *Internet de las cosas. La tecnología revolucionaria que todo lo conecta*, Madrid, Anaya Multimedia, 2014.

Merchán Murillo, A.: *Firma electrónica: Funciones y problemática: especial referencia al Reglamento (UE) nº 910/2014, relativo a la identificación electrónica por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE de firma electrónica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

Merchán Murillo, A.: "Cuestiones esenciales en torno a la identidad electrónica", *La Ley: mercantil*, nº. 42, diciembre, 2017.

Merchán Murillo, A.: "La identidad electrónica como elemento fundamental del contrato", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº. 47, 2018.

Moralejo Imbernón, N.: "El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales", *ADC*, t. LXXIII, 2020, fasc. I, pp. 241–281.

OCDE: "Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value", *OECD Digital Economy Papers*, nº 220.

Osborne Clarke LLP: *Legal study on ownership and access to data (European Commission 2016)*.

Pabón Cadavid, J.: "Protección legal a los metadatos y la gestión digital de los derechos de autor", *Ius et Praxis*, vol. 26, nº. 1, 2020, pp. 57–76.

Prins, J.E.J.: "The propertization of personal data and identities", *Electronic Journal of Comparative Law.*, nº 8, 2004, pp. 3–25.

Ripoll Soler, A.: "Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*", *Revista de Derecho Civil*, V. III, nº 2, abril–junio 2016, pp. 44–47.

Rodríguez Benot, A.: "La administración de la herencia en las sucesiones internacionales: especial referencia al derecho comunitario europeo", *Academia Sevillana del Notariado*, t. 19, 2009, pp. 253–304.

Rodríguez Benot, A.: "El ordenamiento aplicable a la sucesión mortis causa en el sistema español de Derecho internacional privado", *Academia Sevillana del Notariado*, t. 27, 2016, pp. 75–96.

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* (coord. Jesús Ramos Prieto), Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2016,

Rodríguez Benot., A.: "Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte en el Reglamento de la Unión Europea 650/2012: especial referencia a la legítima", en *Derecho sucesorio comparado: las experiencias española y mexicana en un contexto internacional* (coord. por César Hornero Méndez, Alfonso Ybarra Bores, Nuria González Martín, Elí Rodríguez Martínez), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Rodríguez Benot, A.: *Manual de Derecho Internacional Privado*, 8ª ed., Madrid, Tecnos, 2021.

Santos Morón, M.J.: "La denominada "herencia digital": ¿necesidad de regulación? estudio de Derecho español y comparado", *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 413–438.

Steel, E., Locke, C. y Cadman, E.: "How much is your personal data worth?", *Financial Times*, 2017.

Steinmetz, K.: "Your Digital Legacy: States Grapple with Protecting Our Data After We Die", *Time*, noviembre, 2012.

Sullivan, C.: "Digital identity. From emergent legal concept to new reality", *Computer Law & Security Review*, vol. 34, nº 4, 2018, pp. 723–731.

Sullivan, C.: "Protecting digital identity in the cloud: Regulating cross border data disclosure", *Computer Law & Security Review*, vol. 30, nº 2, abril 2017, pp. 137–152.

Sulzberger, A. G.: "How the Times Thinks About Privacy", *New York Times*, 2019.

Watkins, F.: "Digital Properties and Death: What Will Y ties and Death: What Will Your Heirs Ha our Heirs Have Access to after You Die?", *Buff. L. Rev*., 2014, pp. 193–235.

Ybarra Bores, A.: "La sucesión *mortis causa* de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas", *CDT,* vol. 7, nº 1, 2015, pp. 226–254.

Ybarra Bores, A., *La sucesión mortis causa de ciudadanos británicos en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Recibido: 12 julio 2021
Aceptado: 5 noviembre 2021

Los menores no acompañados en la regulación de la inmigración por la Unión Europea

Manuel MEDINA ORTEGA*

SUMARIO: I. La protección del menor en el Derecho internacional y en el Derecho de la UE. II. La inmigración irregular en el Derecho de la UE. III. La situación especial de los MENAS. IV. Conclusiones

RESUMEN: Esta Comunicación aborda algunos de los problemas que plantea a la Unión Europea la llegada a su territorio de un flujo importante de menores inmigrantes no acompañados (MENAS). El Derecho internacional impone a las autoridades de los países de llegada la obligación de proporcionar una protección espacial a los MENAS que se encuentren en su territorio. El art. 24 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales establece el derecho de los niños a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar y sobre la base del reconocimiento de consideración primordial al interés superior del niño. La protección del menor resulta difícil en los casos, cada vez más frecuentes, de llegada a la UE de gran número de menores que no cumplen los requisitos legales de admisión en el territorio de sus Estados miembros. El reconocimiento de una protección especial a los MENAS por parte de la UE no resuelve las dificultades prácticas que plantea la falta de correspondencia entre la normativa europea y la de los países de origen y, sobre todo, por la falta de sistemas estructurados de colaboración de las autoridades del país de origen con las del país de acogida. La Comunicación subraya las contradicciones resultantes de la falta de correspondencia de las normas de la UE y de sus sistemas institucionales de protección de menores con el Derecho y las instituciones de protección de los países de origen.

PALABRAS CLAVE: DERECHOS DEL NIÑO – OBLIGACIONES DE PROTECCIÓN – PAÍSES DE ORIGEN – PAÍSES DE ACOGIDA

ABSTRACT: This contribution deals with some of the problems that the arrival of a substantial flow of unacompanied minor immigrants poses to the European Union. International law imposes to the authorities of the countries of destination the duty to protect the unaccompanied minors staying in their territory. Article 24 of the Charter of Fundamental Rights of the EU establishes the right of the children to be protected and to receive required care on the basis of the acknowledgment of the superior interest of the minor as a primary consideration. The protection of minors becomes difficult with the growing number of cases of children arriving in the EU without fulfilling the requirements for legal admission. The recognition by the EU of special

* Catedrático jubilado de Derecho internacional y Relaciones internacionales. Profesor honorífico de la Universidad Complutense de Madrid

AEDIPr, t. XXI, 2021, pp. 359–373
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.14

protection for unaccompanied minors does not prevent the occurrence of practical difficulties as a consequence of the lack of correspondence between the EU rules and those of the country of origin and, above all, due to the absence of a system of structured cooperation and by the lack of correspondence between the EU rules and the rules of the countries of arrival and those of the countries of origin. An institutional siystem of cooperation between the national authorities of the countries of origin and those of the countriesof destination is urgently required. This Communication underlines the contradictions arising out of the lack of correspondence between the EU rules and its system of institutions with the law and institutions of the countries of origin.

KEYWORDS: RIGHTS OF THE CHILD – OBLIGATION TO PROTECT – COUNTRIES OF ORIGIN – COUNTRIES OF DESTINATION

I. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO DE LA UE

Los "niños" o "menores de edad" gozan de un régimen especial de protección internacional. En 1924, por iniciativa de la activista social británica Eglantyne Jebb, fundadora, junto con su hermana Dorothy Buxton, de la ONG Save the Children, la Quinta Asamblea de la Sociedad de Naciones adoptó por unanimidad una Declaración de los Derechos del niño. Su Preámbulo declaraba que "los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia" una serie de principios básicos de protección a la infancia. En los cinco breves artículos de su texto se incluían compromisos sobre la puesta del niño "en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual" (Primero), sobre la obligación de alimentar al niño hambriento, de atender al niño enfermo, de ayudar al niño deficiente, de asentar al niño desadaptado, y de recoger y ayudar al huérfano y al abandonado (Segundo). En una situación de calamidad el niño debería recibir ayuda con carácter prioritario (Tercero). Se imponía también la obligación de poner al niño en condiciones de ganarse la vida y de protegerle frente a toda forma de explotación (Cuarto), así como de educarle "inculcando en él el sentido del deber que impone la obligación de ofrecer sus mejores cualidades para el servicio del prójimo" (Quinto).

Aunque la Declaración carecía de carácter vinculante, fue incorporada a los archivos del Conseil d´État del Cantón de Ginebra y sirvió de precedente para la adopción de la "Declaración de los Derechos del niño" por la resolución 1386/XIV de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959. Antes de la adopción de esta resolución, la Declaración Universal de Derechos humanos aprobada por la resolución de la AG 217/III el 10 de diciembre de 1948, había recogido, en sus arts. 25 y

26, ciertas obligaciones de protección a la infancia. La AG estableció, el 11 de diciembre de 1946, el "Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). El 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General adoptó y abrió a la firma y ratificación la "Convención sobre los Derechos del Niño" (Resol. 44/XXV).

La "Carta de los Derechos fundamentales de la UE", proclamada el 7 de diciembre de 2000, incorporó un art. 24 sobre los "Derechos del niño", que estableció el derecho de los menores a "la protección y los cuidados necesarios para su bienestar" y consagró el principio de la obligación de otorgar "consideración primordial" al "interés superior del niño". El art. 6 TUE concedió a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados y declaró que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes formaban parte del Derecho de la UE como principios generales del mismo. El Convenio Europeo no incluye cláusulas especiales sobre los derechos del niño, aunque cabe encontrar preceptos relevantes para la infancia en algunas de las disposiciones de su texto fundamental y de sus protocolos complementarios, como el art. 8, relativo a la vida privada y familiar, o el art. 2 del Protocolo adicional de 20 de marzo de 1952 sobre el "derecho a la educación". La protección de los derechos del niño está incluida en la agenda de la UE sobre derechos humanos, siendo objeto de especial atención por parte de la Agencia Europea de los Derechos humanos (AEPDH), con sede en Viena.

La protección de los derechos humanos no produce, sin embargo, el efecto de ampliar de forma automática las competencias de las instituciones comunes ni de reducir las competencias de los Estados miembros en este ámbito. Aunque el art. 51 de la Carta impone a las instituciones, órganos y organismos de la UE y a los Estados miembros el respeto de los derechos incluidos en ella, la observancia de sus principios y la promoción de su aplicación, esta disposición no modifica las competencias que los Tratados atribuyen a la UE, en la que impera el reconocimiento del principio de subsidiariedad. El ap. 2 de este artículo insiste en que la Carta "no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados". La aplicación de las disposiciones de la Carta que contengan principios en este ámbito requiere, para su realización efectiva, la adopción por las instituciones, órganos y organismos de la UE y, en su caso, por los Estados miembros, en el ejercicio de sus competencias respectivas, de medidas concretas de aplicación, aunque pueden alegarse ante un órgano

jurisdiccional como instrumento para la interpretación y el control de la legalidad de los actos en cuestión (art. 52, ap. 5).

Debido a la complejidad y dificultades de los procesos normativos en la UE, la protección del menor se lleva a cabo, en gran parte, a través de la jurisprudencia, nacional y supranacional. Tiene gran importancia en este ámbito la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH), adoptada en el ámbito del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), ya que, de conformidad con el art. 52, ap. 3, de la Carta, el sentido y alcance de los derechos que ésta reconoce serán iguales a los que confiere el CEDH si se corresponden con los que éste garantiza.

II. La inmigración irregular en el Derecho de la UE

La inmigración irregular constituye en la actualidad una cuestión preocupante y de difícil solución para la UE. Desde la consolidación de los Estados europeos a finales de la Edad Media y la expansión ultramarina de los siglos XVI y XVII, los europeos se convirtieron en emigrantes hacia las diferentes áreas del planeta. Los pueblos originarios de esta parte del mundo conquistaron y colonizaron grandes espacios en los distintos continentes en respuesta a las exigencias de que les imponían su desarrollo económico y su espectacular crecimiento demográfico. Las sucesivas crisis económicas, las convulsiones políticas internas y las guerras civiles e internacionales que dominaron la Edad Moderna europea forzaron a los habitantes de esta parte del mundo a salir de sus hogares tradicionales y a buscar nuevos medios de vida en espacios remotos. La situación cambió radicalmente tras la segunda guerra mundial, cuando la consolidación en la Europa occidental de sistemas democráticos de gobierno basados en el Estado de Derecho y la protección de los derechos individuales facilitó el desarrollo económico e hizo posible que esta parte del mundo resultara atractiva para pueblos procedentes de otras latitudes que tenían que recurrir, ahora, a la emigración para sobrevivir en unas circunstancias locales difíciles originadas por el crecimiento demográfico, el empeoramiento de las condiciones económicas y la multiplicación de los conflictos internos e internacionales en amplias zonas del planeta a las que se designa genéricamente como "Tercer Mundo". Europa se convirtió entonces en polo de atracción para millones de personas que huían del hambre, de la miseria y de persecuciones en sus países de origen por razones étnicas, culturales o políticas.

Los nuevos procesos migratorios hacia Europa se desarrollaron, en un principio, de manera natural y de forma casi inadvertida. El desarrollo de los países europeos democráticos de economía capitalista demandaba una mano de obra extranjera dispuesta a trabajar en unas condiciones laborales que los europeos, que gozaban de un nivel de vida más alto, no estaban dispuestos a soportar. Los países que contaban aún con extensos territorios coloniales, como Francia e Inglaterra, pudieron tirar para su desarrollo de postguerra de este recurso vital sin poner en peligro su estabilidad interna, ya que los trabajadores procedentes de sus colonizas gozaban del privilegio de estar vinculados jurídicamente con los territorios metropolitanos europeos de los que países de que dependían. Más tarde, con la consolidación en las Comunidades Europeas del derecho a la libre circulación, la oferta de empleo europeo se extendió, con carácter general, a las personas procedentes de los países de menor desarrollo económico, con independencia de su vinculación política con uno u otro de los Estados miembros. La estructura de la población en los países miembros de las Comunidades Europeas resultó profundamente alterada por este cambio de las corrientes migratorias que se ha venido produciendo durante la segunda mitad del siglo XX y las primeras décadas del siglo XX. Europa dejó de ser "blanca" para convertirse, como América, en un espacio mixto desde el punto de vista étnico, ocupado por poblaciones mestizas. Los europeos se han ido habituando a un nuevo tipo de sociedad cosmopolita en la que se han visto obligados a convivir con personas de muy distinto origen étnico y que ofrece, además, una gran diversidad cultural y religiosa que esta parte del mundo no conocía desde los lejanos tiempos de la Edad Media. Con ello, Europa vuelve a enfrentarse, tras varios siglos de homogeneización étnica y cultural, con problemas de convivencia entre diferentes pueblos y culturas similares a los experimentados en épocas anteriores. Este cambio demográfico y cultural ha originado la aparición de movimientos sociales y políticos contrarios a la aceptación del fenómeno migratorio y se ha desarrollado una nueva forma de la xenofobia que reclama la adopción de medidas urgentes para el control de la inmigración.

La concesión por el Reino Unido de la independencia a sus principales colonias llevó a muchos ciudadanos del antiguo Imperio británico a instalarse en el territorio metropolitano, en el que podían disfrutar de las medidas de protección social del "Estado del bienestar" que el Partido laborista había conseguido consolidar entre 1945 y 1951. Apareció entonces el primer movimiento xenófobo, en el que el diputado conservador Enoch Powell hizo de punta de lanza, que consiguió que se adoptaran normas restrictivas sobre la admisión de inmigrantes en el Reino Unido, que introdujeron cambios esenciales en cuanto a los derechos de los ciudadanos británicos de etnias ajenas al substrato "anglosajón" de la población. Se dio,

así, la paradoja, de que a muchos "ciudadanos británicos" nacidos fuera de las Islas Británicas se les prohibiera la entrada en el territorio metropolitano británico.

Francia, que durante la III y la IV Repúblicas, entre 1870 y 1958, había hecho gala de cosmopolitismo con la aceptación masiva de inmigrantes procedentes de sus colonias, y que mantuvo una política generosa hacia ellos durante la V República, basándose en el nacionalismo galo ecuménico de su fundador, el general De Gaulle, dirigido a reforzar la Communauté de Francia y sus antiguos territorios coloniales. La prosperidad económica de los años cincuenta y sesenta permitió acoger en el territorio metropolitano francés a millones de ciudadanos procedentes de las posesiones ultramarinas, que incluían tanto a los *pieds noirs*, descendientes de colonos europeos en Argelia, como a integrantes de poblaciones nativas, muchas de ellas de religión musulmana, que chocaban culturalmente con los principios laicos de la Francia republicana. Un antiguo oficial paracaidista enfrentado a De Gaulle y a su política de descolonización y de apertura a la inmigración de ciudadanos no europeos, Jean–Marie Le Pen, crear una estructura partidaria con el nombre de "Frente Nacional", basada en el nacionalismo y en el rechazo a la inmigración. Desde unos orígenes muy modestos como partido contestatario, el Frente Nacional ha pasado a ser la alternativa al tradicional político tradicional de la República francesa basado en la alternancia de las fuerzas de la derecha y de la izquierda, para sustituirlo por opciones más radicales centrados en el reto de la inmigración y de los desafíos culturales que ésta plantea a la laicidad y al pluralismo del republicanismo francés. El desarrollo del islamismo radical y la multiplicación de atentados criminales contra civiles indefensos y contra los símbolos tradicionales de la República francesa han proporcionado munición a la nueva xenofobia francesa y contribuido a la adopción por gobiernos de muy diferente signo político de medidas contra la inmigración, que incluyen rígidos controles de entrada y deportaciones masivas de inmigrantes en situación irregular.

Procesos parecidos de xenofobia se han producido en otros países con antiguas posesiones coloniales, como Bélgica, España, Italia, los Países Bajos y Portugal. Incluso países con escaso desarrollo colonial en el pasado como Alemania, Austria, Dinamarca, Suecia o Finlandia, que se beneficiaron económicamente en un principio con la llegada de inmigrantes de países no europeos, han invertido sus políticas generosas de aceptación de extranjeros con medidas restrictivas, respondiendo a la actitud negativa de sus nacionales hacia inmigrantes que son percibidos por sus poblaciones respectivas como ajenos, e incluso contrarios, a sus respectivas culturas nacionales.

La UE en su conjunto se ha ido adaptando al cambio de situación y a la nueva actitud de una parte importante de sus ciudadanos en contra de la inmigración, con la adopción de políticas que introducen limitaciones cada vez mayores a la inmigración regular de ciudadanos extranjeros, sobre todo los procedentes de áreas y países con diferencias étnicas y culturales con respecto a las poblaciones europeas. Frente a las generosas políticas migratorias de los Tratados comunitarios originales sobre la asociación de países de ultramar, la normativa europea se ha ido haciendo cada vez más restrictiva, lo que ha llevado a limitar la inmigración regular y ha abierto la mano al desarrollo de la inmigración irregular.

El párr. 6 º del Preámbulo del TFUE recogía el "deseo" de los Estados signatarios de "contribuir, mediante una política comercial común, a la progresiva supresión de las restricciones a los intercambios internacionales", y el párr. 7º expresaba el propósito de "reforzar la solidaridad de Europa con los países de ultramar" y de "asegurar el desarrollo de su prosperidad, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas". El art. 67, ap. 2, previó el desarrollo de "una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países". El ap. 3 de este mismo artículo obliga a la UE a adoptar medida de prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia. El cap. 2 del Tít. V del Libro tercero, se ocupa de las "políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración" y prevé la adopción de normas sobre visados, controles en las fronteras exteriores y condiciones de circulación de nacionales de terceros países en el interior de la UE, así como el establecimiento de un sistema integrado de control de las fronteras exteriores. También contempla la adopción de disposiciones relativas a los pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado (art. 77). La UE está obligada a desarrollar una política común en materia de asilo y de protección subsidiaria destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el principio de no devolución, de conformidad con la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el estatuto de los refugiados y otros tratados pertinentes (art. 78). Se prevé, en especial, la adopción de una política común de inmigración (art. 79).

Sobre la base de estos textos constitucionales, la UE ha desarrollado un amplio conjunto de normas, que han ido evolucionando en función de las circunstancias políticas que acabamos de mencionar, pero que son de carácter cada vez más preventivo y represivo, con el reforzamiento de las exigencias de visados y del control de las fronteras exteriores, la vigilancia de los espacios marítimos, la regulación del tráfico transfronterizo terrestre,

la prohibición de ayudas a la inmigración ilegal y a la expulsión de inmigrantes irregulares. Algunas normas de la UE van dirigidas, sin embargo, a facilitar la entrada en el territorio de la UE de ciudadanos no comunitarios, con la facilitación de la reunificación familiar y la concesión del asilo y de otras formas de protección subsidiaria a personas que se ven forzadas a abandonar sus países de origen. Entre ellas ocupan un lugar especial las dedicadas a la protección de menores en los procesos migración y las relativas a los MENAS.

III. Situación especial de los MENAS

A lo largo de la historia, los procesos migratorios se insertan, normalmente, en el marco de grandes crisis sociales en los países de origen, que fuerzan a parte de su población a salir de ellos. Los procesos migratorios no suelen ser la suma de decisiones individuales de traslado de residencia a la búsqueda de una experiencia particular que llene las perspectivas vitales del migrante, sino que se corresponden con movimientos sociales de gran magnitud que impulsan a familias enteras, e incluso a organizaciones de mayor dimensión, a abandonar sus países de origen por razones de supervivencia o de búsqueda de mejores condiciones de vida. A la inversa, los países de llegada de inmigrantes suelen adoptar medidas restrictivas para evitar el desbordamiento de sus sociedades por la llegada masiva de inmigrantes que pueden producir reacciones negativas en las poblaciones ya asentadas en su territorio, incluso cuando éstas son el resultado de movimientos migratorios anteriores.

El Consejo Europeo de Tempere, de 15 y 16 de octubre de 1999 marcó un giro importante en la política de la UE en este ámbito al proponer un nuevo planteamiento coherente en materia de inmigración y asilo. El Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004 pidió el establecimiento de una política eficaz de expulsión y repatriación para que las personas pudieran ser "retornadas" (es decir, "expulsadas") "humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad". Varias directivas de la UE se refieren a la situación de los MENAS:

- Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001 sobre protección temporal
- Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, sobre condiciones de acogida Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho de reunificación familiar.,

completada por la Comunicación 2014, 210 final, de la Comisión, de 3 de abril de 2014.

- Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre el permiso de residencia a nacionales de terceros países.
- Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, art. 2, inciso i), sobre cualificaciones.
- Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre los procedimientos, que incorpora la mención de los apátridas y la edad de 18 años como referencia para la mayoría de edad
- Directiva 2011/95/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 1911, cuyo art. 2, inciso 1), define el MENA en los siguientes términos: "El menor de 18 años no nacional de la UE o apátrida que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él, incluyendo al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros"
- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la acogida de solicitantes de protección internacional.
- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013

Continuando con esta labor normativa, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron, el 16 de diciembre de 2008, la Directiva 2008/115/CEE, publicada en el DOUE L 348, de 224 de diciembre de 2008, pp. 98–107, "relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular", conocida generalmente como "Directiva Retorno".

El ap. 4 del Preámbulo de esta Directiva justificaba su adopción por la necesidad de "fijar normas claras, transparentes y justas para establecer una política efectiva de retorno como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada", y el ap. 8 reconocía "que es legítimo que los Estados miembros hagan retornar a los nacionales de terceros países en situación irregular". Pero el ap. 7 consideraba que "la cooperación internacional con los países de origen en todas las fases del proceso de retorno constituye un requisito previo para la consecución de un retorno sostenible". El objetivo de la directiva no es, sin embargo, la expulsión de los

inmigrantes en todos los supuestos. Por el contrario, para el retorno de menores de edad, el art. 5 de la Directiva obliga a los Estados miembros a tener en cuenta "el interés superior del niño" (ap. a)) y "la vida familiar" (ap. b)). El art. 10 establece garantías especiales para el retorno y expulsión de menores no acompañados, obligando a conceder la asistencia de los servicios pertinente distintos de las autoridades encargadas de la ejecución de retorno antes de dictar una decisión de retorno de un menor no acompañado, "teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño". El ap. 2 de este artículo establece que "antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno". El art. 17 establece, además, ciertas garantías para el internamiento de menores y familia. El internamiento de los menores no acompañados y de las familias con menores sólo se llevará a efecto "como último recurso y ello por el menor tiempo posible" (ap. 1), tomando como consideración primordial "el interés superior del niño" (ap. 5). A los menores internados se les dará la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad, y, dependiendo de su edad, tendrán acceso a la educación (ap. 3). Además, a los menores no acompañados se les facilitará, "en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad" (ap. 4).

La Directiva Retorno, como todos los instrumentos legales de este tipo, requiere normas nacionales de aplicación. Cada legislador nacional goza de un amplio margen de apreciación para determinar las decisiones relativas a la devolución de los MENAS. El Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las condiciones establecidas por la legislación neerlandesa para el retorno de los menores no acompañados en la sentencia de 14 de enero de 2021 en el as. *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C–441/19. La exposición que el menor, TQ, hizo de su trayectoria vital es típica del destino de los MENAS en sus desplazamientos a Europa. Habría nacido en Guinea en el año 2002. Desde su más tierna infancia se habría trasladado a Sierra Leona para vivir con una tía. Tras el fallecimiento de ésta, habría entrado en contacto con un hombre de Nigeria que lo habría llevado a Euopa. En Amsterdam habría sido víctima de trata de seres humanos y de explotación sexual, lo que le habría provocado graves trastornos psíquicos. El 30 de junio de 2017, cuando tenía 15 años y 4 meses, solicitó permiso de residencia en los Países Bajos. Alegaba que no sabía donde residían sus padres y que, en caso de volver a su país de origen, no sería capaz de reconocerlos, que no conoce a ningún otro miembro de su familia y que no sabe siquiera si existen, y que no habla del idioma del país

de origen. Su única familia sería la que lo acogía en los Países Bajos. El 23 de marzo de 2018, cuando TQ tenía 16 años y un mes, el Secretario de Estado de Justicia y Seguridad resolvió de oficio que el interesado no tenía derecho a un permiso de residencia por tiempo determinado, aunque autorizó el aplazamiento provisional de la salida de los Países Bajos durante un plazo máximo de 6 meses, o antes, si se adoptaba una resolución de oficio, hasta que la Oficina de Asesoramiento Médico de los Países Bajos hubiera realizado el reconocimiento médico necesario para comprobar si el estado de salud de TQ permitía su expulsión. El 16 de abril de 2018 TQ interpuso recurso contra dicha resolución ante el Tribunal de Primera Instancia de La Haya, sede de Bolduque/Hertogenbosch, El Secretario de Estado declaró, el 18 de junio de 2018 que no se concedía a TQ ningún aplazamiento de la expulsión por razones médicas, y el recurso administrativo presentado por TQ contra esta resolución fue desestimado por el Secretario de Estado el 27 de mayo de 2019.

El 12 de junio de 2019, el Tribunal de Primera Instancia adoptó una resolución por la que suspendió el procedimiento y planteó al TJ de la UE tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de varias disposiciones de la Directiva Retorno que podrían afectar a la validez de las disposiciones neerlandesas en materia de extranjería. El TJ declaró que "antes de dictar una decisión de retorno de un menor no acompañado, el Estado miembro de que se trate debe realizar una apreciación general y exhaustiva de la situación de este menor, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño" y que el "Estado miembro debe cerciorarse de que en el Estado de retorno se encuentra disponible una acogida adecuada para el menor no acompañado". El Estado miembro no podría distinguir, a este respecto, "entre los menores no acompañados únicamente en función del criterio de su edad para comprobar si existe una acogida adecuada en el Estado de retorno". Finalmente, una vez que el Estado miembro, "tras haber adoptado una decisión de retorno respecto a un menor no acompañado" y haberse cerciorado de que "será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno no puede abstenerse posteriormente de proceder a su expulsión hasta que haya alcanzado los 18 años".

De esta sentencia prejudicial del TJ, cuyos resultados prácticos para el caso en litigio son difíciles de prever, se deducen algunas consecuencias sobre el estatuto jurídico de los MENAS en la UE. La primera es que los Estados miembros de acogida están obligados buscar la colaboración de las autoridades del país de origen para averiguar si se reúnen las condiciones para la devolución del menor al país de origen. La segunda conclusión es que las autoridades del Estado miembro de llegada no pueden retener en su

territorio al MENA hasta que cumpla la edad de los 18 años una vez que hayan adoptado la resolución de expulsión.

Con esta sentencia, el TJ entra en el análisis de los problemas reales que plantea la inmigración de los MENAS para las autoridades de los países de origen y de acogida. El menor no puede ser equiparado a un objeto en el tránsito de mercancías, sino que es una persona inserta en un sistema social. El interés superior del niño exige que predomine sobre cualquier otra consideración la integración del menor en un entorno familiar, social, político y económico que facilite el desarrollo de su personalidad.

Un niño no puede ser enviado de un país a otro tomando en consideración únicamente la mejora de sus condiciones materiales de vida. Las imágenes e informaciones periodísticas sobre la llegada de menores a las fronteras de países desarrollados, como los Estados Unidos o los países miembros de la UE, abren interrogantes sobre el respeto de los valores esenciales de la convivencia humana. Cuando los menores son utilizados como arma política contra otro Estado, como hizo el gobierno de Marruecos al incitar a sus niños a invadir el territorio español de Ceuta sin preocuparse por su suerte posterior, cuando ciudadanos de países latinoamericanos introducen clandestinamente a los menores de edad a través de las fronteras de los Estados Unidos con México, reforzadas con vallas de nueva construcción, o cuando se permite que se desplacen a través de espacios peligrosos, como el Atlántico o el Mediterráneo, en frágiles embarcaciones para llegar a un hipotético destino dorado en la Europa desarrollada, se olvidan elementos esenciales de toda sociedad humana, como son la continuidad generacional y la cohesión cultural. Además de la pérdida de vidas humanas que producen estas formas de emigración irregular, el traslado no controlado de los MENAS sus sociedades de nacimiento, relativamente primitivas, a otras mucho más desarrolladas, como pueden ser las actuales sociedades industrializadas de Europa o Norteamérica fomenta el desarraigo de los jóvenes migrantes. Al desarrollare como personas adultas en sociedades abiertamente hostiles a los inmigrantes, los jóvenes desarraigados pueden acabar implicándose en actividades violentas contra el sistema institucional de los países de acogida, como las que se han producido en los últimos años en Europa por parte de jóvenes inmigrantes o descendientes de inmigrantes de origen islámico.

La normativa de la UE en materia de MENAS, basada en principios generales de aceptación universal se ha expresado en algunos textos que reconocen los principios que deben inspirar la protección de la infancia, pero que dejan en manos de los ordenamientos nacionales y de instituciones regionales o locales, su protección, sin garantizar el mantenimiento de

vínculos esenciales de sociabilidad con las familias y comunidades de procedencia.

Una solución práctica podría ser la celebración de acuerdos entre los países de origen y los de destino, como el concertado entre España y Marruecos en 2007. Se trata de un texto inspirado en buenas intenciones, que parte del respeto del sacrosanto principio del "interés superior del menor" (párr. 3º del Preámbulo). Contiene un programa comprensivo, que incluye "medidas de prevención centradas en el desarrollo social y económico de las zonas de origen de los menores de edad no acompañados, así mismo como en la lucha contra las redes de tráfico de personas" (art. 2, ap. 1). El Acuerdo obliga a "la adopción de medidas de asistencia y protección de los menores marroquíes no acompañados que se encuentren en territorio español" (art. 2, ap. 2) y a "favorecer el retorno asistido de los menores al seno de sus familias o a la institución de tutela del país de origen, así como su reinserción social" (art. 2, ap. 3). Establece medidas de prevención dirigidas a "sensibilizar a los menores, a sus familias y a la sociedad en general, acerca de los riesgos que conlleva la emigración de menores no acompañados" (art. 3, ap. 1) y la puesta en práctica de "las acciones necesarias para luchar contra las redes y las organizaciones dedicadas al tráfico y a la explotación de menores, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11 de la Convención de los Derechos del Niño" (art. 3, ap. 2). España se compromete, además, a facilitar asistencia a los MENAS marroquíes, garantizándoles "igual protección que a sus nacionales" y a comunicar a "las autoridades competentes marroquíes, en el plazo de un mes a partir de la fecha de entrada ilegal del menor en territorio español, toda la información pertinente en relación con la situación de los menores objeto de las medidas de protección" (art. 4, ap. 1). Las autoridades marroquíes se obligan, por su parte, a proceder a "la identificación del menor y de su familia y a la expedición de documentación que demuestre su nacionalidad, en un plazo de tres meses a partir de la entrega de la documentación y/o información sobre el menor por parte de las autoridades competentes españolas" (art. 4, ap. 2, párr. 1º).

Parte importante del Acuerdo se refiere al retorno de los MENAS a su país de origen. En primar lugar, las Partes deberán llegar a "un acuerdo previo sobre el caso de menores que puedan ser objeto de regreso y asimismo sobre su número" (art. 4, ap. 2, párr. 2º). El art. 5 detalla las "acciones en materia de retorno". En primer lugar, el retorno de los MENAS a Marruecos será decidido por "las autoridades competentes españolas, de oficio o a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela sobre el menor", que habrán de resolver "con observancia estricta de la legislación española, las normas y principios del derecho internacional y de lo establecido en la

Convención sobre los Derechos del Niño" (art. 5, ap. 1). Ambas partes colaborarán para "garantizar en caso de retorno al país de origen, las condiciones de la reunificación familiar efectiva del menor o su entrega a cargo de una institución de tutela" (art. 2, ap. 2) y para "el establecimiento de un dispositivo de acogida dotado con recursos materiales y humanos cualificados, tanto públicos como privados o que procedan de ONGs que trabajan en el ámbito de la protección y de la repatriación de menores" (art. 5, ap. 3). España asume "la financiación de las acciones de protección y de repatriación de los menores de edad no acompañados" y ha de colaborar en "la cofinanciación de las acciones de prevención, en particular favoreciendo el desarrollo socioeconómico de las regiones de fuerte potencial económico" (art. 7). Finalmente, un Comité de seguimiento bilateral se ocupa de "analizar y evaluar las medidas adoptadas en materia de prevención, protección y retorno", proponer "cualquier acción que se considere necesaria en materia de evaluación de las condiciones de acogida, de los procesos de formación en España, de la aplicación de medidas de retorno y de la puesta en práctica de programas de reinserción socioprofesional" (art. 6).

El Acuerdo hispanomaroquí sobre MENAS se puede considerar ejemplar, pero se ha encontrado con dificultades de aplicación debido a la escasa disposición de las autoridades marroquíes a colaborar con los países de la en el retorno de los menores emigrantes. El Gobierno español, en respuesta escrita al Grupo parlamentarioio de Vox en las Cortes de 20 de marzo de 2020, reconoció que desde septiembre de de 2007 no se había materializado ninguna repatriación de MENAS marroquíes .

IV. Conclusiones

La normativa de la UE con respecto al trato de los MENAS está presidida por ciertos principios generales, como el reconocimiento de la primacía del "interés superior del menor", pero carece de una clara delimitación de objetivos concretos y medios para su consecución. El resultado es la falta de un marco comunitario para su regulación, que no puede ser sustituido por normas nacionales dictadas como respuesta a situaciones conflictivas concretas. En estas condiciones, la jurisprudencia comunitaria no puede desarrollar un marco normativo coherente.

El punto de partida para una regulación racional del estatuto de los MENAS debería ser un sistema comunitario de acuerdos entre los países de origen y los países de acogida que facilitara el establecimiento de mecanismos prácticos de colaboración entre las instituciones de protección a la infancia de los distintos Estados, que, entre otras cosas, permitiera a las

instituciones protectoras de los Estados de acogida entrar en contacto con las familias de los MENAS. No constituye una solución mantener a los menores en centros públicos de acogida en los países de llegada hasta que los menores alcancen su mayoría edad, a los 18 años, en los que se procedería a su expulsión o a su aceptación como inmigrantes adultos. El coste psicológico individual de esta situación en el período formativo de los MENAS es demasiado alto.

Recibido: 31 julio 2021
Aceptado: 11 octubre 2021

Protección de los MENA al alcanzar la mayoría de edad: incumplimiento de España de sus obligaciones internacionales y alcance de la reforma del Reglamento de Extranjería

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN*

SUMARIO: I. Introducción: el elefante en la habitación. II. Normativa internacional de protección de los niños y niñas a su llegada a la mayoría de edad. 1. Tratados internacionales. 2. Otros principios internacionales. 3. Derecho europeo. III. Situación en la que han quedado los MENA a partir de la mayoría de edad hasta noviembre de 2021. 1. Los datos y su situación administrativa. 2. MENA que llegaban a la mayoría de edad con autorización de residencia previa. 3. MENA que llegaban a la mayoría de edad sin autorización de residencia previa. IV. Los incumplimientos y la reforma inaplazable. 1. Incumplimientos de España de la legislación internacional hasta noviembre de 2021. 2. Real Decreto 903/2021: el acierto de la esperada reforma. V. Conclusiones.

RESUMEN: Nadie niega que los MENA que se encuentran en España tienen reconocidos en el ordenamiento jurídico español una protección que proviene del Derecho internacional. Sin embargo, la concepción generalizada sobre su protección es la de que una vez que llegan a la mayoría de edad deja de serles aplicable este régimen legal y esta pasa del todo a la nada, de 100 a 0. En el presente trabajo exponemos que, a nuestro juicio, esta es una lectura errónea de la normativa internacional y europea aplicable en España. Los y las menores que llegan a la mayoría de edad siguen teniendo un marco jurídico que procede de su minoría de edad que les protege y ampara y que las autoridades deben cumplir. En este trabajo analizamos con visión crítica dicho marco normativo internacional y cómo lo aplica la legislación española. También exponemos la práctica de las instituciones competentes de la tutela de los MENA en España. Hasta octubre de 2021 ni una ni otra cumplían las obligaciones internacionales de España. Estudiamos este incumplimiento y realizamos una primera aproximación al esperado cambio normativo surgido en España con el Decreto 903/2021 de 19 de octubre que da pasos decididos en la buena línea de cumplimiento de España de sus obligaciones internacionales.

PALABRAS CLAVE: MENA – MAYORÍA DE EDAD – PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS Y NIÑAS – LEGISLACIÓN ESPAÑOLA – DESPROTECCIÓN EN ESPAÑA.

Protection of MENA upon reaching the age of majority: failure of Spain to comply with its international obligations and scope of the reform of the Immigration Regulations

ABSTRACT: Nobody denies that the accompanied foreign minors who are in Spain have in the Spanish legal system a protection that originates in international law. However, the generalized

ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.15

conception is that once they reach the age of majority, this legal regime ceases to be applicable to them and this protection goes completely to nothing, from 100 to 0. In the present work we state that, in our opinion, this is an erroneous reading of the international and European regulations applicable in Spain. Minors who reach the age of majority continue to have a legal framework that comes from their minority age that protects and safeguards them and that the authorities must comply with. In this paper we analyze this international regulatory framework and how it is applied by Spanish legislation with a critical vision. We also expose the practice of the competent institutions for the protection of unaccompanied foreign minors in Spain. Until October 2021 neither one nor the other complied with Spain's international obligations. We studied this non–compliance and made a first approximation to the expected regulatory change that emerged in Spain with Decree 903/2021 of October 19, which takes decisive steps in the good line of Spain's compliance with its international obligations.

KEYWORDS: MENA — MAJORITY OF AGE — INTERNATIONAL PROTECTION OF BOYS AND GIRLS — SPANISH LEGISLATION —UNPROTECTED MINORS IN SPAIN.

I. INTRODUCCIÓN: EL ELEFANTE EN LA HABITACIÓN

1. Uno de los problemas más candente que tiene España en la actualidad es la gestión de flujos migratorios que nos llegan de nuestro entorno africano más cercano y que no ha tenido una respuesta adecuada, ni por la Unión Europea ni por los Estados miembros. Y más concretamente, el gran agujero negro es la gestión de los niños y niñas extranjeros menores no acompañados que llegan a nuestro territorio y la situación en la que quedan llegados a la mayoría de edad. A partir de ahora denominaremos a estos niños y niñas como MENA por ser el término más extendido y generalizado, si bien reconocemos que no es el más correcto. Este es un problema, como veremos más adelante, de largo recorrido[1]. Es el auténtico elefante en la habitación de nuestra regulación en inmigración y extranjería, el fenómeno que todos los juristas y la administración aprecian, pero al que nadie parecía saber darle solución hasta el pasado mes de octubre de 2021.

2. En el presente trabajo analizaremos esta situación desde sus dos perspectivas básicas, la legislativa y la administrativa. En cuanto a la legislativa expondremos cómo la regulación anterior a octubre de 2021 los

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020–114611RB–I00, "Protección del menor en las crisis familiares internacionales. (análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)" concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (lucas.perez@ulpgc.es).

[1] Como podemos apreciar hace ya 16 años, con un número de MENA ya significativo que señala el inicio del fenómeno en 1980 en M. R. Bravo Rodríguez, "La situación de los menores extranjeros no acompañados en España", *Consejo de Europa*, MG–RCONF (2005) 11, 10 de octubre de 2005, p. 3.

arts. 197 y 198 del Reglamento de Extranjería[2], era absolutamente inadecuada para la protección de estos y estas menores, incrementando su vulnerabilidad en un momento crítico de su vida en el que su protección pasa de 100 a 0 en un día[3]. A esta regulación se le unía la práctica administrativa. Todos los estudios acreditan que la administración española que ha gestionado los MENA ha sido absolutamente ineficaz en la tramitación de la documentación de los y las menores que acredite su situación administrativa. Estas dos realidades provocan que la actual situación de los MENA en España desde la perspectiva estadística sea absolutamente preocupante. Por un lado, por la inexistencia de datos claramente fiables[4]. Y por otro, porque aún con los pocos existentes, en la memoria de la Fiscalía General del Estado de 2021 se recoge que a 31 de diciembre de 2020 había en España 9.030 MENA tutelados por las Comunidades Autónomas que hasta el 8 de noviembre de 2021, fecha en la que entró en vigor la nueva regulación, han estado en esta situación de vulnerabilidad[5].

[2] Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE 30.04.2011.

[3] Hablamos de menores extranjeros no acompañados que llegan a España y se encuentran un entorno hostil. De forma gráfica suelo plantear este debate y dilema a juristas y a la administración provocándoles que imaginen esta misma situación a menores españoles en sus entornos familiares. Pongamos a cualquiera de nuestros jóvenes de 16 o 17 años ante la misma situación… O consiguen un trabajo remunerado con 18 años, sin formación ni experiencia, o los expulsamos de España. ¿Cuántos menores españoles en buenas condiciones socio–económicas tendrían éxito y lo lograrían en nuestro actual entorno? Esta es la posición en la que ponemos a menores que necesitan una especial y mayor protección por los tratados internacionales vigentes en España. En un país en el que la edad media a la que se abandona el hogar familiar se encuentra en los 29 años según INJUVE, informe de la juventud 2020, p. 115, disponible en [<http://www.injuve.es/sites/default/files/adjuntos/2021/03/informe_ joven tud_espana_2020.pdf>]. Al respecto de la general situación de desprotección de estos niños y niñas, *vid.* C. Perazzo Aragoneses, *Los más solos*, Save the Children, 2018, pp. 100–109. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

[4] El principal y radical problema es la falta de datos sobre MENA. Al respecto, *vid.* Varias autoras, *De niños en peligro a niños peligrosos*, Harraga, 2016, p. 6. Disponible en [<https:// www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5382_d_a34d5de11e2a2bf04ea 93f580d34b688.pdf>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

[5] El Registro de Menores no Acompañados está regulado en el art. 215 del Reglamento de Extranjería. La memoria de la Fiscalía de 2021 recoge los datos. En el Registro, a fecha de 31 de diciembre 2020, figuraban inscritos un total de 9.030 menores bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección. Es de destacar el importante descenso producido en un año desde los 12.417 registrados el 31 de diciembre de 2021. *Vid.* Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2021, capítulo III, que puede ser consultada en [<https://www.fiscal.es/ memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

3. Para abordar el problema humano, humanitario, migratorio y estadístico de los MENA, es preciso dotarnos del enfoque adecuado, y este es el de las obligaciones internacionales que España ha asumido respecto a estos y estas menores, y de cómo deben ser interpretadas. Por ello, en el presente trabajo, antes de exponer la realidad de los MENA, iniciaremos nuestro estudio haciendo un somero recorrido por los tratados internacionales suscritos por España en los que se regula la protección de todos los niños y las niñas, y que España inexorablemente debe cumplir. Solo cuando apreciemos en una única panorámica general las obligaciones internacionales que España tiene respecto a todos los niños, las niñas y los adolescentes que llegan a la mayoría de edad, podremos entrar al análisis de la situación pasada y futura con el enfoque necesario para comprender el título que le hemos dado a nuestro trabajo, el incumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico de las propias obligaciones que ha asumido cumplir y no cumplía hasta la modificación del Reglamento de Extranjería de octubre de 2021.

4. Uniendo este enfoque con la descripción de la situación de los MENA, expondremos los incumplimientos pasados de España de sus obligaciones y la existencia del elefante en la habitación, a la vista de todos y en una situación que ya duraba demasiados años. Finalizaremos nuestro trabajo reflexionando sobre las urgentes reformas legislativas que exigía esta situación, y también el diferente enfoque administrativo que debe dársele en el futuro. Tras ello, realizaremos una primera aproximación al contenido del Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de Extranjería, que ciertamente podemos afirmar que camina en la buena línea del cumplimiento de España de sus obligaciones internacionales[6].

II. NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS A SU LLEGADA A LA MAYORÍA DE EDAD

5. España ha asumido unos compromisos internacionales a lo largo de los años centrados en la protección de los niños y las niñas que configuran el actual corpus legal de los derechos de los que los mismos disfrutan en

[6] Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. BOE 20.10. 2021. La reforma se anunciaba como "inminente" en mayo, y aunque haya tardado tiempo en llegar veremos que la espera ha merecido la pena. *Vid.* [<https://www.eldiario.es/desalambre/reforma–reglamento–extranjeria–pretende–regula –rizar–15–000–menores–migrantes–jovenes–extutelados_1_7888330.html>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

nuestro ordenamiento jurídico. En este trabajo analizaremos cómo España ha cumplido o no estas obligaciones[7]. En el presente epígrafe interrelacionaremos la regulación internacional de distinto origen vigente en nuestro país para poder estudiar posteriormente la situación de los MENA desde esa atalaya.

1. Tratados internacionales

6. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948[8] reconoce en su art. 13.1º el derecho de toda persona a elegir la residencia en el territorio que lo desee. Es un Derecho reconocido a nivel programático poque no existe ninguna norma internacional que obligue o imponga paralelamente a los Estados a garantizarlo[9]. Sin recoger alusiones a los y las menores de edad, se promovió la primera Declaración Universal de los Derechos del niño de 1959. Aún en la brevedad de sus 10 principios, y sin nombrar específicamente a los MENA sí protegen a todos los niños y las niñas con carácter general. Su principio séptimo señala que el niño y la niña tendrán una educación que favorezca la igualdad de oportunidades, en pro de su interés superior como principio rector En su principio décimo prohíbe toda práctica que fomente la discriminación racial, religiosa, o de otra índole[10].

7. Diversas convenciones de carácter general de protección de la persona vigentes en España regulan los derechos humanos y las libertades públicas o los Derechos Civiles, políticos y económicos y sociales. Únicamente citan la protección de los niños y las niñas de forma genérica previendo especialidades en los procedimientos que les afecten[11], o prohíben su discriminación[12] estableciendo la necesidad de adoptar con los y las

[7] A pesar de que las Comunidades Autónomas sean las competentes en la gestión de los MENA, el Estado tiene la obligación legal y moral de velar por el cumplimiento de sus obligaciones internacionales

[8] Declaración universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

[9] El Tribunal Constitucional, en su importante Sentencia al respecto nº 94/1993 de 22 de marzo, ECLI:ES:TC:1993:94, ya expresó claramente, en su FJ 3º; "La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana". *Vid.* L.A. Pérez Martín, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Las Palmas de Gran Canaria, ULPGC, 2019, p. 194.

[10] Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959. El principio II señala que se les debe dotar de todos los medios para desarrollarse física, mental, moral y socialmente en libertad y dignidad.

[11] *Vid.* los arts. 5.1º.d y 6.1º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y sucesivas enmiendas, BOE 10.10. 979.

[12] *Vid.* art. 24 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, BOE 30.4.1977.

menores especiales garantías en cuanto a su salud física y mental por su especial vulnerabilidad[13]. Estas convenciones no concretan su edad de protección, y mucho menos la amplían más allá del horizonte de la mayoría de edad.

8. El texto esencial para la protección de los niños y niñas en el mundo es la Convención de los Derechos del Niño de 20 de diciembre de 1989[14] suscrita por todos los Estados miembros de la Unión. Define en su artículo primero al niño o la niña como toda persona menor de 18 años. Exige que en todas las medidas concernientes a los niños y las niñas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben tener como consideración primordial el interés superior del niño, que se configura tanto como principio rector como en su calidad de norma de procedimiento[15]. La definición de la Convención de persona menor como la persona que no ha alcanzado los 18 años ha provocado la falsa creencia, a nuestro juicio, de que los y las menores que se acercan o llegan a dicha edad decrecen en su protección[16]. Desde nuestro punto de vista proponemos cambiar esta mirada porque la Convención ha de aplicarse transversalmente en su totalidad en su finalidad de proteger a los niños y las niñas de menos de 18 años. Y con este enfoque debemos destacar que en el art. 29 también establece que su educación debe prepararlos para la vida adulta, en una sociedad libre y tolerante. Por su parte, el art. 20 exige a los Estados firmantes a prestar protección y asistencia especiales a los y las menores privados de su medio familiar poniendo especial énfasis en la continuidad en su educación[17]. Y defendemos que prepararlos para la vida adulta con

[13] *Vid.* los arts. 10.3º y 12.2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, BOE 30.4.1977.

[14] Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990. Vigente en 196 países (prácticamente todo el planeta salvo EE UU), y de tal importancia que se ha denominado el "alma mater" de los niños. *Vid.* M. N. Alonso García y D. Carrizo Aguado, "La dialéctica entre legalidad y humanidad en la protección de menores extranjeros no acompañados", *Revista de Derecho de Familia*, nº 82, 2019, pp. 381–395, p. 386.

[15] Para un estudio detallado, *vid.* P. Rodríguez Mateos, "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989", *REDI*, 1992, vol. XLIV, nº 2, pp. 465–498.

[16] *Vid.* P. Ceriani Cremadas, *Canarias, niños y niñas migrantes en una de las rutas más peligrosas del mundo*, Madrid, UNICEF, 2021, p. 58; M. Vinaixa Miquel, "La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados", *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 517–602, p. 572; L. Aparicio Chofré, "Avances y desafíos en la regulación de los menores extranjeros no acompañados en España", *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, nº 20, 2015, pp. 120–141, p. 123.

[17] Articulado que debemos combinar necesariamente con el preámbulo en el que se señala que los derechos reconocidos en la Convención y que los Estados tienen el deber de proteger están encaminados a que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente

especial atención a los niños y niñas privados de su medio familiar exige ampliar su protección al momento posterior a los 18 años, proyectando sus principios a los primeros años de esa edad ya adulta.

9. Asimismo, la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, adoptada el 11 de octubre de 2005 en la ciudad española de Badajoz, que entró en vigor para nuestro país el 1 de marzo de 2008[18], nunca ha sido bien ponderada para la protección de los MENA a la llegada a su mayoría de edad. Siendo una Convención Iberoamericana, su artículo primero establece en su ámbito de aplicación la definición de "joven", "jóvenes" y "juventud" a todas las personas, nacionales o residentes en algún país de los firmantes, comprendidas entre los 15 y los 24 años de edad. Por lo tanto, también es aplicable en España a los MENA, aunque procedan de un país africano. La Convención reconoce en el art. 26 el derecho al trabajo de los jóvenes de entre 15 y 24 años, comprometiéndose los Estados a capacitar a la juventud para que pueda acceder al mundo laboral. También se exige en el art. 29 el acceso a la formación profesional con expectativas laborales sin ningún tipo de discriminación. Por último, el art. 28 les reconoce el derecho a la protección social en situaciones de escasez de recursos. La Convención impone a los Estados Parte a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole, así como a asignar los recursos, que permitan hacer efectivo el goce de los derechos que la misma reconoce (art. 8). Para ello es esencial documentarlos con su residencia regular[19].

2. Otros principios internacionales

10. La Convención creó el Comité de Derechos del Niño. El Comité analiza y evalúa el cumplimiento de los Estados de la propia Convención. Sus observaciones generales, si bien no son vinculantes y directamente aplicables, sí son de la máxima importancia para analizar el correcto cumplimiento de la protección de los MENA. Sus observaciones crean

en sociedad en la edad adulta. En el ámbito de los Convenios de la Conferencia de La Haya, la protección del menor también ha tenido una especial atención, si bien no nos podremos detener en ella. Al respecto, *vid.* E. Pérez Vera, "El menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado", *REDI*, vol. XLV, nº 1, 1993, pp. 101–114.

[18] Instrumento de Ratificación de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, hecho en Badajoz el 11 de octubre de 2005, BOE 18.3.2010. Estados parte; Bolivia, Costa Rica, Ecuador, España, Honduras, República Dominicana y Uruguay. Otros 10 Estados son estados contratantes que no lo han ratificado aún, Brasil, Cuba, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal y Venezuela.

[19] Aun siendo una desconocida, un estudio de su gestación y actual contenido y aplicación en Argentina puede consultarse en T. Iuri, "La participación activa de los jóvenes, protección jurídica y necesidad de promoción", *Revista Pilquen*, vol. 12. nº 2, 2015, pp. 35–45.

obligaciones de *soft law* muy significativas para definir las obligaciones de los Estados. La importante Observación general nº 6 de 1 de septiembre de 2005[20] sobre trato de los y las menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen resalta la especial vulnerabilidad de estos y estas menores. Y señala que, aunque se aplique únicamente a menores de 18 años, las medidas de los Estados deben estar encaminadas a dar una solución duradera de residencia regular e integración de los y las menores en su nuevo entorno cuando su repatriación no sea posible[21]. Solución duradera que solo será efectiva si a la llegada a la mayoría de edad se mantiene.

11. Una segunda Observación general, la nº 20 de 6 de diciembre de 2016[22] sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, incide directamente en la situación de los adolescentes. Es mucho más directa y llamativa en sus denuncias que la observación 6, y si bien acota su aplicación a los y las menores de entre 10 y 18 años[23], veremos que sus alertas son aplicables directamente a los MENA que están tutelados por la administración. Afirma que los cuidados a los adolescentes deben conducirlos a llegar a la mayoría de edad en plenitud de formación y desarrollo[24]. Se recuerda a los países que toda diferencia de trato es una discriminación prohibida por la Convención y se alerta sobre los perjudiciales efectos sobre el interés superior del o de la menor en las grandes y masificadas instituciones[25]. Finalmente insiste en la necesidad de evitar que los adolescentes no reciban formación ni accedan al empleo en este momento clave de su vida[26].

---

[20] *Cf.* [<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>]. Consulta–da el 12 de noviembre de 2021.

[21] En su párrafo 89 destaca que para cumplir esta obligación se debe prestar especial atención a la obtención de las autorizaciones de residencia. También incide en su párrafo 90 en la importancia de recibir una formación complementaria. Junto a ello señala en sus párrafos 39 y 40 numerosas prevenciones que se deben tener con los y las menores, como la tutela por un tutor adecuado en una institución que pueda darle atención y seguimiento personal y formativo adecuado e individualizado.

[22] *Vid* [<https://grupodeinfancia.org/wp–content/uploads/2017/07/CRC.C.GC_. 20_SP.pdf>] Consultada el 12 de noviembre de 2021.

[23] En consonancia con el ámbito de aplicación de la Convención que estudia aplicar, y según lo dispuesto en su párrafo primero.

[24] Destaca que ya en ese momento son agentes del cambio y un recurso fundamental para la mejora de su entorno, y todo este potencial se limita y perjudica en los países que no invierten en ellos. Párrafos 2 a 5.

[25] Que pueden perjudicar al menor envolviéndolo en un ambiente incluso peor del que proviene, perjudicando su desarrollo. Párrafos 21 y 52.

[26] En su párrafo 73. Posteriormente lo analizaremos respecto a la situación de los y las menores no acompañados. Un detenido análisis de todas las Observaciones del Comité de Derechos del niño lo podemos consultar en; L.I. de Ferrari Vial y E. Curihuinca, *Compendio de Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*, Centro iberoamericano de Derechos del Niño, Santiago, 2018.

12. La última norma internacional de *soft law* que analizaremos directamente aplicable a los MENA es el Pacto Mundial sobre Migración segura, ordenada y regular de 11 de diciembre de 2018[27], de la que España es firmante y promueve su cumplimiento[28]. El pacto aprueba 23 objetivos básicos que son transversales y de los que muchos tienen relación con los MENA, pero el más directamente relacionado con nuestro trabajo es el que obliga a los estados a proporcionar información exacta y oportuna de todas las etapas de la migración, uniéndolo al de velar porque los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica y la documentación adecuada[29]. Toda la regulación internacional que hemos expuesto crea un marco de protección adecuado para los niños y niñas no acompañados extranjeros que viven en un tercer Estado y se proyecta al momento en el que llegan a la mayoría de edad, que debe ser de forma regular. Es completa y adecuada y si los Estados las cumpliesen permitirían su correcto desarrollo.

3. Derecho europeo

13. El art. 3, ap. 3º TUE consagra que la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará, entre otros aspectos, la protección de los derechos del niño, de todos los niños que se encuentren en territorio comunitario, sean nacionales o de terceros países. La CDFUE en su art. 24.2º que, en todos los actos relativos a los y las menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituye una consideración primordial[30].

14. Debemos señalar que en el desarrollo de esos principios la UE ha sido más audaz en los documentos declarativos sobre necesidades y políticas futuras que en la regulación final de las mismas. El Plan de acción sobre los y

[27] Puede leerse su contenido en; [<https://undocs.org/es/A/CONF.231/3>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

[28] Puede consultarse la posición oficial de España de impulso a su aplicación en; [<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Comunicados/Paginas/2018_COMUNICADOS/20181219_COMU186.aspx>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

[29] Objetivos 3 y 4 del pacto, pp. 11–13. Finalmente, de forma transversal el pacto exige abordar y reducir las situaciones de vulnerabilidad de los migrantes, defendiendo el interés superior del niño como consideración primordial de todas las situaciones que afectan a menores. Objetivo 7 apartado 23 pp. 16–18.

[30] Estableciendo por primera vez este principio general en el Derecho originario de la UE en el que cuando entra en conflicto con otros intereses, como el del Estado y su organización, debe prevalecer el del niño. *Vid.* A. Mangas Martín, "Comentario al art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE", en A. Mangas Martín (directora), *Carta de los Derechos fundamentales de la UE, comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008, pp. 442–453, p. 451.

las menores no acompañados (2010–2014) de 6 de mayo de 2010[31] ya incidía en aspectos que vemos no resueltos en la actualidad. En primer lugar, la falta de datos fiables en los Estados miembros de los MENA que acogen. También sobre la necesidad de que estos proporcionen a los MENA que no pueden ser repatriados soluciones rápidas, flexibles, seguras y documentadas[32]. Finalmente, que se arbitren soluciones para que lleguen a la mayoría de edad con residencia regular. Sin embargo, la situación no mejora con el tiempo. La Comisión europea volvió a incidir en estos problemas en su Comunicación Protección de los y las menores migrantes de 2017[33]. Los mismos obstáculos detectan los documentos más recientes, como el nuevo Pacto de Migración y Asilo de la Comisión Europea de 2020[34] y la reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de marzo de 2021, sobre los derechos de la infancia a la luz de la Estrategia de la UE sobre los derechos del niño[35].

15. Sin embargo, lo cierto es que, hasta hoy en día, a la hora de la regulación de la situación de los MENA, la legislación europea ha hecho primar el valor seguridad frente al de la igualdad de estos con los demás menores, en una materia de competencia compartida con los Estados miembros que regulan sus propios regímenes de extranjería[36]. La visión eurocentrista que tiene como principal finalidad el control de fronteras sitúa los 18 años como el momento clave hasta el que pone en práctica la protección del o de la menor, abandonándola tras esta edad, aplicando a nuestro juicio de forma

[31] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 – 2014). Bruselas, 6 de mayo de 2010, COM (2010) 213 final. Para un estudio más detenido del mismo, *vid.* M. T. Alcolado Chico, "Una aproximación a la legislación comunitaria y española sobre los menores no acompañados", *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 3, nº 2, 2018, pp. 151–177, esp. pp. 159–161.

[32] La Comunicación recoge en su apartado quinto (p. 12) como recomendable un periodo de 6 meses para lograr esta solución. La legislación española vigente hasta noviembre de 2021 establecía un periodo para iniciar los procedimientos de regularización de hasta 9 meses. A partir de dicha fecha establece un periodo de 3 meses para el inicio del procedimiento para obtener la autorización de residencia.

[33] COM (2017) 2011 final, de 12 de abril de 2017. Vuelve a incidir en la necesidad de aportarles la documentación de residencia con el fin de evitar que los menores permanezcan durante periodos prolongados de tiempo en el limbo por lo que respecta a su estatuto jurídico.

[34] COM (2020) 609 FINAL, de 23 de septiembre de 2020. De nuevo alerta en su apartado 2.4 de que las nuevas normas deberán garantizar que la consideración primordial en todas las decisiones relativas a los niños y las niñas migrantes sea el interés superior del niño y la niña, respetando su derecho a ser oídos. También que los representantes de los y las menores no acompañados deban ser nombrados con la mayor rapidez y disponer de recursos suficientes para su protección y tramitación de su documentación.

[35] (2021/2523(RSP), que establece en sus aps. 20 y 24 la necesidad de prestar especial atención a la situación de la tutela de los menores no acompañados.

[36] *Vid.* I. Blázquez Rodríguez, "El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países: de la reacción ante la crisis migratoria a la sinergia necesaria", *REDI*, vol. LXXII, nº 1, 2020, pp. 27–51, p. 30. En algunos Estados miembros estamos apreciando una criminalización de la migración de menores irregulares en la UE.

errónea una visión parcial de la legislación internacional. Esto lo apreciamos en la refundición del Reglamento Bruselas II bis a través del Reglamento 2019/1111[37] que concreta en los 18 años su ámbito de aplicación y que por el contrario no se detiene a aportar una definición de MENA[38].

16. A pesar de este vacío normativo, la doctrina del TJUE se empieza a encaminar de forma decidida hacia la aplicación de los principios de protección de los MENA más allá del día en el que cumplen 18 años. Aporta la visión que defendemos según la cual la llegada a la mayoría de edad no tiene por qué suponer la pérdida absoluta de la protección que tenía el menor cuando tenía menos de 18 años. En la importante Sentencia del TJUE de 18 de abril de 2018[39], el Tribunal establece que la MENA que pide asilo y llega a la mayoría de edad mientras se tramita su solicitud sigue considerándose MENA y siendo protegida como tal hasta la finalización del procedimiento de asilo. E incluso más allá, afirma que para estudiar su solicitud de reagrupación familiar tras obtener el asilo siendo mayor de edad, se debe valorar la fecha en la que inició el procedimiento y era menor de edad, con la protección que tenía en tal momento[40]. Esta es una línea que ha mantenido posteriormente en supuestos similares, aunque no idénticos[41] con una visión del derecho

[37] Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019 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 (versión refundida de Bruselas II bis), DO L 178 de 2.7.2019.

[38] Cuando, como hemos visto, todos los documentos de análisis de la UE los sitúa en el centro de la necesidad de la solución de los problemas. Muy crítica con esta visión es M. Moya Escudero, "Igualdad versus seguridad y control: los menores extranjeros en Europa", en P Martín Rodríguez, (director), *Nuevo Mundo, Nueva Europa. La redefinición de la UE en la era del Brexit*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 219–248, p. 247.

[39] *Caso* A y S, as.-550/16, ECLI: EU:C:2018:248. El supuesto es de especial interés. Resuelve el caso de una menor eritrea no acompañada que en Países Bajos solicita el estatuto de refugiada siendo menor de edad y lo recibe ya siendo mayor de edad. En este momento es en el que solicita autorización de residencia temporal de sus padres y tres hermanos menores en ejercicio de su derecho de reagrupación familiar. Las autoridades holandesas se lo deniegan por ser mayor de edad, y el TJUE considera que el momento en el que se debe valorar la edad de la menor para el ejercicio del derecho a la reagrupación es en el momento de presentar la solicitud de asilo, cuando era menor de edad, no en el de la solicitud de residencia por reagrupación familiar.

[40] Valorar la edad de la menor y su protección en relación al momento en el que recibe la resolución favorable a su condición de refugiada, la haría depender para disfrutar de este derecho de la mayor o menor celeridad con la que dicha autoridad tramite la solicitud de protección internacional e iría en contra de los principios de igualdad de trato y de seguridad jurídica y de su interés superior.

[41] Esta misma posición, pero en un supuesto diferente, el de la solicitud de reagrupación de unos menores, la mantuvo la STJUE 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C–133/19, 136/19 y 137/19, ECLI:EU:C:2020:577, *B.M.M y otros vs Bélgica*. En ella el Tribunal concreta que el momento en el que se debe considerar la minoría o mayoría de edad de un menor en la solicitud de reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar es el momento de la solicitud.

internacional y europeo más garantista de la aplicada por los Estados miembros hasta el momento[42].

III. SITUACIÓN EN LA QUE HAN QUEDADO LOS MENA A PARTIR DE LA MAYORÍA DE EDAD HASTA NOVIEMBRE DE 2021

17. A pesar de dicha protección legal internacional y de la preocupación institucional de la UE y de la ONU respecto a la protección de los MENA a la llegada a la mayoría de edad, la regulación de esta situación en el ordenamiento jurídico español y la actividad de la administración competente en su tutela han sido muy cuestionada hasta octubre de 2021[43]. Para la protección práctica de los y las menores que llegan a España[44], se ha aprobado el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENA[45]. Sin embargo, este protocolo no establece ninguna medida a la llegada a la mayoría de edad, lo que provoca que cada año se produzca un incremento de los MENA que llegan a dicho momento sin ninguna protección ni prevención de actuación por parte de la administración[46]. En el presente epígrafe expondremos las situaciones de desprotección en la que estos y estas menores han llegado a la mayoría de edad hasta noviembre de 2021.

1. Los datos y su situación administrativa

18. Para poder apreciar correctamente el fenómeno en toda su extensión, antes de entrar a analizar la legislación, detengámonos en los datos sobre

[42] *Vid.* C. J. Martínez Mateo, "La tutela garantista de los MENA en la UE", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2019, nº 50, pp. 83–106.

[43] En el presente trabajo no nos podemos detener en el tratamiento jurisprudencial del fenómeno. Al respecto, *vid.* F.J. Durán Ruiz, "MENA y extutelados. La cuestión de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados tras la mayoría de edad y la jurisprudencia", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2020, nº 55, pp. 17–52.

[44] Según los informes anuales de la Fiscalía General del Estado, en 2014 llegaron a España 223 MENA; en 2017, 2.345; en 2018, 7.026, en 2019, 2.873; y en 2020, 3.307. *Vid.* [<https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html>].

[45] Aprobado mediante Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. BOE 16.4.2014.

[46] En la actualidad no existen datos exactos de los MENA que llegan a la mayoría de edad cada año, pero de la nota 44 se deduce que, si como veremos prácticamente no hay repatriaciones, salvando los MENA que se desplacen a otros países, la consecuencia lógica es que cada año se incrementa el número de MENA que llegan a la mayoría de edad. La fundación amigo sí ha contabilizado que, en 2018 eran 4.835 jóvenes, y en 2019, fueron 6.222 jóvenes los que llegaron a la mayoría de edad mientras eran atendidos por el sistema de protección tutelar. *Vid.* [<https://fundacionamigo.org/extutelados/>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

niños y niñas no acompañados. Estudiamos un colectivo de más de 9.000 niños y niñas menores de 18 años que se encuentran en España sin referentes familiares, y el 60% de ellos provenientes de Marruecos[47]. La protección de los y las menores es muy irregular, depende de en qué Comunidad Autónoma están e incluso hay diferencias de gestión de los mismos atendiendo a las distintas provincias o municipios que los acogen[48].

19. Según la normativa y el Protocolo Marco, tras su llegada a España, la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma debe indagar en las circunstancias del niño o niña, tramitar su documentación ante la Administración Central en lo relativo a su residencia, y registrar todos los cambios que se den en el Registro de Menores no Acompañados. A pesar de que la finalidad inicial es la repatriación del menor con su familia, esta es la absoluta excepción, quedando los y las menores en la práctica totalidad de los casos tutelados en España[49]. En el desarrollo del art. 37.5º de la Ley Orgánica de Extranjería[50], (LOEX en adelante), la entidad pública tutelar de los MENA tiene obligación establecida por el art. 10.4º de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor[51] de tramitar a la mayor celeridad la autorización de residencia[52], previsión legal que desde luego es un acierto y

[47] De los 9.030 menores bajo la tutela o acogimiento de los servicios de protección inscritos en España en 2020, 8.161 son niños y 869 niñas. En 2019 se produjo un descenso del 17,88 % respecto de los 13.796 inscritos en el año 2018 y en 2020 de otro 34,27% respecto a los 12.217 inscritos en 2019. Según los datos del Registro de MENAS Andalucía acoge a 2.507 menores; Canarias a 1.849; Cataluña a 1.168; Melilla a 798; Ceuta a 496; Comunidad Valenciana a 473; País Vasco a 471; Madrid a 356; Murcia a 205; Navarra a 151; Aragón a 126; Baleares a 86; Castilla La Mancha a 75; Galicia a 71; Cantabria a 58; Castilla y León a 49; Asturias a 44; Extremadura a 35 y La Rioja a 11. *Vid.* Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020, capítulo III, [<https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html>].

[48] *Vid*. M. T. Salces Rodrigo, "Políticas públicas y menores extranjeros no acompañados", en Save the Children, *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, 2007, p. 112. Respecto a una visión general de esta diferencia entre Comunidades Autónomas, *vid.* C. Argelich Comelles, "Las divergencias del sistema de protección de menores en situación de riesgo y desamparo", en R. López San Luis (directora), *La protección del menor. Situación y cuestiones actuales*, Granada, Comares, 2019, pp. 3–15.

[49] En 2020, habiendo llegado a España 3.307 MENA, y estando registrados en el Registro de MENA 9.030 niños y niñas, solo se han llevado a cabo diez reagrupaciones familiares de menores extranjeros no acompañados. Tres menores argelinos de 17, 8 y 5 años; cinco menores rumanos de 1, 6, 11, 14 y 16 años a instituciones de protección de su país de origen; un menor de 5 años nigeriano con su familia en Alemania; y un menor de 14 años con sus familiares, también en Alemania. *Vid.* Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2020, capítulo III, [<https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html>], p. 847. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

[50] Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE 12.1.2000.

[51] Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE 17.1.1996.

[52] *Vid.* Protocolo Marco, capítulo VI, apartado tercero, "residencia del MENA".

que ha sido alabada por la doctrina[53]. Sin embargo, a pesar de las disposiciones legales y de procedimiento, esta obligación habitualmente no se ha cumplido, lo que ha sido denunciado por las organizaciones que trabajan con los y las menores[54]. Desde hace lustros el problema ha quedado sin solución por el número de MENAS tutelados y la falta de recursos de la administración. Esto provocó que en el pasado se hayan incumplido las obligaciones internacionales de España[55] en todas las Comunidades Autónomas[56].

20. Uno de los motivos de este incumplimiento lo provocaba también la propia norma española. El art. 196 del Reglamento de extranjería que regula la situación de los MENA establecía que esta autorización de residencia se podría conceder cuando el menor hubiese estado nueve meses acogido en el sistema de protección una vez quedase acreditada la imposibilidad de repatriación, sin que existiese previsión legal del plazo para el dictado de una resolución de imposibilidad de repatriación. Este lapso temporal en el inicio de la tramitación de la autorización de residencia no tenía explicación legal alguna según las obligaciones internacionales asumidas por España que le exigen la atención integral de los MENA y la toma de decisiones que anticipen su futuro y su mejor desarrollo con celeridad y eficacia. Este limbo de nueve meses en la edad de un joven de entre 16 y 18 años, provocaba que llegase a los 18 sin que ninguna administración hubiese siquiera iniciado el

[53] *Vid.* A. Durán Ayago, "Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 415–462, p. 421. Critica la sistemática de su regulación en el Reglamento y no en la LOEX, V. Cabedo Mallol, "Principales novedades incorporadas por las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia: luces y sombras", en V. Cabedo Mallol e I. Raverllat Ballesté (coordinadores), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 52–86, p. 66.

[54] *Vid.* C. Perazzo Aragoneses, (coordinadora), *Los más solos*, Save the Children 2018. p. 89. Recomendación del Defensor del Pueblo de 9 de marzo de 2020, apartado quinto, disponible en [<https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/residencia–de–los–ex–menores–tutelados–que–han–accedido–a–la–mayoria–de–edad–sin–haber–obtenido–la–pertinente–autorizacion/>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

[55] Desde el año 2010 se denuncia esta situación sin éxito no sólo por las ONG, u otras entidades similares, sino por instituciones públicas, *vid.* Fiscalía General del Estado: Memoria, Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2009, p. 739 o Comité de Derechos del Niño: Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del art. 44 de la Convención. Observaciones finales: España, 2010, párr. 59. CRC/C/15/ Add.185 y CRC/C/ ESP/CO/3–4.

[56] Por ejemplo, en relación a Canarias hemos contrastado empíricamente esta realidad tras entrevista realizada con Mame Cheikh Mbaye, doble licenciado en Comercio Exterior y Marketing y Dirección de Empresas y Master de Relaciones Hispano–Africanas en la ULPGC, cofundador y presidente de REDCAA – Red Canaria de Acogida, con experiencia en Gran Canaria como director de un Centro de MENA (2016–2019) y un centro de extutelados (2019–actualidad), que expone que de los MENA con los que ha trabajado desde 2016, el 95% llegan a la mayoría de edad sin la residencia. Le agradecemos expresamente su disponibilidad y generosidad para describirnos la situación diaria de los MENA.

trámite de regularización. Y aun así si el menor había llegado con más de 17 años y tres meses estaban cumpliendo la norma[57]. Este hecho impedía la integración de los niños y niñas en España, uno de los objetivos fundamentales de las reformas de 2015[58].

21. Sobre las situaciones en las que se podían encontrar los niños y las niñas cuando llegaban a la mayoría de edad, podemos cifrarlas en tres. En la primera, la previsión del art. 148.3º del Reglamento de extranjería señala que quienes hubiesen estado tutelados más de cinco años por la entidad pública adquieren la residencia de larga duración. La mayor parte de los MENA que llegan a España lo hacen con entre 16 y 17 años[59], por lo que esta posibilidad es estadísticamente la menos aplicada. La segunda, la regulada en el art. 197 del Reglamento de extranjería, la de los y las menores que llegan a la mayoría de edad con autorización de residencia. La tercera, regulada en el art. 198, la de los y las que llegan a la mayoría de edad sin autorización de residencia[60].

2. MENA que llegaban a la mayoría de edad con autorización de residencia previa

22. Para el acceso a la autorización de residencia de adulto si el MENA llegaba a la mayoría de edad siendo ya titular de una autorización de residencia previa, el art. 197 exigía, en un resumen básico de su extenso contenido, un informe positivo de integración de la institución tutelar[61] y

[57] *Vid.* J. Rodríguez Rodrigo, "Protección de los MENA que llegan a España", en A. Cebrián Salvat e I. Lorente Martínez (dirs.), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2019, pp. 1–18, p. 7. Este plazo provoca que quienes lleguen ya con más de 17 años queden absolutamente desprotegidos. Y si el menor llega con 16 años y medio, por ejemplo, a los 9 meses tendrá más de 17, cerca de 18, lo que unido al plazo de tramitación de la residencia, provoca desmotivación y dejadez en las administraciones tutelares para la tramitación de la documentación ante la inminencia del cumplimiento de los 18 años. Tan es así que hasta el Protocolo Marco en su capítulo VI reduce este plazo, considerando suficiente el plazo de 3 meses para iniciar el proceso. Para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de España la solicitud se debe desde el mismo momento en el que el menor esté a disposición de la entidad pública.

[58] *Vid.* S. Adroher Biosca, "Las reformas legales de 2015 ante los nuevos desafíos de la protección internacional de menores", en M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 334–350, p. 337.

[59] *Vid.* C. Perazzo Aragoneses, *loc. cit.*, p. 17.

[60] La norma, analizada de manera global, dejaba a los MENA ante una gran variedad de posibles situaciones, a cada cual más compleja y que no preveían con la necesaria eficacia su protección. Hemos identificado siete diferentes posibles situaciones en las que quedan los menores, que por motivos expositivos reducimos en las tres citadas, con residencia de larga duración, con o sin residencia temporal.

[61] Que exige valorar el respeto a las normas del centro en el que vivió, sus conocimientos de la lengua, lazos familiares, tiempo en acogimiento, continuidad en estudios y en acciones formativas y contar con ofertas de trabajo con un salario de al menos el 100% del IPREM.

tener acceso a actividad laboral, real o potencialmente cierta, por un salario de al menos el 100% del IPREM (564,90 euros mensuales en 2021). Como vemos, dos eran los requisitos esenciales. El primero, que la institución tutelar realizara un informe de integración del MENA. Si este ha estado viviendo con normalidad en el centro y adaptado a su dinámica de horarios, actividades, formación y normas, no tendrá dificultades para ello. Sin embargo, el segundo requisito sí que situaba al MENA ante un obstáculo hoy en día insalvable. Para renovar la residencia regular en España menores sin familia, que no siempre conocen el idioma, en proceso de adaptación, debían encontrar un trabajo que durante un año les asegurase el IPREM en la sociedad con la emancipación de los jóvenes más tardía y con una de las mayores tasas de paro juvenil de la UE, la mayor de forma continuada desde 2018[62]. Desde luego parece un sistema óptimo para que se les dificulte la obtención de la residencia legal en España y decaigan en la irregularidad[63].

3. MENA que llegaban a la mayoría de edad sin autorización de residencia previa

23. En caso de que el menor o la menor llegase a la mayoría de edad sin autorización de residencia, que por desgracia ha sido hasta ahora la situación absolutamente mayoritaria, se establecía la posibilidad de acceder a una autorización de residencia por causas excepcionales, lo que exigía una recomendación expresa de la entidad tutelar para la concesión, un informe favorable de integración del menor por esta institución guardadora, tener medios económicos mensuales superiores al IPREM, y contar con un contrato o contratos de trabajo de vigencia sucesiva o medios propios.

24. Hagamos notar la diferencia en la regulación en su contenido textual entre ambas posibilidades. Mientras que, en el caso anterior, con autorización de residencia se exigía tener "una oferta o contrato de trabajo", sin autorización de residencia previa, la oferta no aparecía como posibilidad, y la norma establecía el requisito de "contar con un trabajo". Amén de la práctica imposibilidad fáctica del requisito por la situación económica, esta diferencia

[62] Requisito legal confirmado y establecido como de imprescindible cumplimiento por la doctrina del TS en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo nº 1155/2018 de 9 de julio de 2018, ECLI:ES:TS: 2018/2768.

[63] La presunción de conocimiento del idioma no siempre se cumplirá atendiendo al origen y tiempo de estancia en España. Por otro lado, contar con ofertas de trabajo para un colectivo como este en la actual circunstancia está absolutamente alejado de una expectativa razonable. La norma exigía a estos menores, en situación de absoluta vulnerabilidad, más requisitos de los que se considerarían asumibles para la emancipación de menores españoles no vulnerables que en la actualidad logran emanciparse a los 29 años. Un estudio global y actual de todo el fenómeno de los MENA al que nos remitimos para un análisis más detenido, lo encontramos en F.J. Durán Ruiz, *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica social y de futuro*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

era una absoluta incongruencia, si el MENA está en la situación en la que la entidad no le ha tramitado si quiera la autorización de residencia no entendemos cómo podría contar ya con un trabajo efectivo. Desde luego que dejan a los MENA en una situación difícil que no justifica, pero sí que explica al menos, que muchos de ellos acaben en el sistema penitenciario español[64].

IV. LOS INCUMPLIMIENTOS Y LA REFORMA INAPLAZABLE

25. Una vez expuesta la legislación internacional aplicable en España, la legislación española y la práctica de la administración hasta noviembre de 2021, ya hemos dejado deslizar algunos de los incumplimientos de España en esta norma internacional. En el presente epígrafe los relacionaremos todos de forma consecutiva, uniéndolo al estudio de la modificación del Reglamento de Extranjería y cómo se responde o no al cumplimiento del marco legal internacional vigente[65].

1. Incumplimientos de España de la legislación internacional hasta noviembre de 2021

26. Para cumplir sus obligaciones internacionales la regulación española debería haber establecido los cauces adecuados para actuar en interés de estos jóvenes mientras son MENA, cumpliendo con ello la Convención de los Derechos del niño, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y las disposiciones de ONU y UE que señalan que en los casos de mayor desprotección las decisiones de la administración deben ser rápidas, efectivas y duraderas para su mejor desarrollo. El plazo de 9 meses que se establecía para iniciar la tramitación del permiso de residencia en jóvenes que estadísticamente llegan a España con más de 16 años lograba exactamente lo contrario. En el mismo sentido, se condicionaba la obtención de un trabajo estable para conseguir los informes favorables y acceder a la

[64] Para nosotros es ciertamente poco comprensible la diferencia en la regulación de la norma, y la no previsión de la "oferta de trabajo" y no de un trabajo efectivo, para quienes están en la posición más vulnerable. Lo explica de manera muy gráfica y explícita tras su trabajo con los jóvenes extranjeros presos en la cárcel de Alhaurín de la Torre, en Málaga, E. García España, "De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión", *InDret*, 2016, nº 3, pp. 1–27. Vista la regulación administrativa, para su situación laboral, *vid.* M. Durán Bernardino: "Los menores migrantes no acompañados en el sistema español de protección social e integración laboral", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2019, nº 50, 2019, pp. 63–82.

[65] El decreto parte del borrador del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones cuyo texto de trabajo puede consultarse en; [<https://www.inclusion.gob.es/participacion/downloadFile?blob=Proyecto_RD_RLOEX(ambito_MENAS_JENAS).docx&norma=2021006>]. Consultado el 12 de noviembre de 2021.

autorización de residencia. Estas condiciones prohibían a las entidades que trabajan con los MENA intentar anticipar sus acciones y sus actividades formativas, toda vez que no podían asegurar la obtención de un trabajo en ese justo momento[66].

27. Estas exigencias, desde nuestro punto de vista, incumplían la obligación internacional de que las decisiones legislativas y administrativas sobre los MENA no provocasen discriminación por razón de su raza, nacionalidad, origen, entorno social y cultural en relación al territorio en el que viven. El carácter desmedido y casi imposible de las exigencias impuestas a estos y estas menores extranjeros y no acompañados les discrimina por razón de su origen. Estas exigencias nos parecerían imposibles de cumplir si se les exigiese a todos y todas los jóvenes españoles para lograr su completo desarrollo. Nadie le asegura a la juventud actual acceder a un trabajo a los 18 años. Menos aún si no están bien formados y pueden desconocer el idioma. Esas exigencias a los y las menores extranjeros no acompañados les condenaban irremisiblemente a la irregularidad y a un limbo jurídico que vulneraba los principios de protección de los MENA recogidos en la Declaración de Derechos Humanos y en las Comunicaciones de la Comisión Europea[67].

28. La práctica de la administración de la falta de tramitación de los autorizaciones de residencia de los MENA vulneraba claramente las exigencias de los Convenios antes señalados, las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño 6 y 20, y los planes de acción de la Comisión Europea respecto a los y las menores no acompañados, tanto el de 2010 como el vigente de 2017. Además, no se cumplía con la obligación de trato con especial cuidado a los MENA para darles una solución duradera de residencia y proveerles de la documentación necesaria. Todo ello les imposibilitaba acceder a una regularización con la que podrían trabajar llegados los 16 años[68].

---

[66] Respecto a la especial situación de vulnerabilidad de los MENA y la necesidad de que sean tratados por equipos multidisciplinares, *vid.* R. Fuentes Sánchez, "Menores extranjeros no acompañados (MENA)", *Revista internacional de trabajo social y bienestar*, nº 3, 2014, pp. 105–111, p. 110.

[67] *Vid.* L. Aparicio Chofré, *op. cit.*, p. 153; P. Ceriani Cremadas, *op. cit.,* p. 59; B. Flores González, "La protección jurídica de los menores migrantes no acompañados en España", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 2, 2018, pp. 321–362, p. 356; M. Vinaixa Miquel, *op. cit.,* p. 585.

[68] Que es lo que permitiría su adaptación al nuevo entorno tal y como señalan las citadas normas internacionales. *Vid.* P. Ceriani Cremadas, *op. cit.,* p. 62; S. García Vázquez: "El régimen jurídico del menor inmigrante", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 8, 2004, pp. 423–450, p. 442; M. Vinaixa Miquel, *op. cit.,* p. 587. Dicha falta de tramitación, de hecho, también vulnera el propio Protocolo Marco de actuación aprobado por España y de claro obligado cumplimiento para las administraciones.

29. La exigencia para poder obtener la regularidad una vez llegados a los 18 años, de tener una oferta cierta o un contrato efectivo de estabilidad de un año mínimo con un sueldo que llegue al 100% del IPREM en las circunstancias económicas y sociales de 2021, vulneraba la protección que exigen todas las normas citadas y la exigencia de otorgarles vías ciertas, previsibles, informadas y reales para la obtención de una solución estable a futuro. Esta exigencia les abocaba a una casi segura situación administrativa de irregularidad al cumplir la mayoría de edad, vulnerando el principio del interés superior del menor[69]. Más aún se transgredía lo prescrito en la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, que se aplica a jóvenes de entre 15 a 24 años residentes en España (y los MENA se deben considerar como tales), que exige el derecho al acceso a las oportunidades de desarrollo personal y formativo y de capacitación para acceder al mundo laboral y el derecho al trabajo y a la protección ante la escasez de recursos[70].

30. Por último, y como reflexión transversal que afecta a todo el análisis de la vulneración de los derechos de los y las menores, queremos destacar que creemos errónea la concepción de que a la llegada a la mayoría de edad la protección de los niños y niñas extranjeros no acompañados desaparece. Esta mirada vulnera la regulación internacional anteriormente analizada. Todo ello incide en que las decisiones que se toman en el tramo final de su minoría de edad son esenciales para su desarrollo futuro, y deben, necesariamente, facilitarles la documentación de su residencia regular a la llegada a la mayoría de edad. Además, la Convención Iberoamericana de la Juventud les protege expresamente en ese momento. Por ello, esa protección explícita cuando es menor de 18 años se proyecta al momento posterior, so pena de ser inútil. Así lo ha expuesto con absoluta claridad el TJUE en sus sentencias de 18 de abril de 2018 y de 16 de julio de 2020 anteriormente citadas Es absolutamente opuesto a todo el acervo normativo internacional la concepción de que en el momento de su llegada a los 18 años la protección pasa de 100 a 0 y cambian de estar absolutamente protegidos a ser un inmigrante irregular al que hay que perseguir y expulsar si es posible[71].

---

[69] Recordemos que el interés superior del menor debe informar todas las decisiones tomadas sobre el mismo mientras es menor, también las que se proyectan a cuando ya sea mayor de edad. *Vid.* M. T. Alcolado Chico, *loc. cit.*, pp. 155–156; B. Flores González, *op. cit.*, p. 326; M. Vinaixa Miquel, *op. cit.,* p. 575.

[70] Sobre este incumplimiento y la vulnerabilidad de los MENAS, *vid.* E. Pastor Seller, "Impacto de la Convención sobre los derechos del niño en los Estados de Argentina, Brasil, Chile, España y Uruguay", *Revista Prisma Social*, nº 23, 2018, pp. 67–100, pp. 82–86.

[71] Vulnera claramente la normativa internacional aplicable en España esa especie de consenso institucional del cese total de protección, que no solo provoca este hecho directo, sino que también motiva el incumplimiento de valorar el interés superior del menor en todas

2. Real Decreto 903/2021: el acierto de la esperada reforma

31. Las condiciones que anteriormente hemos descrito eran muy difíciles de lograr en la situación prepandémica y ya en la actualidad post Covid–19 se convierten de imposible cumplimiento. La normativa y la actuación administrativa española abocaban a los MENA, en el momento clave de su vida de su plena llegada a la edad adulta, a una situación de marginación y vulnerabilidad extrema. Por ello la reforma de esta regulación fue solicitada por las asociaciones cuyo objeto es la defensa de los derechos de los migrantes[72]. El 6 de marzo de 2020 se produjo una modificación legislativa no motivada por un confinamiento que llegaría posteriormente, en la que la Secretaría de Estado de Migraciones establecía que la autorización de residencia concedida a menores migrantes de entre 16 y 18 años, que anteriormente era solo de residencia y debían solicitar tras ello la de trabajo, ya era considerada inmediatamente de trabajo[73]. Fue una modificación absolutamente acertada que suponía un primer paso en el cumplimiento de España de sus obligaciones internacionales.

32. Tras este primer cambio, el 30 de abril de 2021 se publicó un borrador de modificación de los arts. 196 a 198 del Reglamento de Extranjería. En la negociación del mismo hubo tensiones entre el Ministerio de Inclusión y el

las decisiones que le afecten cuando el mismo se sitúa en el entorno de los 17–18 años, e incluso a veces en los 16–18 años, en los que decrece la intensidad de la protección porque pronto va a llegar a la mayoría de edad y con ello su desprotección. La protección deviene en este momento a menos intensa, ya que prevalece la consciente o inconsciente valoración de que en pocos meses dejará de estar protegido y no es útil esforzarse en protegerle, documentarle y formarle. Todo lo contrario, ese momento cercano a los 18 años debería provocar una mayor protección para prepararlos para el momento del cumplimiento de su mayoría de edad.

[72] Documento de febrero de 2021 de Propuestas para la reforma de la regulación de menores extranjeros no acompañados suscrito por diversas entidades que trabajan con MENA, disponible en [<https://sjme.org/wp–content/uploads/2021/02/Propuesta–conjunta–reforma–RLOEX–FINAL.pdf>]. También, por ejemplo, [<https://www. parainmigrantes. info/mena–y–la–necesaria–reforma–del–reglamento–de–extranjeria/>].

[73] Si apreciamos la fecha de la Instrucción, 6 de marzo, previa al confinamiento por la pandemia, no podemos señalar esta fuera su motivación, como sí lo pudo ser la de los Reales Decretos 13/2010 de 7 de abril sobre empleo agrario o el 19/2020 de 26 de mayo de medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del Covid–19. Se trata, desde luego, de una modificación absolutamente acertada a nuestro juicio, y de una necesidad palmaria, evidente, dada la descripción de la situación que hemos realizado con anterioridad. *Vid.* Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: Instrucción 1/2020 de la Secretaría de Estado de Migraciones por la que se habilita a trabajar a menores extranjeros en edad laboral, 2020. Disponible en [<https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2020/report_final_200305_Instruccion_MENAS.pdf.Consul–tada el 12 de noviembre de 2021>].

del Interior que hicieron dudar de su buen fin[74]. Sin embargo, afortunadamente el 19 de octubre de 2021 se aprobó el Decreto que modifica el Reglamento de Extranjería[75], en esencia en los tres artículos que hemos estudiado en este trabajo, del 196 al 198. Podemos destacar con clara esperanza[76] que el alcance de la reforma es amplio y merece un balance claramente positivo. Es mejorable en algunos aspectos que analizaremos pero sigue en parte alguna de las propuestas ya citadas realizadas en febrero de 2021 por entidades que trabajan en la protección de estos menores, lo que desde luego en una primera aproximación es un buen síntoma de su respeto a los derechos de los y las menores[77].

33. Respecto a la obligación de España de documentar adecuada y rápidamente a los y las menores, el art. 196 modificado da un primer paso en la buena línea. Sigue sufriendo el error de no establecer el momento en el que se debe considerar que ha quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor. Hubiese sido oportuno señalar que esto queda acreditado si en un determinado periodo de tiempo, por ejemplo, en quince días tras su llegada, no se logra dicha repatriación. Sin embargo, el artículo no aclara este extremo. De hecho, el propio apartado 3 del artículo señala que la obtención de la residencia no es obstáculo para la ulterior repatriación si esta favorece el interés el menor. Sin embargo, acierta la nueva regulación cuando sí que reduce el momento en el que se debe iniciar el procedimiento para obtener la autorización de residencia. El plazo se reduce a los 90 días desde que el o la menor fue puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores. La fecha es clara, determinada y determinable y un gran avance. Es fácil concretar el

[74] *Cf.* [<https://elpais.com/espana/2021–07–17/interior–se–opone–a–facilitar–los–permisos–a–los–menores–extranjeros–no–acompanados.html>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021. Por motivos de espacio no podemos entrar en el análisis detallado de las posiciones de ambos ministerios, si bien al menos en relación a nuestro estudio señalaremos que la posición de Interior respondía menos al cumplimiento de las obligaciones internacionales de España.

[75] Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, BOE 20.10.2021.

[76] Tras la aprobación del Decreto nos hemos entrevistado con Mame Cheikh Mbaye, cofundador y presidente de REDCAA – Red Canaria de Acogida, y nos ha destacado que es esta palabra, esperanza en la mejora de los procedimientos y la situación de los MENA, la que les inspira esta regulación, y por ello hemos querido emplearla en nuestro trabajo.

[77] Sin voluntad de cita exhaustiva, CEAR, Cruz Roja Juventud, SOS Racismo o Fundación Raíces proponían, por ejemplo, que fuesen considerados regulares desde su llegada, que cuenten con autorización de residencia a su llegada a la mayoría de edad de forma inmediata, o que accediesen a la residencia de larga duración tras dos años de tutela de una entidad tutelar española. Estas propuestas sí cumplirían ampliamente las obligaciones internacionales de España aquí descritas.

momento en el que el menor es declarado en desamparo y en la práctica dicha declaración no se suele retrasar de forma excesiva en el tiempo. Los 90 días es un plazo correcto, pero creemos que se debería haber acortado. No hay motivo en no establecer, por ejemplo, un único mes de plazo, ya que con él se cumpliría mejor la exigencia de tramitar el procedimiento en el plazo más breve posible. En todo caso, el paso de nueve a tres meses es un claro avance[78].

34. Más inquietud provoca la forma en la que se va a interpretar la relación entre distintos párrafos del artículo. El primer párrafo del 196.1º señala que el procedimiento se iniciará "en todo caso" a los 90 días de la puesta del menor o la menor a disposición de los servicios competentes de protección de menores. Pero para empezar el procedimiento el 196.1º.a exige la presentación de la copia completa del pasaporte en vigor o título de viaje. Los y las menores extranjeros no acompañados habitualmente no disponen de pasaporte, porque lo han destruido o porque nunca lo han tenido. La práctica señala que es prácticamente imposible que tengan su pasaporte en tres meses pudiendo tardar para ello hasta un año. El mismo precepto establece que el pasaporte puede ser sustituido por la cédula de inscripción del menor. En nuestra opinión, la expresión "en todo caso" obliga a las autoridades españolas a emitir la cédula de inscripción que recoge el art. 196.1º.a si en el plazo de tres meses no se ha obtenido su pasaporte. La nueva normativa entró en vigor el 8 de noviembre de 2021. Debemos esperar a apreciar cuál será la práctica de la administración española.

35. En cuanto a las obligaciones de España de proveer las condiciones para que los y las menores puedan desarrollarse adecuadamente es un pleno acierto la previsión del párrafo cuarto del art. 196 de que la autorización de residencia habilitará siempre para trabajar en el caso de que la entidad tutelar lo considere favorable para su integración social. Y ello sin tener en cuenta, claro está, la situación nacional de empleo y el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, por lo que pueden emplearse en cualquier tipo de trabajo. Consolida lo contenido en la Instrucción 1/2020 de la Secretaría de Estado de Migraciones de 6 de marzo de 2020 por la que la concesión de la autorización de residencia expedida a favor de los MENA habilita para el ejercicio de la actividad laboral por cuenta ajena y mejora claramente sus condiciones de integración y su llegada a la mayoría de edad con medios suficientes para su sustento[79].

[78] Esta renovación legislativa fue exigida por varios autores. Por ejemplo, *vid.* F.J. Durán Ruiz, *op. cit.,* pp. 50–52.

[79] Como vemos, son todas medidas en la línea de las exigencias que la normativa internacional aquí analizada imponen, y en la de los trabajos realizados hasta el momento en

36. Con respeto a la posibilidad de poder lograr la residencia tras la mayoría de edad el nuevo art. 197 del Reglamento también da importantes pasos en favor de los y las menores. Cuando llegan a la mayoría de edad ya no tienen obligación de tener un trabajo o una oferta de trabajo. Debe acreditarse la obtención de medios suficientes para su sostenimiento, que se acredita de dos posibles maneras consideradas de forma alternativa. En primer lugar, con recursos que lleguen el Ingreso mínimo vital[80], en la actualidad 469,93 € mensuales[81]. En segundo lugar, si se acredita que su sostenimiento queda asegurado dentro de un programa desarrollado por una institución pública o privada. Son requisitos complementarios y necesarios a la acreditación del sostenimiento del o de la menor la valoración de los antecedentes penales y la necesidad de tener un informe favorable de la entidad tutelar. Esta situación es mucho mejor que la anterior, porque si el o la menor está en un programa de cualquier institución u organización dedicada a trabajar en su desarrollo y esta puede sostenerlo podrá obtener la autorización de residencia, aunque no tenga trabajo. Sin embargo, tiene un claro peligro porque las instituciones que trabajan con los y las menores suelen hacerlo por medio de proyectos financiados con fondos públicos. Si estos fondos menguan o desaparecen en el futuro la situación de facto será peor. En todo caso, este es un buen paso adelante para los y las menores que están en los centros. Las asociaciones que trabajaban con estas personas pedían en sus propuestas de modificación legislativa que estas medidas fuesen automáticas aún sin acreditarse su sostenimiento, únicamente con un informe favorable de la entidad tutelar sobre su cumplimiento de las normas internas española, su capacidad de integración, y su potencial acceso al mercado laboral. Entendemos que el Estado haya limitado esta posibilidad para evitar que pudiesen quedar desprotegidos sin medio económico alguno y sin la protección de ninguna entidad en la que esté en un programa de formación o desarrollo personal.

37. Otro avance para evitar la discriminación de estos y estas menores se da con la regulación del art. 198. Ya destacamos anteriormente el sinsentido que suponía que la anterior regulación le exigiese a los y las menores que llegaban a la mayoría de edad sin autorización de residencia requisitos más difíciles de lograr que a los que sí la tenían. La modificación legislativa

relación a este tema. *Vid.* P. Ceriani Cremadas, *op. cit.*, p. 59–60; B. Flores González, *op. cit,* p. 325–329; S. García Vázquez, *op. cit.,* pp. 431–438.

[80] Real Decreto–ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, BOE 1.6.2020.

[81] La renta garantizada será de 469,93 euros al mes para una persona adulta que viva sola. *Vid.* [<https://www.mscbs.gob.es/ssi/covid19/ingresoMinVital/home.htm>]. Consultada el 12 de noviembre de 2021.

cambia esta situación, evitando la discriminación entre menores. Si estos llegan a la mayoría de edad sin autorización de residencia y cumplían los requisitos para ello, es decir, el motivo era la falta de agilidad administrativa o la imposibilidad por cualquier causa de lograrlo, tienen los mismos requisitos para obtener la autorización de residencia con la única exigencia suplementaria de haber participado en las acciones formativas y actividades programadas por la entidad tutelar para favorecer su integración social. Esta actitud favorable a su integración quedará acreditada con el informe de la entidad tutelar. Consideramos esta igualación de los requisitos económicos entre ambos tipos de menores un gran avance de la actual regulación[82].

38. La disposición transitoria única del Real Decreto es para nosotros otra de las grandes mejoras de la norma, y se relaciona directamente con nuestra posición de ampliar a los menores la protección que tenían con anterioridad al momento de su llegada a la mayoría de edad. No queda como una aplicación permanente para todos los menores que lleguen a la mayoría de edad en el futuro, solo para los actuales, pero la regulación sí se inspira en los principios que hemos señalado asentados por el TJUE. La misma establece que todos los y las menores de entre 18 y 23 años en el momento de la entrada en vigor de la norma, el 8 de noviembre de 2021, que no hubiesen obtenido la autorización de residencia, o que la tuvieron, pero no pudieron renovarla, pueden beneficiarse de esta nueva regulación. Esto permite a los y las menores extutelados lograr la autorización de residencia si están en un programa de formación sostenido por una institución tutelar, lo que ha provocado la reactivación de gran cantidad de solicitudes y el inicio de las de aquellos que habían llegado a la mayoría de edad y habían quedado en situación irregular. Desde luego esta posibilidad es un rayo de esperanza para muchos MENA que habían llegado a la mayoría de edad perjudicados por el anterior sistema legal español que no cumplía con sus obligaciones internacionales.

V. CONCLUSIONES

39. Hasta noviembre de 2021, el día en el que los niños y niñas extranjeros no acompañados llegaban a la mayoría de edad en España, lejos de ser el de la fiesta de la consolidación de su plena capacidad, se convertía en el momento en el que el sistema les empujaba a la irregularidad. Esta situación

[82] Tan exigente o más con esta renovación, exigiendo incluso protección a nivel constitucional de los y las menores, fueron M.N. Alonso García y D. Carrizo Aguado, *op. cit.,* pp. 390–392.

ha acreditado con toda crudeza durante lustros los incumplimientos de la legislación española de nuestras obligaciones internacionales. A nuestro juicio la normativa internacional vigente en España fija textualmente la protección de los niños y las niñas hasta que cumplen 18 años, pero no se detiene en ella y se proyecta más allá de dicha edad. La regulación y las decisiones de la administración sobre los niños y niñas en sus últimos años de adolescencia se deben tomar en su interés, exigiendo dotarles de documentación que regularice su estancia en el territorio a largo plazo, sin discriminación frente a sus propios nacionales por ser extranjeros, dándoles una solución duradera basada en una residencia regular y la formación que facilite su integración. Se debe destacar que la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes, ha sido hasta ahora la gran olvidada. Es aplicable a todos los jóvenes residentes en España de cualquier nacionalidad de entre 15 y 24 años, exige facilitarles la documentación y su protección en situaciones de vulnerabilidad más allá de los 18 años. Es, por lo tanto, un texto vigente en España esencial para determinar los derechos de los y las MENA.

40. El Derecho europeo exige la toma de decisiones sobre estos niños y niñas atendiendo a su interés, establece sistemas estadísticos de recogida de datos fiables, y obliga a aportar a los y las menores que no pueden ser repatriados soluciones rápidas, flexibles, seguras, duraderas y documentadas que faciliten la obtención de su residencia regular. La Jurisprudencia del TJUE ya ha exigido en dos resoluciones proyectar a momentos posteriores a los 18 años la protección que los MENA tienen antes, siempre que los procedimientos se iniciasen cuando tenían menos de 18 años. Esta doctrina se debería traducir en la obtención de la documentación regular aún tras la llegada de dicha edad, aunque los procesos de regularización iniciados antes de ese momento no hubiesen finalizado ese día. La posición del TJUE obliga a un cambio de mirada de la doctrina y de la legislación española, que deben ampliar la protección de los y las niñas menores en España al momento posterior a su mayoría de edad. La modificación del Reglamento de Extranjería de octubre de 2021 da los primeros y decididos pasos en esta dirección.

41. La normativa española vulneraba hasta noviembre de 2021 estas obligaciones internacionales de España. Retrasaba el inicio del trámite para la obtención de la documentación de su regularidad, sin concretar a las autoridades tutelares de los MENA un procedimiento claro y efectivo. No facilitaba por ningún medio la obtención de la residencia regular a la que tienen derecho los MENA. Llegados a la mayoría de edad, establecía requisitos de obtención de la residencia regular imposibles en el actual marco socioeconómico que abocaba a la práctica totalidad de los MENA a

llegar a la mayoría de edad en situación irregular, contrariamente a lo que exige la normativa internacional. Estos incumplimientos han sido muy graves y continuados, y han situado a una gran cantidad de niños y niñas en la irregularidad, la marginalidad y en ocasiones en la delincuencia.

42. La realidad administrativa de las instituciones tutelares de los MENA empeoraba la situación. Hasta el momento los centros no han tenido medios. No existían datos absolutamente fiables de los y las MENA tutelados, si bien el Registro de MENA ha sido un buen avance. No han existido procedimientos ágiles ni flexibles para la obtención de la documentación de su regularidad, por lo que, según los profesionales que trabajan con ellos, al menos un 90% de los MENA ha llegado hasta noviembre de 2021 a la mayoría de edad sin autorizaciones de residencia. Las plazas de centros de tutela de MENA han sido escasas, y las de centros de ex tutelados que pueden favorecer su desarrollo han decrecido de forma radical. El sistema no cumplía las previsiones legales, que como señalamos no son siquiera las adecuadas. El marco europeo exige a España aplicar los fondos Next Generation con varios principios. Uno de ellos es el de la inclusión. Otro, el del cumplimiento de España de sus obligaciones internacionales en la integración de los migrantes que residen regularmente, y como hemos visto los y las MENA deben ser considerados como tales. España debe seguir avanzando en esta línea tal y como ha hecho con la modificación del Reglamento de Extranjería.

43. La modificación del Reglamento de Extranjería realizada por el Real Decreto 903/2021 de 19 de octubre es un claro intento de España de dar un paso adelante en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Según los propios migrantes y las entidades que trabajan en la defensa de sus derechos la palabra esperanza es la que debe guiar su análisis. En primer lugar, cumple con la obligación de documentar al migrante con relativa rapidez, al establecer que, en todo caso, a los 90 días de haber sido puesto a disposición de la institución tutelar, se debe iniciar dicho trámite. Debemos estar atentos a la exigencia de contar con el pasaporte para ello, y a la celeridad de la administración de emitir la cédula de inscripción al o a la menor si no lo logra en dicho plazo. Sí que creemos que el plazo de tres meses debería haberse recortado, ya que no hay motivo para no iniciar dicho procedimiento al mes de la llegada del menor, o inmediatamente tras la puesta a disposición del mismo de las instituciones tutelares.

44. La nueva regulación mejora las condiciones y facilidades para obtener la autorización de residencia a la llegada a la mayoría de edad. Basta con que una institución pública o privada en la que esté acogido el o la menor acredite que puede asumir su sostenimiento. Esto les posibilitará poder trabajar a largo plazo con los y las menores en su formación futura. Sin

embargo, les somete a la dependencia de contar con fondos que sostengan sus proyectos, que suelen obtener de las autoridades públicas, y sin ellos los y las menores pueden volver a quedar desamparados. Por otro lado, hay un gran avance en evitar la discriminación en el hecho de que los y las menores que llegan a la mayoría de edad sin autorización de residencia tienen los mismos requisitos que los que lo hacen con ella con la única condición de haber seguido correctamente los programas formativos de la institución tutelar.

45. Un último aspecto de la norma da un primer paso temporal en ampliar la protección de los y las menores al momento posterior a su llegada a la mayoría de edad. La disposición transitoria única establece que todos los y las menores de entre 18 y 23 años en el momento de la entrada en vigor de la norma el 8 de noviembre de 2021 que no hubiesen obtenido la autorización de residencia, o que la tuvieron pero no pudieron renovarla, pueden beneficiarse de esta nueva regulación. Creemos un paso muy acertado, pero estimamos que España cumplirá la doctrina del TJUE de ampliar los efectos de la protección de los y las menores al momento posterior a su mayoría de edad si modifica esta regulación y señala que esto se aplicará a todos los menores de entre 18 y 23 años que en el futuro no obtuviesen la autorización de residencia por causas no imputables a ellos o ellas.

46. Finalizamos nuestro trabajo señalando que, si bien hemos destacado el acierto del alcance de la modificación legislativa del Reglamento de Extranjería, la misma podría haber cumplido de mejor manera las obligaciones internacionales de España. Lo habría hecho si hubiese obligado a la emisión de la cédula de inscripción siempre que el o la menor no contase con pasaporte. Al menos hasta que lo lograse. También si hubiese establecido que tan pronto el o la menor quedase a disposición de los servicios de protección de menores se tramitase su autorización de residencia. Igualmente si no se condicionase obtener la autorización de residencia a la llegada a la mayoría de edad a que la institución tutelar tenga medios para asegurar el sostenimiento de todos los y las menores que llegan a dicha edad. Se podría haber hecho con el informe favorable de su integración y su potencial de obtener el ingreso mínimo vital. Por último, hubiese sido deseable que se previese que entre los 18 y los 24 años, edad a la que fija la protección la Convención Iberoamericana de los jóvenes, cualquier menor que no hubiese obtenido la autorización de residencia podría lograrla en cualquier momento.

47. Como conclusión final creemos oportuno valorar extender la totalidad de la protección de los niños y las niñas extranjeros no acompañados cuando son menores de 18 años a los años posteriores hasta un tiempo prudencial

en el que puedan lograr la formación, madurez y estabilidad necesaria para poder desarrollarse adecuadamente. Sería la manera de lograr esta protección más allá de la mayoría de edad. Otra forma de acercarse a ella sería otorgar por un nuevo y diferente estatus de protección temporal de adaptación a la edad adulta. En todo caso, en ambos regímenes, seguir en la línea de la flexibilización del acceso a una a autorización de residencia antes y después de la mayoría de edad del Decreto 903/2021 debe ser pilar fundamental, más en la actual situación de crisis económica por la pandemia de la Covid19.

BIBLIOGRAFÍA

Adroher Biosca, S.: "Las reformas legales de 2015 ante los nuevos desafíos de la protección internacional de menores", *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado* (M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota,(dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 334–350.

Alcolado Chico, M.T.: "Una aproximación a la legislación comunitaria y española sobre los menores no acompañados", *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 3, 2018, nº 2, pp. 151–177.

Alonso García M. N. y Carrizo Aguado, D.: "La dialéctica entre legalidad y humanidad en la protección de menores extranjeros no acompañados", *Revista de Derecho de Familia*, nº 82, 2019, pp. 381–395.

Aparicio Chofré, L.: "Avances y desafíos en la regulación de los menores extranjeros no acompañados en España", *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, nº 20, 2015, pp. 120–141.

Argelich Comelles, C.: "Las divergencias del sistema de protección de menores en situación de riesgo y desamparo", en R. López San Luis (directora), *La protección del menor. Situación y cuestiones actuales*, Granada, Comares, 2019, pp. 3–15.

Blázquez Rodríguez, I.: "El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países: de la reacción ante la crisis migratoria a la sinergia necesaria", *REDI,* vol. LXXII, nº 1, 2020, pp. 27–51.

Bravo Rodríguez, M. R.: "La situación de los menores extranjeros no acompañados en España", Consejo de Europa, MG–RCONF (2005) 11, 10 de octubre de 2005.

Cabedo Mallol, V.: "Principales novedades incorporadas por las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia: luces y sombras", en V. Cabedo Mallol e I. Raverllat Ballesté (coordinadores), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 52–86.

Calvo Caravaca A. L. y Carrascosa González, J.: "Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y sustracción internacional de menores. Algunas cuestiones controvertidas", *El Derecho internacional privado, entre la tradición y la innovación. Homenaje al profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 185–205.

Ceriani Cremadas, P.: *Canarias, niños y niñas migrantes en una de las rutas más peligrosas del mundo*, Madrid, UNICEF, 2021.

De Ferrari Vial, L. I. y Curihuinca, E.: *Compendio de Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*, Centro iberoamericano de Derechos del Niño, Santiago, 2018.

Durán Ayago, A.: "Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 415–462.

Durán Bernardino, M.: "Los menores migrantes no acompañados en el sistema español de protección social e integración laboral", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 50, 2019, pp. 63–82.

Durán Ruiz, F. J.: *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica social y de futuro*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

Durán Ruiz, F. J.: "MENA y extutelados. La cuestión de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados tras la mayoría de edad y la jurisprudencia", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 55, 2020, pp. 17–52.

Flores González, B.: "La protección jurídica de los menores migrantes no acompañados en España", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 2, 2018, pp. 321–362.

Fuentes Sánchez, R.: "Menores extranjeros no acompañados (MENA)", *Revista internacional de trabajo social y bienestar*, nº 3, 2014, pp. 105–111.

García España, E.: "De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión", *InDret*, 2016, nº 3, pp. 1–27.

García Vázquez, S.: "El régimen jurídico del menor inmigrante", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 8, 2004, pp. 423–450.

González Beilfuss, C.: "La sustracción de menores en el nuevo reglamento 2019/1111", *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 382–398.

Guzmán Zapater, M. (directora): *Lecciones de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Iuri, T.: "La participación activa de los jóvenes, protección jurídica y necesidad de promoción", *Revista Pilquen*, vol. 12. nº 2, 2015, pp. 35–45.

Mangas Martín, A.: "Comentario al art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE", en A. Mangas Martín (directora), *Carta de los Derechos fundamentales de la UE, comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008, pp. 452–453.

Martínez Mateo, C.J.: "La tutela garantista de los MENA en la UE", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 50, 2019, pp. 83–106.

Moya Escudero, M.: "Igualdad versus seguridad y control: los menores extranjeros en Europa", en P. Martín Rodríguez (director), *Nuevo Mundo, Nueva Europa. La redefinición de la UE en la era del Brexit*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Pastor Seller, E.: "Impacto de la Convención sobre los derechos del niño en los Estados de Argentina, Brasil, Chile, España y Uruguay", *Revista Prisma Social*, nº 23, 2018, pp. 67–100.

Perazzo Aragoneses, C. (coord..): *Los más solos*, Save the Children 2018.

Pérez Martín, L.A.: *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Las Palmas de Gran Canaria, ULPGC, 2019, p. 194.

Pérez Vera, E.: "El menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado", *REDI*, 1993, vol. XLV, nº 1, pp. 101–114.

Rodríguez Rodrigo, J.: "Protección de los MENA que llegan a España", en A. Cebrián Salvat e I. Lorente Martínez (dirs.), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2019.

Rodríguez Mateos, P.: "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989", *REDI*, 1992, vol. XLIV, nº 2, pp. 465–498.

Salces Rodrigo, M.T.: "Políticas públicas y menores extranjeros no acompañados", en *Save the children, La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*, 2007.

Vinaixa Miquel, M.: "La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados", *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 517–602.

Recibido: 27 julio 2021
Aceptado: 15 septiembre 2021

Acción colectiva europea y Derecho internacional privado a raíz de la demanda interpuesta en Países Bajos por la *Dieselgate Emissions Justice Foundation*

Raúl RUIZ RODRÍGUEZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. La *WAMCA* y el modelo europeo de tutela colectiva: 1. Antecedentes y estado de la acción colectiva europea. 2. Interrogantes planteados por la *WAMCA*. III. Obstáculos planteados por el Derecho internacional privado al ejercicio de la acción colectiva europea: 1. La competencia de los tribunales neerlandeses y la inadecuación de los criterios interpretativos del Reglamento Bruselas I *bis*. 2. Ley aplicable a los daños causados por *Volkswagen* y el posible uso de la cláusula de escape del art. 4 del Reglamento Roma II. IV. Conclusiones.

RESUMEN: El estallido del escándalo *Dieselgate* en el año 2015 resultó en el inicio de acciones legales por todo el mundo para indemnizar el daño causado a los consumidores afectados. Concretamente, en la UE, el alcance de estas acciones ha sido limitado, produciendo efectos únicamente dentro del territorio de los correspondientes Estados miembros. Esto se debe a la dificultad de articular una acción colectiva a escala europea a tenor de los instrumentos legales disponibles hasta la fecha. La habilitación de un nuevo mecanismo procesal en la ley neerlandesa ha llevado a la *DEJF*, una asociación con sede en Países Bajos, a emprender una acción colectiva en representación de consumidores de varios países europeos. La demanda interpuesta genera una serie de interrogantes que ponen de manifiesto la necesidad de adaptar los criterios empleados por los instrumentos de Derecho internacional privado para garantizar un despliegue eficaz del modelo europeo de tutela colectiva.

PALABRAS CLAVE: ACCIÓN COLECTIVA – CONSUMIDORES – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – *DIESELGATE*.

European Collective Action and Private International Law in the Wake of the Dieselgate *Emissions Justice Foundation Lawsuit in the Netherlands*

ABSTRACT: The outbreak of the Dieselgate scandal in 2015 resulted in the initiation of legal actions around the world to compensate the damage caused to affected consumers. Specifically, in the EU, the scope of these actions has been limited, producing effects only within the territory of the corresponding Member States. This is due to the difficulty of articulating a Europe–wide

* Investigador predoctoral (FPU 2019) en el área de Derecho internacional privado de la Universidad de Alicante.

ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.16

collective action on the basis of the legal instruments available to date. The introduction of a new procedural mechanism in Dutch law has led the DEJF, an association based in the Netherlands, to bring a collective action on behalf of consumers from several European countries. The action raises a series of questions that highlight the need to adapt the criteria used by the instruments of private international law in order to guarantee an effective deployment of the European model of collective protection.

KEYWORDS: COLLECTIVE ACTION – CONSUMERS – PRIVATE INTERNATIONAL LAW – DIESELGATE.

I. INTRODUCCIÓN

1. El estallido del llamado escándalo *Dieselgate* en el año 2015 todavía deja sentir sus efectos a día de hoy. La compañía alemana *Volkswagen configuró* varios de sus motores para falsificar el nivel de emisiones de NOx en los bancos de prueba[1]. Así, los automóviles equipados con estos motores pudieron pasar los controles establecidos y ser comercializados posteriormente. La principal consecuencia de estos hechos fue la adquisición de vehículos manipulados por millones de consumidores en todo el mundo. Las repercusiones de dicho escándalo, como pueden imaginarse, fueron inmensas.

2. Concretamente, en el ámbito legal, la falsificación del nivel de emisiones por parte de *Volkswagen* ha dado lugar a un incontable número de pleitos a lo ancho de todo el territorio global. Ejemplo de ello son las demandas presentadas ante los tribunales australianos[2] y estadounidenses[3] que concluyeron con la firma de los respectivos acuerdos colectivos.

En el ámbito europeo, el TJUE ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse de manera general sobre el asunto *Dieselgate* en sentencias como la del 17 de diciembre de 2020[4]. En virtud de esta resolución, el TJUE dictaminó que el *software* fraudulento instalado por *Volkswagen* viola la normativa europea en

[1] Tribunal de Cuentas Europeo, "Respuesta de la UE al escándalo «dieselgate»", febrero 2019. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/BRP_Vehicle_emissions/BRP_Vehicle_emissions_ES.pdf>], pp. 13–15.

[2] La compañía alemana se comprometió en virtud del acuerdo alcanzado a pagar un mínimo de 868 dólares australianos a cada uno de los aproximadamente cien mil consumidores afectados. Para más información sobre el procedimiento australiano, *vid.* el siguiente enlace (consultado el 10 octubre 2021): [<https://vwsettlement.com.au/index.php>].

[3] En EE UU, *Volkswagen* acordó ante los tribunales el pago de miles de millones de dólares estadounidenses para compensar a los cerca de quinientos mil compradores perjudicados por la falsificación del nivel de emisiones. Para más información sobre el procedimiento estadounidense, *vid.* el siguiente enlace (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.reuters.com/article/us–volkswagen–emissions–idUSKBN1JZ21G>].

[4] STJUE 17 diciembre 2020, C–693/18, ECLI:EU:C:2020:1040.

materia de vehículos a motor[5]. Con todo, no se ha celebrado todavía en la UE un acuerdo de dimensiones similares al estadounidense o al australiano, pese a que la cantidad de vehículos comercializados es considerablemente superior[6].

En este sentido, las soluciones alcanzadas en la UE han tenido un alcance limitado. La dificultad de orquestar un remedio a escala europea a tenor de los instrumentos disponibles hasta la fecha ha derivado en una fragmentación de las acciones legales interpuestas. Los consumidores o asociaciones de consumidores han presentado demandas contra *Volkswagen* ante los tribunales de los respectivos Estados miembros para solicitar la reparación del daño causado. En Alemania[7], por ejemplo, *Volkswagen* ha pactado la indemnización de los afectados tras una ardua batalla legal por parte de la asociación de consumidores VZBV. También en España se ha ordenado recientemente la reparación del daño causado a los miembros de la Organización de Consumidores y Usuarios[8], en virtud de sentencia[9] del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid[10]. Otros países en los que se han emprendido acciones legales similares son Portugal[11] o Francia[12].

[5] Principalmente, el Reglamento (CE) nº 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos.

[6] *BBC News*, 10 diciembre 2015: "Volkswagen: The scandal explained". Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.bbc.com/news/business–34324772>].

[7] *Vid.* a este respecto, la noticia disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.dw.com/en/dieselgate–volkswagen–to–pay–830–million–settlement–to–german–consumers/a–52572281>].

[8] Así lo hizo saber esta Organización en su página web, disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.ocu.org/organizacion/prensa/notas–de–prensa/2021/sentenciavw250121.

[9] SJM Madrid 25 enero 2021, nº 36/2021, ECLI:ES:JMM:2021:4. Para un análisis del contenido de la sentencia, *vid.* el post elaborado por Á. Suñol en el blog "Almacén de Derecho", disponible en (consultado el 29 de julio de 2021): [<https://almacendederecho.org/control–de–emisiones–contaminantes–en–los–motores–de–automoviles–y–competencia–desleal–i>].

[10] Si bien no se trata de un supuesto de acción colectiva, cabe señalar también la reciente sentencia del Tribunal Supremo (STS 23 julio 2021, nº 561/2021) en la que ordena el pago de una indemnización de 500€ a un consumidor español por los daños derivados de la instalación del dispositivo fraudulento en un automóvil de *Volkswagen* adquirido por el mismo. Para acceder a la sentencia, *vid.* la página oficial del Tribunal Supremo, disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder–Judicial/Tribunal–Supremo/Noticias–Judiciales/El–Tribunal–Supremo–declara–responsable–a–la–distribuidora–de–Wolkswagen–Audi–Espana–al–asumir–la–posicion–como–fabricante–del–dispositivo–de–control–de–emision–de–gases–fraudulento>].

[11] *Vid*. la web de *Ius Omnibus* (organización de consumidores portuguesa), disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://iusomnibus.eu/popular–action–for–compensation–of–portuguese–consumers–harmed–by–the–daimler–mercedes–benz–dieselgate/>].

[12] *Vid*. la información contenida en la web de la *Association nationale de défense des consommateurs et usagers*. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.clcv.org/nos–actions/laction–de–groupe–de–la–clcv–contre–Volkswagen>].

3. El elevado número de demandas observadas plantea el problema de que los Estados miembros puedan llegar a ofrecer soluciones distintas a daños derivados de un mismo ilícito. Además, se trata de acciones que en la mayoría de los casos cuentan con un elemento extranjero, como es la localización del domicilio de la demandada, *Volkswagen,* en Alemania. Son, por tanto, situaciones privadas internacionales que requerirán la aplicación de las normas de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) de cada país. Dicha circunstancia puede acrecentar la divergencia de resultados. Esto dependerá, en gran medida, de cómo se interpreten las normas y criterios en materia de DIPr por los tribunales de los distintos Estados miembros. De igual modo, las diferencias existentes entre las acciones legales interpuestas acentúan este problema: algunas de las demandas se dirigen contra la sede alemana de *Volkswagen*, mientras que otras involucran a alguna de sus filiales o incluso a los concesionarios responsables de la venta de los vehículos afectados. El conjunto de estas circunstancias pone a prueba la eficacia de las normas de Derecho internacional privado europeo ante la complejidad que presentan estas acciones y las particularidades de las normativas procesales de los Estados miembros[13].

4. Prueba de ello es el litigio interpuesto ante los tribunales de Países Bajos por la conocida como *Diesel Emissions Justice Foundation*[14] (en adelante, *DEJF*). Se trata de una fundación neerlandesa sin ánimo de lucro cuya finalidad última era la de iniciar un procedimiento colectivo contra *Volkswagen,* para obtener una indemnización justa y adecuada para consumidores de varios países europeos. Y eso es precisamente lo que ha hecho, aprovechando la entrada en vigor de la Ley neerlandesa de reparación colectiva de daños masivos (*Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie*; en adelante, *WAMCA*)[15]. El citado instrumento habilita nuevos mecanismos procesales para iniciar acciones de reparación colectiva de daños ante los tribunales neerlandeses[16]. Estos mecanismos han permitido que la *DEJF* solicitara, en marzo de 2020, la comparecencia

[13] Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, "Collective redress in the Member States of the European Union", octubre 2018. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU(2018)608829_EN.pdf, pp. 93–99>].

[14] Para conocer el origen y recorrido de dicha Fundación, *vid.* su página web, disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.emissionsjustice.com/en/.

[15] *Conflict of Laws*, "Mass litigation in times of Corona and developments in the Netherlands", abril 2020. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://conflictoflaws.net/2020/mass–litigation–in–times–of–corona–and–developments–in–the–netherlands/>].

[16] A. Knigge & I. Wijnberg, "Class/collective actions in The Netherlands: overview". Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6–618–0285?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true>].

de *Volkswagen* y otras empresas partícipes o intermediarias para el inicio del correspondiente proceso judicial.

La demanda planteada presenta interrogantes que no solo son susceptibles de análisis desde el punto de vista del Derecho neerlandés, sino también desde el prisma del Derecho internacional privado europeo, habida cuenta de las dimensiones del pleito. Como se ha indicado anteriormente, la *DEJF* representa a consumidores de varios Estados miembros, no solo de Países Bajos. Esta circunstancia suscita una serie de cuestiones, las cuales son el objeto de estudio del presente artículo, a saber: la tensión existente entre la *WAMCA* y la reciente Directiva sobre acciones colectivas de consumidores[17]; la posibilidad de la *DEJF* de constituirse como representante de los consumidores adscritos; la competencia de los tribunales neerlandeses para conocer de esta acción; y, en su caso, el Derecho aplicable a los daños causados por *Volkswagen* a los consumidores europeos[18].

5. La internacionalización de las relaciones sociales y económicas, premisa básica del sistema europeo, conlleva un mayor riesgo de causar daños simultáneos a consumidores de distintos Estados miembros. El escándalo *Dieselgate* no es el único ejemplo de ello. Otro supuesto similar sería el procedimiento iniciado ante los tribunales ingleses contra *MasterCard*[19] o las distintas demandas interpuestas en la UE contra *Apple*[20] por la limitación del rendimiento de sus modelos de *iPhone* 6. Esta situación evidencia la necesidad de resolver las cuestiones anteriormente delimitadas en relación con la demanda interpuesta por la *DEJF* y de alcanzar criterios adecuados que puedan ser extrapolados a supuestos de una magnitud o características similares[21]. De esta manera, se otorgaría una respuesta satisfactoria al ejercicio de la acción colectiva a favor de los consumidores europeos.

[17] Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (en adelante, "Directiva sobre acciones colectivas de consumidores" o "la Directiva").

[18] Cabe señalar que, a fecha de entrega del presente artículo, la resolución de los tribunales neerlandeses todavía está pendiente de ser emitida.

[19] F. Teomete, "Merricks v Mastercard Inc: Collective Actions Re–invigorated", agosto 2019. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.collectiveredress. org/ newsitem/ 6047>] .

[20] M. Durovic, "The Apple Case Today: Factual and Legal Assessment". *EUI Department of Law Research Paper*, No. 2016/03, 2016, [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2736380.

[21] J. Morais & K. Nemeth, "Dieselgate and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in the European Union". *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, 6 (1–2017), p. 35; M. Durovic, "International Consumer Law: What Is It All About?", *J Consum Policy* 43, 2020, pp. 125–143. [<https://doi–org.bua.idm.oclc.org/10.1007/s10603–019–09438–9, p. 2>].

II. LA *WAMCA* Y EL MODELO EUROPEO DE TUTELA COLECTIVA

1. Antecedentes y estado de la acción colectiva europea

6. La acción colectiva[22] en la UE ha sufrido una trayectoria un tanto errática. Sus orígenes se remontan a la Directiva 98/27 sobre acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores[23], aprobada en el año 1998 y reforzada en virtud de la Directiva 2009/22/CE[24]. La tutela otorgada por dichos instrumentos legales era limitada: únicamente contemplaban medidas de cesación impuestas a los profesionales en beneficio de los consumidores. Estos mecanismos debían ser incorporados por los Estados miembros en sus respectivos ordenamientos. Quedaban excluidas de su ámbito objetivo prestaciones positivas y concretas a favor de los consumidores[25].

Existía, por tanto, la necesidad de complementar estos instrumentos mediante la regulación del ejercicio de acciones colectivas de carácter compensatorio o indemnizatorio. La primera muestra de la voluntad del legislador europeo de abordar este punto se encuentra en el Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores[26], publicado en el año 2008. En él, la Comisión Europea analizaba el estado de la cuestión y realizaba una serie de propuestas orientadas a aportar soluciones para superar los obstáculos a un recurso colectivo completo y eficaz. La solución número cuatro de la propuesta ya sugería la introducción de "una medida comunitaria vinculante o no vinculante para garantizar la existencia de un mecanismo judicial de recurso colectivo en todos los Estados miembros".

Posteriormente, en el año 2011, la Comisión realizó una consulta pública bajo el título de "*Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo*", con la finalidad de recabar sugerencias y opiniones sobre la

[22] En el presente trabajo, por "acción colectiva" se hace referencia a la acción legal que permite la defensa de los derechos de un grupo de consumidores de manera conjunta. Se excluyen del objeto de estudio del artículo otras posibles acciones colectivas, como podrían ser aquellas relativas a la defensa de derechos fundamentales, cuestiones medioambientales, etc.

[23] Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

[24] Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

[25] F. Gascón, "¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, p. 1292.

[26] Comisión Europea, "Libro verde sobre recurso colectivo de los consumidores", noviembre 2018. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://eur–lex.europa.eu/legal–content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0794&from=ES>].

materia. El Parlamento Europeo se pronunció posteriormente acerca de dicha consulta en virtud de su Resolución de febrero de 2012[27]. En ella, reconocía que los mecanismos de recurso colectivo nacionales eran muy diferentes en su alcance y articulación procesal y que esto impedía a los ciudadanos el disfrute de sus derechos. Así, solicitaba a la Comisión que continuara con el proyecto iniciado mediante el examen del fundamento jurídico adecuado que debía regir el modelo europeo de tutela colectiva. En respuesta a esta petición, la Comisión elaboró la llamada Recomendación de 11 de junio de 2013[28], en la que fijaba una serie de principios comunes que debían gobernar los recursos colectivos de los distintos Estados miembros. No obstante, dicha Recomendación carecía de carácter vinculante (*soft law*). Ello condujo a una adopción dispar de la misma entre los Estados miembros y a que este instrumento desplegara una eficacia limitada[29].

7. La cuestión del modelo europeo de tutela colectiva resurgió tras el estallido del escándalo *Dieselgate*, dado su alcance e implicaciones transfronterizas[30]. Esta situación puso de relieve la necesidad urgente de un mecanismo adecuado para la reparación de daños masivos a nivel europeo. Así, conforme a la voluntad del Parlamento[31], en abril de 2018 la Comisión Europea presentó su Propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Tras el correspondiente debate, el texto final fue publicado el 4 de diciembre de 2020.

8. El objetivo de la Directiva es garantizar que todos los Estados miembros disponen de un mecanismo de acciones de representación para

[27] Parlamento Europeo, "Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo»", enero 2012. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A–7–2012–0012_ES.html>].

[28] Comisión Europea, "Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión", junio 2013. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://eur–lex.europa.eu/legal–content/ES/TXT/?uri=celex% 3A32013H0396>].

[29] Comisión Europea, "Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión", enero 2018. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://eur–lex.europa.eu/legal–content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0040>]; Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, *op. cit.*, p. 57.

[30] I. Onandia, "La acción colectiva en la Unión Europea: ¿es posible encajarla en el Reglamento de Bruselas I bis?", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 39, 2019, p. 300.

[31] Parlamento Europeo, "Recomendación de 4 de abril de 2017, al Consejo y a la Comisión, a raíz de la investigación sobre la medición de las emisiones en el sector del automóvil", abril 2017. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://eur–lex.europa.eu/legal–content/ ES/TXT/ PDF/?uri=CELEX:52017IP0100&from=EN>].

la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Con estas garantías, se contribuye también a un buen funcionamiento del mercado interior. Para alcanzar el nivel de protección pretendido, la Directiva introduce una serie de requisitos a incorporar en los ordenamientos de los Estados miembros. Estos requisitos se refieren a la habilitación de entidades para ejercer acciones colectivas nacionales y transfronterizas o a las medidas cesatorias y resarcitorias contempladas, entre otros.

La fecha límite para la transposición de la Directiva por los Estados miembros está prevista para el 25 de diciembre de 2022. Por este motivo, la eficacia de dicho instrumento queda pendiente de comprobación. No obstante, un análisis preliminar permite observar que la Directiva ha dejado escapar la posibilidad de regular una serie de cuestiones relevantes[32], algunas de las cuales serán estudiadas a continuación.

2. Interrogantes planteados por la WAMCA

9. Una vez delimitado el estado actual de la acción colectiva a nivel europeo, debe analizarse su influencia en el litigio objeto del presente trabajo. Tal y como se ha indicado en el anterior apartado, la entrada en vigor de la Directiva y fecha obligada de transposición son posteriores a la interposición del litigio por la *DEJF* en marzo de 2020[33]. Por ello, su influjo en este caso es limitado. No obstante, la relación entre la Directiva y la *WAMCA* plantea una serie de incógnitas que merecen una necesaria reflexión de cara a la futura adaptación de esta ley (y de otras similares que se puedan plantear por el resto de los Estados miembros) a la normativa europea.

10. Estos interrogantes van referidos a la posible incompatibilidad de la Directiva con las disposiciones de la ley neerlandesa. Más concretamente, con los estrictos requisitos fijados por la *WAMCA* para la habilitación de asociaciones de consumidores. En este sentido, el art. 3:305*a* del Código Civil neerlandés, tras la redacción otorgada por la *WAMCA*, establece que para que una entidad pueda constituirse como representante legítima de un

[32] *Vid.* A. Biard & X. Kramer, "The EU directive on representative actions for consumers: a milestone or another missed opportunity?", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 2, 2019, pp. 249–259; A. Biard & S. Voet, "Collective Redress in the EU: Will it Finally Come True?", Forthcoming in Summer 2021, disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.researchgate.net/publication/344501198_Collective_redress_in_the_EU_will_it_finally_come_true_forthcoming_Summer_2021>]; A. Biard, "Collective Redress in the EU: a rainbow behind the clouds?", *ERA Forum*, nº 19, 2018, pp. 189–204. Las deficiencias señaladas por dichos autores se basan, entre otras, en la no inclusión de normas de Derecho internacional privado o en la inadecuada regulación de los mecanismos de financiación de las entidades representativas.

[33] *Vid.* art. 22, 24 y 25 de la Directiva sobre acciones colectivas de consumidores.

grupo de consumidores será necesario que la acción guarde una estrecha relación con los Países Bajos.

Esta conexión se determina con base en una lista *numerus clausus* de factores alternativos, como son: i) que la mayoría de las personas cuyos intereses pretende proteger la acción judicial tengan su residencia habitual en los Países Bajos; o ii) que la parte contra la que se dirige la acción legal esté domiciliada en los Países Bajos y otras circunstancias adicionales sugieran una relación suficiente con dicho lugar; o iii) que el hecho o los hechos a los que se refiere la acción judicial tuvieran lugar en los Países Bajos.

La *DEJF* defiende que cumple de manera sobrada con estos requisitos alternativos; por ejemplo, en torno al 50% de los más de 12.000 representados son neerlandeses. Ahora bien, esta circunstancia no es motivo para prescindir del análisis de la legitimidad de estas cláusulas a la luz del reciente instrumento europeo.

11. Tal y como se deriva de la lectura de sus disposiciones, la Directiva opta por una armonización de mínimos[34]. Es decir, obliga a los Estados miembros a introducir mecanismos de tutela colectiva que permitan resarcir los daños causados a los consumidores, pero otorgando un considerable margen para su determinación a nivel nacional (art. 1.2º y 1.3º). En particular, en relación con las entidades habilitadas para emprender acciones de representación nacionales[35], la Directiva permite que los Estados fijen los requisitos que estimen oportunos, con base en su art. 4.4º. Así, en principio, podría suponerse que las condiciones establecidas por la *WAMCA* son válidas. Ahora bien, son varios los preceptos y Considerandos que ponen en duda dicha afirmación.

El primero de ellos es el propio art. 4.4º de la Directiva. A pesar del margen de discrecionalidad otorgado, este precepto especifica que los Estados miembros deberán velar por que los criterios que utilicen para designar una entidad habilitada para ejercitar acciones de representación nacionales sean conformes con los objetivos de la Directiva. Es decir, deben contribuir a que el funcionamiento de las acciones de representación sea eficaz y eficiente. De esta manera, el art. 4.4º sujeta los requisitos nacionales a una especie de principio de efectividad[36], que condicionará su validez en

[34] F. Gascón, *loc. cit.*, pp. 1296–1297.

[35] Es cierto que, en su art. 4.3º, la Directiva fija una serie de requisitos de obligada incorporación por los Estados miembros en relación con la habilitación de entidades para ejercitar acciones de representación transfronterizas. No obstante, la *DEJF* es una asociación neerlandesa y la demanda ha sido interpuesta en Países Bajos. Por lo tanto, la acción no encaja en la definición de acción transfronteriza otorgada por el art. 3.7º de la Directiva y la entidad no queda sujeta a los criterios impuestos por el art. 4.3º (*vid.* también el Considerando 23 en este sentido).

[36] F. Gascón, *loc. cit.*, p. 1305.

último lugar. El art. 4.5º parece secundar esta idea, pues sugiere a los Estados miembros que, para autorizar a asociaciones a emprender acciones nacionales, hagan uso de los mismos requisitos obligatorios fijados por el art. 4.3º de la Directiva para habilitar a entidades para el ejercicio de acciones transfronterizas. El examen de estos requisitos permite observar cómo prescinden de criterios territoriales similares a los empleados por la *WAMCA* para habilitar a dichas entidades. Por el contrario, la Directiva aboga por parámetros tales como carecer de ánimo de lucro o ser independiente. Asimismo, a pesar de carecer de carácter vinculante, deben mencionarse también los Considerandos 12 y 27, en virtud de los cuales se indica que las normas nacionales no deberán obstaculizar el funcionamiento efectivo del mecanismo procesal para las acciones de representación que exige la Directiva.

A tenor de todo lo expuesto, resulta difícil sostener que el rígido criterio empleado por la *WAMCA* respeta la finalidad última de la Directiva, que no es otra que mejorar el acceso de los consumidores a la justicia. Especialmente, en supuestos similares al que nos ocupa, en el que la entidad representa a consumidores de distintos Estados miembros. Es lógico que la normativa neerlandesa exija una vinculación mínima con su territorio, en virtud de los principios de proximidad y previsibilidad y para evitar supuestos de *forum shopping*. No obstante, el nivel de precisión de los requisitos fijados por la *WAMCA* parece excesivo[37], al exigir que la mayoría de consumidores sean neerlandeses o que, además de localizar el domicilio de la demandada en Países Bajos, haya elementos adicionales que vinculen la acción a dicho país. En este sentido, un requisito de admisibilidad territorial más flexible y que estaría en consonancia con el derecho a una tutela judicial efectiva y los instrumentos europeos en materia de DIPr, sería aquel basado únicamente en si el demandado tiene su domicilio en Países Bajos o en si los hechos tuvieron lugar allí[38].

12. Incluso si el legislador europeo entendiera que no hay problemas de compatibilidad entre los instrumentos examinados, existen otros argumentos que pueden ser esgrimidos en contra del criterio seguido por la *WAMCA*.

[37] Comisión Estatal Neerlandesa Asesora de Derecho Internacional Privado y Comisión Asesora de Derecho Procesal Civil, "Adviesscope rule van het voorontwerp wetsvoorstel afwikkeling massaschade in een collectieve actie (uitvoering motie Dijksma)", abril 2016. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg–789395.pdf>]. El presente artículo redactado en lengua neerlandesa se ha analizado a partir de la traducción realizada con la herramienta *DeepL*.

[38] C. G. van der Plas, "De collectieve actie 2.0 in grensoverschrijdende zaken: het territorial ontvankelijkheidsvereiste onder de loep", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, vol. 3, 2019, pp. 546–548. El presente artículo redactado en lengua neerlandesa se ha analizado a partir de la traducción realizada con la herramienta *DeepL*.

El primero de estos argumentos hace referencia al principio de no discriminación recogido en el art. 18 TFUE[39]. En virtud de este principio, se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad, lo cual incluye supuestos de discriminación directa e indirecta. Es decir, supuestos en los que la distinción no se basa en la propia nacionalidad, sino en otro criterio de diferenciación que conduce *de facto* al mismo resultado[40]. Este sería el caso, por ejemplo, de una distinción basada en el lugar de residencia[41]. Tal y como establece el TJUE, "una restricción indirecta basada en la nacionalidad sólo podría justificarse si se basa en consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad de las personas afectadas proporcionadas respecto del objeto legítimamente perseguido por el Derecho nacional"[42]. Algunos de los ejemplos señalados por la jurisprudencia, como los motivos de salud pública[43], no son aplicables al presente caso. Parece, por tanto, que la ausencia de una justificación objetiva que legitime esta discriminación debe conducir a una inaplicación del art. 3:305*a* de la *WAMCA*.

Asimismo, hay otro factor que merece consideración, como es el hecho de que el citado precepto de la ley neerlandesa pueda llegar a socavar el "efecto útil"[44] del Reglamento Bruselas I *bis*[45]. Según reiterada jurisprudencia del TJUE, "la aplicación de las normas nacionales pertinentes no puede menoscabar el efecto útil" de los instrumentos de Derecho internacional privado europeo[46]. En este caso, la *WAMCA* emplea factores de conexión territoriales para habilitar a entidades a ejercer acciones de representación nacionales. Y añade, además, requisitos territoriales suplementarios a los establecidos por la regla general del RBI *bis*, es decir, el foro del domicilio del demandado del art. 4. Por ello, puede concluirse que el art. 3:305*a* de la *WAMCA* podría llegar a socavar el efecto útil del RBI *bis*, al restringir el alcance internacional del régimen de la acción colectiva neerlandesa[47].

13. Para ilustrar esta idea, puede compararse el mecanismo introducido por la *WAMCA* con el procedimiento fijado por la *WCAM*[48]. La *WCAM* es una ley neerlandesa del año 2005 que establece un mecanismo de acción

[39] Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO 30.03.2010).
[40] STJUE 13 abril 2010, C–73/08; STJUE 31 marzo 2011, C–450/09.
[41] C.G. van der Plas, *loc. cit.*, pp. 549–550.
[42] STJUE 4 octubre 2012, C–75/11.
[43] STJUE 10 marzo 2009, C–169/07.
[44] C.G. van der Plas, *loc. cit.*, pp. 548–549.
[45] Reglamento (UE) Nº 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 (en adelante, "Reglamento Bruselas I *bis*" o "RBI *bis*").
[46] STJUE 28 enero 2015, C–375–13; STJCE 7 marzo 1995, C–68/93, entre otras.
[47] *Conflict of Laws*, *loc. cit.*
[48] *Wet collectieve afwikkeling massaschade* (Ley de acuerdos colectivos sobre daños masivos), de 16 de julio 2005.

colectiva basado en la ratificación de acuerdos celebrados entre asociaciones que representan los intereses de un grupo de perjudicados y las partes causantes de los daños. Así, cabe referirse a distintas resoluciones de los tribunales neerlandeses como, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Apelación de Ámsterdam (en adelante, "TAA") sobre el caso *Converium*[49] en el año 2012. En este. caso, el Tribunal se declaró competente conforme a las normas del RBI *bis* para convalidar el acuerdo alcanzado entre dos emisoras de valores suizas y dos asociaciones neerlandesas que representaban a accionistas de distintos Estados miembros. Y todo ello, pese a que únicamente 200 de las 12.000 representados eran neerlandeses[50]. Destaca también la sentencia *Shell*[51] de 2009, en la que los tribunales de Países Bajos asumieron su competencia para conocer del acuerdo alcanzado entre la compañía petrolífera *Shell* y varias entidades neerlandesas de representación de inversores damnificados. En este caso, de nuevo, una gran porción de los afectados estaba domiciliada en otros Estados miembros[52].

El procedimiento regulado por la *WCAM* ha sido descrito como una solución rápida y eficaz para alcanzar acuerdos colectivos internacionales[53]. No obstante, la *WAMCA* se ha distanciado de dicho mecanismo. Los requisitos establecidos por la *WAMCA* conllevan que los tribunales de Países Bajos no podrán declararse competentes en supuestos similares a *Shell* o *Converium*. Es decir, se excluye su competencia para conocer de acciones colectivas de reparación de daños en las que la mayoría de los consumidores afectados tengan su domicilio en otros Estado miembro.

14. En conclusión, la posibilidad de interponer una demanda de reparación colectiva de daños ante los tribunales neerlandeses resulta dificultada por una serie de factores. Estos son: la incompatibilidad de las disposiciones de la *WAMCA* con la Directiva sobre acciones colectivas de consumidores, la vulneración del principio de no discriminación del art. 18 TFUE y la socavación del efecto útil del RBI *bis* descritos en el presente apartado. Los obstáculos denunciados deberían conducir a una reformulación de los requisitos fijados por la ley neerlandesa para habilitar a entidades para ejercer acciones de representación nacionales. Así, dicha

[49] STAA 17 enero 2012, 200.070.039.

[50] Clifford Chance, "The Converium decision: promoting the Netherlands as a centre for class settlements", febrero 2012. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2012/02/the–converium–decision–promoting–the–netherlands–as–a–centre–for–class–settlements.pdf>], p. 2.

[51] STAA 29 mayo 2009, 106.010.887.

[52] A.J.B. Burrough, "Sworn translation from Dutch to English of: Decision by the Amsterdam Court of Appeal in case no. 106.010.887 rendered on 29 May 2009", junio 2009. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Netherlands_Shell_Decision_29May2009_%20ENG_translation.pdf>], p. 23

[53] Clifford Change, *loc. cit.*, p. 3.

normativa estaría en consonancia con el objetivo último propuesto por la Directiva de mejorar el acceso a la justicia para los consumidores europeos.

III. OBSTÁCULOS PLANTEADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN COLECTIVA EUROPEA

15. En virtud de su Considerando 21, la Directiva sobre acciones colectivas de consumidores señala que no afecta a la aplicación de las normas de DIPr en materia de competencia judicial, ley aplicable o reconocimiento y ejecución; y que tampoco tiene la voluntad de establecer normas de este tipo. Para el análisis de las cuestiones planteadas por las normas de DIPr, por tanto, se prescindirá del estudio del texto de la Directiva. Deberá acudirse a los instrumentos legislativos vigentes del Derecho de la Unión. Como se verá a continuación, el legislador europeo ha perdido la oportunidad de establecer criterios adecuados que permitieran un despliegue eficaz del modelo propuesto para la tutela colectiva europea[54].

16. De manera previa al examen de estas cuestiones, debe señalarse que únicamente será considerada en el presente trabajo la acción de reparación de daños extracontractuales invocada por la *DEJF* contra *Volkswagen*. Se prescinde del análisis de otras posibles acciones de carácter contractual interpuestas contra las codemandadas, en este caso, concesionarios ubicados en Países Bajos. Esto es así por tres motivos: (i) la responsabilidad y participación en los actos de competencia desleal por parte de los concesionarios ya ha sido descartada en otras sentencias de los tribunales neerlandeses[55]; (ii) incluso en el supuesto de que se considerara dicha posibilidad, todos los concesionarios vendedores están ubicados en Países Bajos y, por lo tanto, se trataría de una acción meramente interna; (iii) aun cuando alguno de los concesionarios estuviera ubicado fuera de Países Bajos, cabe recordar lo dispuesto por el TJUE en virtud de sentencias como *Henkel*[56]. En dicha resolución, el tribunal señala que, a efectos de DIPr, las asociaciones representantes no pueden hacer uso de los foros contractuales o de consumidores previstos en la normativa correspondiente. Y todo ello, porque no están vinculadas a las demandadas por una relación contractual[57].

[54] A. Biard & X. Kramer, *loc. cit.*, pp. 252–254.

[55] Sentencia del Tribunal de Ámsterdam (1ª Instancia) 20 noviembre 2019, ECLI:NL: RBAMS:2019:8741.

[56] STJCE 1 octubre 2002, C–167/00.

[57] No obstante, dilemas similares a los expuestos a continuación se plantean también en el ámbito de las acciones colectivas basadas en una responsabilidad de naturaleza contractual. *Vid*., en este sentido, C. González y B. Añoveros. "Compensatory Consumer Collective Redress and the Brussels

1. La competencia de los tribunales neerlandeses y la inadecuación de los criterios interpretativos del Reglamento Bruselas I bis

17. Sobre cuestiones específicas de DIPr, es conveniente acudir a la STJUE 9 de julio de 2020[58]. En este procedimiento, una asociación de consumidores austriaca (*Verein für Konsumenteninformation*) reclamaba a *Volkswagen* la reparación del perjuicio causado por la incorporación del *software* manipulador en los vehículos comercializados. El Tribunal Regional de Klagenfurt (Austria) planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial acerca de la interpretación que debía darse al art. 7.2º RBI *bis* a efectos de determinar la competencia judicial internacional del supuesto.

Para resolver esta cuestión, el TJUE realizó un análisis acerca de los conceptos de perjuicio inicial (directo) y consecutivo (indirecto)[59]. En virtud de dicho análisis, el TJUE determinó que, aunque los vehículos adolecieran de un vicio desde la instalación del mencionado *software*, el daño alegado se materializaba únicamente en el momento de adquirirse dichos vehículos, con su compra por un precio superior al real por parte del consumidor.

18. Previendo la posibilidad de que el TJUE llegara a dicha conclusión, el órgano remitente también planteó si un perjuicio puramente patrimonial podía fundamentar la competencia judicial conforme al art. 7.2º RBI *bis*. El tribunal austriaco consideraba que esta situación no respondía necesariamente a la exigencia de previsibilidad de la competencia judicial contemplada en el Considerando 15 del Reglamento y podía dar lugar a un alto grado de inseguridad jurídica. A este respecto, el TJUE determinó que la expresión en euros de la pretensión de indemnización por daños no implicaba que el perjuicio causado a los consumidores fuera puramente patrimonial. Por el contrario, se trataba de un daño material resultante de la pérdida de valor experimentada por cada vehículo afectado. Es decir, el pago efectuado para la compra del vehículo tenía como contrapartida un vehículo viciado y, por tanto, menos valioso. La localización de un daño material en el lugar donde se produjera la adquisición del vehículo era, por tanto, compatible con el principio de previsibilidad que rige el Reglamento Bruselas I *bis*. De esta manera, el TJUE falló que, cuando determinados vehículos han sido

I Regulation (Recast)", *Cross–Border Class Actions: The European Way* (A. Nuyts & N. E. Hatzimihail, eds.), Berlin, Otto Schmidt / De Gruyter European Law Publishers, 2013, pp. 241–258. [<https://doi.org/10.1515/9783866539679.241>].

[58] STJUE 9 julio 2020, C–343/19.

[59] A.L. Calvo, J. Carrascosa y C. Caamiña, *Litigación internacional en la UE I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I bis*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 374–376.

equipados ilegalmente en un Estado miembro por su fabricante con un *software* que manipula los datos relativos a las emisiones de los gases de escape antes de ser adquiridos a un tercero en otro Estado miembro, el lugar de materialización del daño se halla en este último Estado miembro.

19. La decisión del TJUE ha sido objeto de debate y controversia. Dentro del propio Tribunal de Justicia, el Abogado General Campos Sánchez–Bordona ha señalado en sus Conclusiones del 2 de abril de 2020[60] que la existencia de un objeto material no impide calificar el daño como patrimonial, dado que no altera la esencia inmaterial del perjuicio que la manipulación del *software* ocasionó a los compradores[61]. Asimismo, el Tribunal Supremo de Austria ha matizado el criterio jurisprudencial fijado por el TJUE en virtud de su sentencia de 24 de marzo de 2021[62]. En ella, ha declarado que la compra de un vehículo en un Estado miembro distinto del lugar del domicilio para su posterior transporte a este último no justifica la localización del daño en el lugar de residencia habitual del consumidor. De igual manera, otros autores como Vallines[63] o Lehmann[64], han cuestionado si no se trata de una oportunidad perdida para refinar los criterios jurisprudenciales seguidos para la aplicación del art. 7.2º RBI *bis* y la determinación del lugar de producción del daño; mientras que A. L. Calvo y J. Carrascosa[65] destacan la relevancia de esta decisión dadas las oportunidades que abre a litigantes internacionales.

20. Más allá de las polémicas señaladas, surgen aquí varias cuestiones relacionadas con la posible inadecuación del criterio interpretativo fijado

[60] Disponibles en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=EF48BAEF3D96EFB6A1DA086C9C4C2417?text=&docid=224904&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=825854>].

[61] En este sentido, para determinar el lugar de producción del perjuicio puramente económico, el Abogado propone considerar de manera holística las circunstancias del caso concreto. Entre estas circunstancias, señala el lugar donde la operación se concluyó, la comercialización en ese Estado por concesionarios o distribuidores oficiales y la posible promoción de la venta a través de publicidad realizada en ese Estado. Cabe señalar, sin embargo, que el resultado alcanzado finalmente por el Abogado General Campos Sánchez–Bordona es el mismo al cual conduce la resolución del TJUE.

[62] STS Austria 24 marzo 2021, ECLI:AT:OGH0002:2021: 0030OB00024.21G.0324.000.

[63] E. Vallines, "VKI v VW and the diesel scandal: final buyers may bring tortious claims before the courts for the place where the vehicle was purchased", julio 2020. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://eulawlive.com/op–ed–vki–v–vw–and–the–diesel–scandal–final–buyers–may–bring–tortious–claims–before–the–courts–for–the–place–where–the–vehicle–was–purchased–by–enrique–vallines/>].

[64] M. Lehmann, "Remaining questions about CJEU judgement in VKI v Volkswagen", agosto 2020. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://eapil.org/2020/08/26/remaining–questions–about–cjeu–judgment–in–vki–v–volkswagen/>].

[65] A.L. Calvo & J. Carrascosa, "Ilícitos a distancia y daños patrimoniales directos: Del caso Minas de Potasa de Alsacia (1976) al caso Volkswagen (2020)", *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (J. Ataz & J. A. Cobacho, coords.), t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 1.006.

por el TJUE para el ejercicio de una acción colectiva como la planteada en este supuesto: ¿resulta aplicable este criterio para declarar la competencia de los tribunales neerlandeses en el presente caso o similares, en los que el daño se localiza en una pluralidad de Estados miembros? ¿Debe emplearse aquí (y es adecuado hacerlo) la distinción entre daños globales y daños locales, cuando la finalidad es la de obtener una reparación colectiva de los daños causados al conjunto de consumidores europeos afectados?

A estos efectos, cabe recordar que, conforme a la sentencia de *Mines de Potasse d'Alsace*[66], en aquellos supuestos en los que el hecho dañoso se localice en un Estado miembro y el daño directo se sitúe en otro[67], el demandante podrá interponer la demanda en cualquiera de los dos lugares, indistintamente. Es decir, se aplica el denominado principio o tesis de la ubicuidad, consolidado por la jurisprudencia del TJUE[68]. Ahora bien, cuando se trate de un daño plurilocalizado, es decir, ubicado en más de un Estado miembro, los tribunales de dichos países solo podrán declararse competentes para conocer de los daños locales[69].

Siguiendo estos criterios, en el presente supuesto, en el que la *DEJF* representa a consumidores de varios Estados miembros, y siendo que el daño se localizará en cada uno de aquellos países en los que se haya producido la adquisición del vehículo, los tribunales neerlandeses solo podrán declararse competentes para conocer de los daños causados a los consumidores de Países Bajos.

21. Ello pone de manifiesto la inadecuación de los criterios empleados hasta la fecha para el ejercicio de acciones colectivas de reparación de daños de dimensiones europeas. La doctrina[70] ya había señalado previamente este aspecto, alegando que los parámetros mencionados "*no resultan del todo operantes en supuestos de amplia dispersión espacial de las causas y de los efectos de los daños*"[71]. Existen propuestas doctrinales que defienden que, en

[66] STJCE 30 noviembre 1976, C–21/76.

[67] *V.gr*., vertido de residuos tóxicos en un país y daño de los cultivos de un Estado colindante.

[68] C. Esplugues, J.L. Iglesias y G. Palao, *Derecho internacional privado*, 14ª ed.,Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 675–677.

[69] Siguiendo el anterior ejemplo, si el vertido se produce en Francia y los daños se localizan en Italia y en Alemania, los tribunales alemanes solo podrán declararse competentes para conocer de los daños causados en Alemania, y lo mismo con los italianos. *Vid.* STJCE 7 marzo 1995, C–68/93; STJCE 10 junio 2004, C–168/02, entre otras.

[70] A. Dickinson & E. Lein, *The Brussels I bis Regulation Recast*, Reino Unido, Oxford, 2015, p. 169; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2020, p. 710; I. Onandia, *loc. cit.*, p. 316; L. Carballo, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 121–122.

[71] *Cf*. M. Sabido, "Art. 7.2" en J.P. Pérez, P. Blanco–Morales, F.F. Grau, M.L. Lorenzo y F.J. Montero (coords..), *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia*

estos casos, lo más adecuado sería la aplicación del foro del domicilio de la víctima para resolver todos los daños producidos[72]. No obstante, en virtud de sentencias tales como *eDate Advertising v. Martínez*[73], el TJUE ha determinado que el foro del "centro de interés de la víctima" solo podrá ser considerado cuando se produzca una vulneración del derecho de la personalidad a través de Internet. De esta manera, se ha querido evitar otorgar un carácter protector o de *favor laesi* al art. 7.2º RBI *bis*, dado que no se encuentra en su génesis[74].

Es cierto que, en el caso de la acción interpuesta por la *DEJF*, la existencia de otros demandados con domicilio en Países Bajos podría llevar a una competencia de los tribunales neerlandeses para conocer de la globalidad de los daños causados en virtud de los art. 4 y 8.1º RBI *bis*. Ahora bien, esta dista de ser una opción adecuada o deseada, máxime teniendo en cuenta que no en todos los supuestos de acciones colectivas habrá una pluralidad de reos. Además, la aplicación por defecto del foro del domicilio del demandado favorecería a la presunta empresa causante del daño y podría llegar a tener un efecto disuasorio en los consumidores[75].

22. En vista de todo lo expuesto, resulta necesaria la búsqueda de soluciones que permitan moldear o adaptar los criterios empleados habitualmente a una acción colectiva como la expuesta en el presente trabajo.

La primera opción que se plantea es la ya aplicada por los propios tribunales neerlandeses en el caso *Shell* mencionado anteriormente. Este procedimiento se centraba en los daños causados a los inversores de *Shell* como resultado de la información engañosa difundida por esta sobre sus reservas de petróleo y gas en 2004 y la consiguiente caída en picado de sus acciones[76]. Con la finalidad de reparar el perjuicio causado, la compañía petrolífera alcanzó un acuerdo con cuatro asociaciones neerlandesas que representaban a accionistas de todo el territorio europeo. Para poder asumir la competencia con respecto a aquellos inversores no residentes en Países Bajos, el tribunal neerlandés acudió a una "ficción jurídica", basada en la inversión de los papeles de las partes[77]. Es decir, transformó la acción entablada para considerar a las asociaciones representantes de accionistas

judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 190

[72] J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 502.

[73] STJUE 25 octubre 2011, C–509/19 y C–161/10; STJUE 17 octubre 2017, C–194/16.

[74] J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 501.

[75] Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, *loc. cit.*, p. 97.

[76] K. Jelsma & M. Cordewener, "The Settlement of Mass Claims: a hot topic in the Netherlands", *The International Law Quarterly*, Summer 2011, pp. 1–13.

[77] I. Onandia, *loc. cit.*, pp. 314–316.

como demandadas y a *Shell* como demandante. De esta manera, pudo hacer uso de los arts. 2 y 5 del RBI (art. 4 y 8 del actual RBI *bis*) para asumir la competencia con respecto de los daños globales causados a la totalidad de inversores europeos.

La validez de esta ficción ha sido cuestionada por autoras como A. Pato[78], quien considera que la flexibilidad empleada por el Tribunal de Apelaciones de Ámsterdam es desproporcionada. Asimismo, hace hincapié en que se trata de un procedimiento de ratificación de un acuerdo y que, por lo tanto, ninguna de las partes ostenta la condición de "demandada" o "demandante", sino de "solicitantes". Si bien ello permite que en este caso la inversión de papeles no resulte del todo exorbitada, es dudosa la validez de esta ficción para supuestos como el de la *DEJF*. Esto es así, en tanto que el cambio de roles entre demandante y demandado daría lugar a un alto grado de inseguridad jurídica para las partes.

23. Otra posible solución sería la de considerar como lugar de producción del daño el foro del "centro de interés" o del domicilio[79] de la víctima, entendiendo en este caso como víctima a las entidades representativas de consumidores. Como se ha referido anteriormente, el TJUE ha restringido esta posibilidad a supuestos de vulneración de los derechos de la personalidad a través de Internet[80]. Ahora bien, dos son los argumentos que podrían apoyar esta idea:

En primer lugar, la alternativa citada sería acorde a la voluntad europea de lograr un adecuado nivel de protección de los consumidores en el mercado interior y de contribuir al buen funcionamiento del mismo[81]. La aplicación de una única ley permitiría agilizar el proceso y reducir el tiempo de espera hasta la obtención de una compensación justa.

En segundo lugar, para el caso de que los consumidores no estuvieran conformes con la competencia asumida por tribunales distintos a los de su lugar de domicilio, la Directiva ha previsto una solución contenida en su art. 9.3º. En virtud de este precepto, la Directiva establece que "los Estados miembros velarán por que los consumidores individuales que no residan habitualmente en el EM del órgano jurisdiccional (…) ante el que se haya ejercido una acción

[78] A. Pato, *Jurisdiction on cross–border collective redress, a European Private International Law perspective*, Reino Unido, Hart Publishing, 2019, pp. 166–171.

[79] J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 502.

[80] A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 1286–1287.

[81] *Vid.* en este sentido el *New Deal for Consumers*, asumido por la Unión Europea en abril de 2018, en el que se manifestaba la necesidad de otorgar a los consumidores las herramientas para hacer valer sus derechos y obtener una compensación adecuada. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_3041>].

de representación estén obligados a manifestar expresamente su voluntad de ser representados en dicha acción de representación a efectos de quedar vinculados" por su resultado. De esta manera, mediante el establecimiento de un modelo *opt in* para los consumidores extranjeros, se otorga a estos la posibilidad de separarse de la acción colectiva para la interposición de una demanda individual a nivel nacional.

No obstante, esta alternativa plantea también algunos inconvenientes. La aplicación del criterio del domicilio de la entidad representativa podría dar lugar a situaciones de *forum shopping*. Es decir, los consumidores podrían verse atraídos por asociaciones o entidades de países cuyos tribunales tiendan a ser más favorables para con sus pretensiones. Además, la coexistencia de procedimientos colectivos y procedimientos individuales iniciados por aquellos consumidores que decidieron no adherirse a la acción colectiva podría generar problemas de conexidad entre litigios[82].

24. Existe una solución similar que permitiría evitar los citados problemas de *forum shopping*. Esta consiste en otorgar la competencia para conocer de los daños globales a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se localicen los intereses principales del grupo de consumidores representados. Dicho territorio, a tenor de lo propuesto por el Departamento Europeo de Políticas de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales[83], se determinaría en base a criterios tales como el país de residencia de la mayoría de los consumidores afectados. Esto limita la posibilidad de *forum shopping* a los usuarios perjudicados[84], al condicionar la competencia de los tribunales al lugar de localización de los intereses mayoritarios. Asimismo, comparte con la anterior opción ventajas tales como contribuir al buen funcionamiento del mercado interior o permitir a los consumidores descontentos interponer acciones individuales de reparación de daños.

Es cierto que, en supuestos en los que se represente a consumidores de varios Estados miembros, podría suceder que una entidad cuya vocación inicial era la de interponer una acción ante los correspondientes tribunales nacionales debiera acreditarse para interponer acciones de representación internacionales. No obstante, gracias a la unificación de criterios para la habilitación transfronteriza de entidades realizada por la Directiva en virtud de su art. 4.3º, este obstáculo es fácilmente sorteado.

25. En definitiva, los foros de competencia incluidos en el RBI *bis* no contribuyen al inicio de procedimientos colectivos en aquellos casos en los

[82] F. Gascón, *loc. cit.*, pp. 1315–1318.
[83] Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, *op. cit.*, pp. 109–110.
[84] I. Onandia, *loc. cit.*, p. 308.

que existen múltiples afectados localizados en distintos Estados miembros. La determinación del legislador europeo de no introducir normas de DIPr en la Directiva es una oportunidad perdida de solucionar algunos de los obstáculos aquí planteados. Es necesario reformular los criterios y normas empleados hasta la fecha para adaptarlos a la dimensión europea. Las posibilidades van desde la ficción jurídica de la inversión de papeles hasta la consideración del domicilio de la entidad representativa como lugar de producción del daño. No obstante, la opción óptima parece ser la atribución de la competencia a los tribunales del lugar donde se localice el interés mayoritario de los consumidores representados.

2. Ley aplicable a los daños causados por Volkswagen y el posible uso de la cláusula de escape del art. 4 del Reglamento Roma II

26. La misma incógnita se plantea en el ámbito de la ley aplicable en relación con los daños causados por *Volkswagen* a los consumidores representados por la *DEJF*.

La STJUE de 9 de julio de 2020 califica la manipulación de los motores llevada a cabo por la compañía alemana como un acto de competencia desleal. A efectos de DIPr, esto implica que, para determinar el derecho aplicable a este acto, deberá acudirse al art. 6.1º RR II[85]. En virtud de este, resultará aplicable "la ley del país en cuyo territorio (…) los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados".

Ahora bien, en este supuesto concreto la *DEJF* representa a consumidores de países varios. Así, el lugar afectado no se limita al territorio neerlandés, sino que engloba todo el espacio europeo. Dicha circunstancia obliga, conforme a los criterios jurisprudenciales seguidos hasta la fecha, a aplicar la ley de cada uno de los países en que los intereses de los consumidores se hayan visto afectados[86]. Ello supone una importante traba a la agilidad del proceso[87] y puede dar lugar a una acentuada disparidad de resultados[88].

[85] Reglamento (CE) Nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (RR II).

[86] I. Rohová & D. Sehnálek, "Determining Jurisdiction and the Applicable Law in Cross–Border Unfair Competition and Unfair Commercial", *Lexonomica*, vol. 9, nº 1, 2017, p. 27; G. Palao, *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 354.

[87] L. Carballo, *op. cit.*, pp. 200–202; A. López–Tarruella, "Especial referencia al Reglamento de Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales", febrero 2009. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.uaipit.com/uploads/publicaciones/files/1292328816uaipit20090206–AurelioLopezTarruella.pdf>], p. 6–7; Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, *op. cit.*, pp. 102–103.

[88] En este sentido, autores como Calliess abogan por interpretar de forma restrictiva este precepto y por aplicar el criterio de "conexión suficientemente estrecha" o "influencia notable" para restringir

Resulta evidente, por tanto, la falta de adaptación de este precepto a supuestos de daños plurilocalizados[89]. La solución referida no parece ir en consonancia con los objetivos fijados por el propio Reglamento Roma II de proteger a los competidores, los consumidores y al público en general, así como de garantizar el buen funcionamiento de la economía de mercado[90]. Se plantea la cuestión de si existe alguna interpretación posible de las normas de conflicto contenidas en dicho instrumento que permita evitar la aplicación de hasta veintisiete leyes distintas en supuestos similares al que ocupa el presente trabajo.

27. Todo ello reaviva un debate frecuente en el ámbito *ius internacional privatista*, como es la posibilidad de emplear la cláusula de escape del Reglamento Roma II[91] para individualizar, de entre todas las leyes disponibles, aquella del país donde se sufren los mayores daños y que, por lo tanto, presenta una vinculación más estrecha con el supuesto[92]. Son varios los argumentos que llevan a considerar esta idea.

En primer lugar, la aplicación de este criterio estaría en consonancia con la solución propuesta en el apartado de competencia judicial internacional. Es decir, la atribución de competencia a los tribunales del lugar donde se concentren los intereses mayoritarios del grupo de consumidores representados. De esta manera, el tribunal conocedor del asunto aplicaría su propia ley interna para la reparación de los daños causados. Esta circunstancia, sin duda, ofrece numerosos beneficios tales como el conocimiento del Derecho aplicable por el juez, la no necesidad de probar el Derecho extranjero de cada uno de los países implicados y una agilización real del procedimiento.

En segundo lugar, la aplicación de la ley del lugar donde se concentran la mayoría de los daños permitiría otorgar una solución homogénea a

el número de mercados afectados en supuestos de daños plurilocalizados, pese a que no se encuentra contemplado en el tenor del artículo (*Vid*, G.P. Calliess, *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflicts of Laws*, Países Bajos, Wolters Kluwer, 2010, pp. 455–456). No obstante, incluso si se entendiera que esta interpretación debe prevalecer, en el litigio iniciado por la *DEJF*, la adquisición de un vehículo por parte de un consumidor en un Estado miembro determinado presenta una conexión lo suficientemente estrecha que justifica la consideración del lugar de compra como posible mercado afectado. El problema, por tanto, persiste.

[89] L. Gillies, "Determining the applicable law for breach of competition claims in the Rome II Regulation and the need for effective consumer collective redress", J. Devenney & M. Kenny (eds.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2012, pp. 275–276.

[90] *Vid.* su Considerando 21.

[91] En este sentido, la norma especial del art. 6 no constituye una excepción a la norma general del art. 4.1, sino más bien una aclaración de esta (Considerando 21 del Reglamento Roma II). Por ello, no debe excluirse la posibilidad de acudir a la cláusula de escape fijada en el art. 4.3º RRII.

[92] L. Calliess, *op. cit.*, pp. 454–455; A. López–Tarruella, *Manual de Derecho internacional privado*, San Vicente del Raspeig, Editorial Club Universitario, 2018, pp. 250–251.

todos los consumidores europeos afectados por un mismo ilícito. Se alcanzaría así un nivel de protección equilibrado y eficaz, en consonancia con lo pretendido por la Directiva sobre acciones colectivas de consumidores[93].

Es cierto que aplicar una única ley implicaría que ciertos consumidores pudieran verse privados de la protección otorgada por sus respectivas normativas internas[94]. No obstante, la existencia de una "conexión estrecha" o de un "contacto relevante" descarta que se trate de una elección de ley arbitraria o injusta[95]. Asimismo, gracias a la armonización llevada a cabo por la Unión Europea en materia de protección de consumidores[96], existen ciertas garantías mínimas comunes en todos los Estados miembros. El conjunto de garantías referido permitirá una adecuada compensación del daño causado a sus consumidores europeos, aun cuando se les aplique una ley distinta a la de su lugar de domicilio o residencia habitual. Además, para el hipotético caso de que un consumidor no estuviera conforme con dicha opción, debe recordarse lo dispuesto en el art. 9.3º de la Directiva sobre acciones colectivas, con respecto a la necesidad de manifestar su voluntad explícita de quedar vinculado por el resultado del litigio en virtud del mecanismo *opt in*.

28. Lo cierto es que, pese al proceso de integración europeo y al acercamiento que promueve entre los Estados miembros, por ahora no parece factible alcanzar un Derecho de la responsabilidad civil extracontractual completo o material de origen europeo[97]. La solución aquí propuesta dista de ser perfecta. No obstante, permitiría solventar algunos de los problemas observados en el presente litigio, a grandes rasgos, las dificultades y trabas que derivan de la aplicación de un elevado número de leyes de distintos países europeos. Todo ello sin perjuicio de que, en el futuro, los procesos legislativos y una sólida voluntad política faciliten una aproximación común que garantice el buen funcionamiento del mercado único[98].

[93] *Vid.* en este sentido su Considerando 21.

[94] I. Onandia, *loc. cit.*, p. 308.

[95] L. Carballo, "Derecho de competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: observaciones a propósito del art. 6 del Reglamento Roma II", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2007, p. 483.

[96] *Vid.* la web del Centro Europeo del Consumidor en España, la cual contiene un recopilatorio de las distintas normativas europeas en materia de protección de consumidores. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://cec.consumo.gob.es/en/CEC/web/secciones/legislacion.htm>].

[97] G. Palao, *op. cit.*, p. 389.

[98] *Ibíd.*, p. 390.

IV. CONCLUSIONES

29. El análisis de las cuestiones aquí planteadas arroja una conclusión clara. Las normas de DIPr y los criterios interpretativos empleados hasta la fecha no proporcionan un acercamiento adecuado a la problemática suscitada por el modelo europeo de tutela colectiva.

Cabe esperar un aumento del número de acciones colectivas interpuestas por entidades de representación en los próximos años. Ello se debe, en gran medida, a la aprobación de la Directiva sobre acciones colectivas de consumidores, la cual facilita mecanismos tendentes a garantizar un alto nivel de protección en todos los Estados miembros. Pero el incremento en la cantidad de acciones colectivas viene también propiciado por el elevado número de relaciones transfronterizas que se generan en la sociedad globalizada actual.

30. Este escenario evidencia la necesidad de un cambio. Debe abogarse por una redefinición o replanteamiento de los criterios en materia de DIPr para aquellos supuestos en los que se ejercita una acción colectiva de dimensiones europeas. De lo contrario, la inadecuación del sistema de DIPr podría llegar a socavar el efecto útil de la Directiva sobre acciones colectivas de consumidores. Se produciría así una ruptura del compromiso adoptado por la Unión Europea en virtud del conocido como *New Deal for Consumers*. A su vez, ello conduciría a una disminución de la confianza depositada por los consumidores en el proyecto de la UE que podría debilitar el mercado interior.

BIBLIOGRAFÍA

Biard, A.: "Collective Redress in the EU: a rainbow behind the clouds?", *ERA Forum*, nº 19, 2018, pp. 180–204.

Biard, A. y Kramer, X.: "The EU directive on representative actions for consumers: a milestone or another missed opportunity?", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 2, 2019, pp. 249–259.

Calliess, G. P. (ed.); *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflicts of Laws*, Países Bajos, Wolters Kluwer, 2010.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Ilícitos a distancia y daños patrimoniales directos: Del caso Minas de Potasa de Alsacia (1976) al caso Volkswagen (2020)", en Ataz, J. y Cobacho, J. A. (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños:*

Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón, t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 987–1022.

Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. y Caamiña Domínguez, C.: *Litigación internacional en la UE I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I bis*, Navarra, Aranzadi, 2017.

Carballo Piñeiro, L.: "Derecho de competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: observaciones a propósito del art. 6 del Reglamento Roma II", *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 465–496.

Carballo Piñeiro, L.: *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009.

Dickinson, A. y Lein, E.: *The Brussels I bis Regulation Recast*, Reino Unido, Oxford, 2015.

Durovic, M., "International Consumer Law: What Is It All About?", *J. Consum. Policy*, 43, 2020, pp. 125–143.

Esplugues Mota, C., Iglesias Buhigues, J. L. y Palao Moreno, G.: *Derecho internacional privado* 14ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.

Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado* 11ª ed., Cizur Menor, 2020.

Gascón Inchausti, F.: "¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 1290–1323.

Gillies, L.: "Determining the applicable law for breach of competition claims in the Rome II Regulation and the need for effective consumer collective redress" en J. Devenney, J. y Kenny, M. (eds.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 257–281.

González, C. & Añoveros, B., "Compensatory Consumer Collective Redress and the Brussels I Regulation (Recast)". En A. Nuyts & N. E. Hatzimihail (eds.), *Cross–Border Class Actions: The European Way*, Berlin, Otto Schmidt / De Gruyter European Law Publishers, 2013, pp. 241–258. [<https://doi.org/10.1515/9783866539679.241>].

Jelsma, K. y Cordewener, M.: "The Settlement of Mass Claims: a hot topic in the Netherlands", *The International Law Quarterly*, Summer 2011, pp. 13–20.

López–Tarruella Martínez, A.: *Manual de Derecho internacional privado*, San Vicente del Raspeig, Editorial Club Universitario, 2018.

Morais, J. & Nemeth K., "Dieselgate and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in the European Union", *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2017–I, pp. 35 ss.

Onandia Cañas, I.: "La acción colectiva en la Unión Europea: ¿es posible encajarla en el Reglamento de Bruselas I bis?", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* nº 39, 2019, pp. 297–321.

Palao Moreno, G.: *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

Pato, A.: *Jurisdiction on cross–border collective redress, a European Private International Law perspective*, Reino Unido, Hart Publishing, 2019.

Rohová, I. y Sehnálek, D.: "Determining Jurisdiction and the Applicable Law in Cross–Border Unfair Competition and Unfair Commercial", *Lexonomica*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 21–49.

Sabido, M.: "Art. 7.2", en J. P. Pérez, P. Blanco–Morales, F. F. Grau, M. L. Lorenzo y F.J. Montero (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, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 188–215.

Van der Plas, C. G.: "De collectieve actie 2.0 in grensoverschrijdende zaken: het territorial ontvankelijkheidsvereiste onder de loep", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, vol. 3, 2019, pp. 537–552.

Recibido: 30 julio 2021
Aceptado: 30 septiembre 2021

La pérdida económica del inversor como daño extracontractual y criterio para determinar la CJI a los efectos del art. 7.2º Reglamento 1215/2012

(STJUE de 12 de mayo de 2021, *Vereniging van Effectenbezitters y BP plc,* Asunto C–709/19)

Vésela ANDREEVA ANDREEVA*

SUMARIO: I. Introducción. II. Planteamiento del problema. III. Calificación del perjuicio. IV. Particularidades de las operaciones de adquisición de valores en los mercados regulados. V. Calificación de la relación entre BP y los inversores finales. 1. Falta de una obligación jurídica libremente consentida de una parte frente a la otra. de protección de la parte más débil. 2. El inversor final como consumidor y el foro de protección de la parte más débil. VI. La inadecuación de considerar de la cuenta bancaria como lugar de materialización del daño. VII. Consideraciones finales.

RESUMEN: El Asunto 709/19 evidencia las particularidades de las operaciones de adquisición de valores negociables celebrados en los mercados regulados. El sistema de compra y venta de las acciones de una sociedad cotizada en bolsa plantea problemas importantes desde el punto de vista del Derecho internacional privado como la calificación de la relación entre el emisor y el inversor final o si éste último, como persona física se puede considerar consumidor y beneficiarse de la protección especial de los arts. 17–19 Reglamento 1215/2012. Cuestión habitual de debate en relación con estas operaciones es si la cuenta de valores en la que se anotan las transacciones y se reflejan las ganancias o pérdidas del inversor puede considerarse como punto de conexión para determinar la competencia judicial internacional a los efectos del art. 7.2º Reglamento 1215/2012 o son necesarias circunstancias adicionales que actúen como vínculo entre el *fórum* y el *litis*.

PALABRAS CLAVE: DAÑO EXTRACONTRACTUAL – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – INVERSOR, DAÑO PURAMENTE ECONÓMICO

ABSTRACT: Case 709/19 evidences the particular character of the negotiable securities acquisition operations carried out in regulated markets. The system of purchasing shares of a listed company raises important problems from the private international law point of view, such as the qualification of the relationship between the issuer and the final investor or if the latter, as a natural person, can be considered a consumer and benefits from the special protection of arts.

* Profesora Lectora de Derecho internacional privado. Universidad de Barcelona.

AEDIPr, t. XXI, 2021, pp. 431–454
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.17

17–19 Regulation 1215/2012. A common question of debate in relation to these operations is whether the securities account in which they are recorded and in which the investor's gains or losses are reflected can be considered as a connecting point to determine international jurisdiction for the purposes of art. 7.2º Regulation 1215/2012 or additional circumstances are needed to act as a link between forum and litis

KEY WORDS: TORT, INTERNATIONAL JURISDICTION, INVESTOR, PURELY FINANCIAL DAMAGE

I. INTRODUCCIÓN

El Asunto 709/19 evidencia las particularidades de las operaciones de adquisición de valores negociables celebrados en los mercados regulados. El sistema de compra y venta de las acciones de una sociedad cotizada en bolsa plantea problemas importantes desde el punto de vista del Derecho internacional privado como la calificación de la relación entre el emisor y el inversor final o si éste último, como persona física se puede considerar consumidor y beneficiarse de la protección especial de los arts. 17–19 Reglamento 1215/2012. Cuestión habitual de debate en relación con estas operaciones es si la cuenta de valores en la que se anotan las transacciones y en la que se reflejan las ganancias o pérdidas del inversor puede considerarse como punto de conexión suficiente para determinar la competencia judicial internacional a los efectos del art. 7.2º Reglamento 1215/2012 o son necesarias circunstancias adicionales que actúen como vínculo entre el *fórum* y el *litis.*

En el presente comentario se analizarán todas estas cuestiones que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tomado en consideración en su sentencia del asunto BP. Después de presentar los hechos que dan lugar al litigio y las cuestiones prejudiciales planteadas, se analiza el carácter que tiene la relación entre la sociedad emisora y el último inversor. En este punto se presenta brevemente el sistema de tenencia indirecta de valores negociables en cuenta y la diferencia que tiene con el sistema de tenencia directa. Tal explicación ayudará a identificar, la relación no contractual entre la empresa que cotiza sus valores en los mercados secundarios y los inversores finales. A continuación, se analiza si dichos inversores, en caso de que sean personas físicas, pueden ser considerados como consumidores y quedar protegidos por las disposiciones de la Sección 4 del Reglamento 1215/2012. En último lugar, se discutirá si, en aplicación del art. 7.2º RBIbis, la cuenta bancaria en sí se puede considerar o no como lugar de materialización de daño y, por lo tanto, atribuir competencia judicial internacional a los tribunales del Estado miembro en el que está situada.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los hechos que dan lugar a la STJUE 12 de mayo de 2021, objeto del presente comentario enfrenta a *Vereniging van Effectenbezitters* (en lo sucesivo, «VEB»), una Asociación neerlandesa de titulares de valores, con sede social en La Haya y BP plc. (en lo sucesivo, «BP»), una empresa petrolera y gasística constituida de acuerdo con el Derecho británico con sede social en Londres (Reino Unido). En abril de 2010 en una de las plataformas arrendadas por BP en el golfo de Méjico se produjo una explosión que provocó graves daños al medio ambiente. El 17 de abril 2015 VEB demanda, de acuerdo con el art. 305a del libro 3 del Burgerlijk Wetboek (Código Civil) a BP ante el *Rechtbank Amsterdam* (Tribunal de primera instancia de Ámsterdam) que establece que "*toda institución o asociación que goce de capacidad jurídica plena puede plantear una demanda ante la justicia en defensa de los intereses similares de otras personas, con tal de que lleve a cabo tal defensa conforme a sus estatutos*". La acción colectiva que presenta VEB es en nombre de un grupo de los titulares de acciones ordinarias de BP que poseían estos títulos entre el 16 de enero 2007 y el 25 de junio 2010 y que estaban inscritos en una cuenta de inversión personal o gestionada por un intermediario, banco o empresa de inversiones, situada los Países Bajos. En su demanda VEB alega que el tribunal de primera instancia holandés tiene competencia judicial internacional, así como territorial para conocer de la demanda, de acuerdo con el art. 7.2º Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil al considerar que BP había actuado ilícitamente frente a sus accionistas[1]. La demandante acusa a BP de haber dado a sus accionistas información inexacta, incompleta y engañosa en relación con sus programas de seguridad y mantenimiento de las instalaciones antes de que ocurriera la "marea negra" del 20 de abril 2010, así como sobre los daños reales causados, del papel que desempeñó BP y de su responsabilidad. Por otro lado, alegó que el precio de venta de las acciones ordinarias habría sido muy inferior si la empresa británica hubiera informado debidamente a los accionistas de su implicación real y su responsabilidad en este accidente y, por lo tanto, se podría identificar una clara relación entre la acción ilícita de la empresa británica y el daño en la cotización que tuvieron que asumir sus accionistas para el periodo comprendido entre el 16 de enero 2007 y el 25 de junio de 2010. El *Rechtbank Amsterdam* se declaró incompetente, y el *Gerechtshof Amsterdam* (Tribunal de apelación de Ámsterdam, Países Bajos)

[1] 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, DO L 351 de 20.12.2012, p. 1/32.

confirmó esa resolución al considerar que en el caso de autos el perjuicio que alegan haber sufrido los inversores constituye un daño puramente económico como consecuencia de la actitud delictiva de BP que, de hecho, no se produjo en los Países Bajos. La materialización del daño en la cuenta de inversión situada en Holanda no se puede considerar como un punto de conexión suficiente sin la presencia de circunstancias adicionales que permitan identificar una relación estrecha entre el *litis* y el *forum* en el contexto del art. 7.2º Reglamento 1215/2012.

Contra estas decisiones VEB presentó un recurso de casación ante el *Hoge Raag der Nederlanden* (Tribunal Supremo de los Países Bajos) alegando similitudes entre el presente caso y las circunstancias que dieron lugar a las sentencias *Kolassa* y *Löber* en las que el TJUE declaró que los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandante eran competentes dado que dicho lugar constituía efectivamente el lugar del hecho causal o el de la materialización del daño[2]. En este sentido, vinculó el daño sufrido por los inversores con la información incorrecta, incompleta y engañosa que proporcionó BP a sus accionistas en relación con la marea negra y acusó a la empresa británica de incumplir su obligación legal de información correcta y veraz. Como consecuencia, los accionistas tomaron decisiones de inversión que, de haber sabido la verdad, no hubieran tomado. Dado que las anotaciones de los derechos derivados de las acciones de BP se realizan en una cuenta situada en Holanda, el perjuicio que sufren los accionistas se materializa en dicho Estado. Por lo tanto, en consideración de VEB, los órganos jurisdiccionales holandeses son competentes de acuerdo con el art. 7.2º Reglamento 1215/2012 por el lugar de la materialización del daño.

En su defensa, BP contestó que el caso *Kolassa* no se asemeja al presente supuesto dado que en el Asunto 375/13 el daño en la cuenta bancaria del inversor fue acompañado de circunstancias particulares que permitían atribuir competencia judicial internacional a los tribunales del lugar de domicilio del demandante, circunstancias, sin embargo, que no se dan en este caso. El órgano judicial remitente, sin embargo, considera que los supuestos de hecho en el caso que se presenta ante él son similares a los de las Sentencias *Kolassa* y *Löber* y plantea cuatro preguntas prejudiciales al TJUE.

En primer lugar, el tribunal neerlandés pregunta si el art. 7.2º Reglamento 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que la materialización directa de un daño exclusivamente económico en una cuenta de inversión localizada en los Países Bajos, que es consecuencia de

[2] STJUE 28 de enero de 2015, as. 375/13, *Harald Kolassa vs. Barclays Bank plc*; STJUE 12 de septiembre de 2018, as. 304/17, *Helga Löber vs. Barclays Bank PLC*.

una decisión basada en la información inexacta, incompleta e engañosa, divulgada a nivel mundial por BP y se puede considerar como un punto de conexión suficiente para atribuir competencia judicial internacional a los órganos judiciales neerlandeses por razón del lugar de materialización de un daño extracontractual. En caso de respuesta negativa, el remitente plantea si es imprescindible la presencia de circunstancias adicionales para que los órganos judiciales neerlandeses pueden ser competentes y cuáles pueden ser estas circunstancias.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo pregunta si la respuesta del TJUE hubiera sido distinta en el caso de una acción ejercitada por una asociación cuyo objetivo es defender los intereses colectivos de los accionistas que han sufrido un daño en el sentido de la primera pregunta, "lo cual implicará, entre otras cosas, que no se hayan determinado los lugares de residencia de los inversores mencionados, ni tampoco las circunstancias específicas de las operaciones de compra individuales o de las decisiones individuales de no vender acciones que ya se poseían".

Si los tribunales neerlandeses tienen competencia judicial internacional, de acuerdo con el art. 7.2º Reglamento 1215/2012, en tercer lugar, el Tribunal Supremo pregunta si también tendrían la competencia territorial para conocer de las acciones de indemnización por daños y perjuicios ejercitadas posteriormente por cada uno de los inversores afectados. En este sentido, si los órganos judiciales holandeses tienen competencia judicial internacional pero no territorial, el órgano remitente pregunta si ésta última se determinará aplicando como criterio la residencia habitual del inversor perjudicado, el lugar de establecimiento del banco en el que éste último tiene la cuenta bancaría personal o del lugar de establecimiento del banco en el que se mantiene dicha cuenta, o bien, aplicando otro punto de conexión.

III. CALIFICACIÓN DEL PREJUICIO: INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL O DAÑO EXTRACONTRACTUAL

En su respuesta el TJUE contesta tan sólo a las primeras dos cuestiones prejudiciales considerando que son las que entran en sus competencias y las otras dos, que no procede responder por su carácter predominantemente interno. El TJUE no entra a analizar si el perjuicio sufrido por los inversores es consecuencia del incumplimiento contractual, en concreto, la obligación de información veraz en relación con las actividades de la compañía, sino que lo califica directamente como daño extracontractual. Esta cuestión es muy importante dado que en función de la calificación de la relación la

determinación de la competencia judicial internacional se basaría en uno u otro criterio previsto en el Reglamento 1215/2012.

En relación con Asunto 709/19, objeto de este análisis, la calificación de la relación entre BP y los inversores determinará la aplicación de un foro u otro. Si la relación se califica como contractual, la competencia judicial internacional se determinaría por el art. 7.1º, pero si es extracontractual, serán de aplicación los criterios previstos en el art. 7.2º RBIbis. Asimismo, es importante determinar si cabe aplicar las disposiciones de protección de consumidores a los inversores, personas físicas, que han resultado afectados por las actuaciones fraudulentas del BP.

IV. PARTICULARIDADES DE LAS OPERACIONES DE ADQUISICIÓN DE VALORES EN LOS MERCADOS REGULADOS

Para poder calificar el prejuicio como incumplimiento contractual o como daño extracontractual es imprescindible analizar la relación entre la sociedad emisora, BP, y los inversores finales. Cuando se trata de adquisición de valores en mercados regulados se han de tomar en consideración las particularidades de estas operaciones que vienen determinadas por las características de sus participantes, los mercados en los que se realizan y el sistema de transmisión de los valores. El primer elemento distintivo son los *participantes*: los emisores de valores (BP) que los comercializan en mercados secundarios regulados (las bolsas de Londres y Fráncfort. Las *American Depository Shares* derivadas de las acciones ordinarias de BP cotizan en la bolsa de Nueva York), los intermediarios (el banco holandés que custodia las cuentas) y los inversores (personas físicas y/o jurídicas que has sufrido un perjuicio económico). En segundo lugar, los valores cotizados se transmiten a través de un sistema de anotaciones en cuenta que presenta una serie de particularidades que no permiten identificar la relación entre el emisor y el inversor como contractual a pesar de que los adquirentes realmente son titulares de los derechos derivados de las acciones que emite y comercializa la compañía británica.

La sociedad cotizada es una persona jurídica constituida en forma de sociedad anónima cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado secundario de valores[3]. La condición de sociedad cotizada en el

[3] A.J. Tapia Hermida, "Las sociedades cotizadas: noción y estatuto jurídico", nº 26, 2010, [<https://eprints.ucm.es/id/eprint/9896/>]; F. Rodriguez Artigas, L. Fernandez de La Gándara, J. Quijano Gonzalez, A. Alonso Ureba, L. Velasco San Pedro y G. Esteban Velasco (dirs.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, t. II, pp. 727 ss; V. Andreeva Andreeva "Cotización de

espacio europeo se obtiene si se cumplen los requisitos previstos en el Reglamento 2017/1129 sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado[4]. Dicho instrumento europeo establece el régimen uniforme de cotización que las compañías emisoras de valores, europeas o de terceros Estados, han de cumplir para acceder a los mercados regulados del Espacio Económico europeo (EEE)[5]. Las sociedades que cotizan en un Estado miembro pueden ofrecer sus acciones a negociación en cualquier bolsa situada en otro Estado miembro sin la necesidad de elaborar un nuevo folleto, ni tampoco a presentar informes financieros (Considerando 23)[6]. El Reglamento sigue la línea marcada por la Directiva 2003/71/CET del folleto que estableció el "pasaporte único" como un mecanismo que permite a las empresas emisoras ofrecer a negociación sus valores en varios mercados secundarios europeos sin la necesidad de presentar los mismos documentos de acceso ante las autoridades competentes de cada Estado miembro, reafirmando de esta manera los principio de reconocimiento mutuo y de libre prestación de servicios establecidos en los arts. 56 y 62 TFUE[7]. Por lo tanto, para cotizar en uno de los mercados regulados europeos, la sociedad anónima ha de cumplir los requisitos de acceso previstos en el ordenamiento jurídico del

compañías extranjeras en los mercados regulados españoles: particularidades de reglamentación y problemática conflictual en el Reglamento 593/2008", en R. Arenas García, C. Górriz López y J. Miquel Rodríguez, *La internacionalización del Derecho de Sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 217–249; R. Largo Gil, "La sociedad anónima europea y el estatuto de la sociedad cotizada, en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas:(estructura de gobierno y mercados)"*, coord. F. Rodríguez Artigas, vol. 2, 2006, pp. 1577–1620.

[4] Reglamento (UE) 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado y por el que se deroga la Directiva 2003/71/CE, DO L 168 de 30.6.2017, p. 12/82.

[5] El Espacio Económico Europeo comprende los 27 Estados Miembros de la UE y Noruega, Islandia y Liechtenstein; E.F. Pérez Carrillo, "Aproximación a la unificación del régimen jurídico del folleto de oferta pública de venta y admisión a cotización: el nuevo Reglamento (UE) en materia de folletos", *RDMV*, nº 20, 2017, pp. 94–100; L.M. Esteban Ramos, "El folleto en las operaciones de oferta pública o admisión a cotización de valores en el derecho europeo", *Revista española de capital riesgo*, nº. 3, 2020, pp. 17–31.

[6] Considerando 23 Reglamento 2017/1129 "Los emisores, oferentes o personas que soliciten la admisión a cotización en un mercado regulado de valores que no estén sujetos a la obligación de publicar un folleto deben beneficiarse del régimen de pasaporte único cuando opten por cumplir el presente Reglamento con carácter voluntario".

[7] Art. 56 TFUE: "En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión".

Art. 62 TFUE: "Las disposiciones de los arts. 51 a 54, ambos inclusive, serán aplicables a las materias reguladas por el presente capítulo".

Estado miembro en el que está situada la bolsa. El art. 2.d) Reglamento 2017/1129 define el concepto de "oferta pública de valores" como

> "una comunicación a personas, de cualquier forma y por cualquier medio, que presenta información suficiente sobre los términos de la oferta y los valores que se ofertan de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de dichos valores. Esta definición también será aplicable a la colocación de valores a través de intermediarios financieros".

En la sentencia del TJUE, objeto de este análisis, no se dan más detalles en este aspecto, tan sólo se menciona en el Considerando 8 que BP cotiza en las bolsas de Londres y Fráncfort, lo que no permite identificar el régimen regulador inicial.

La segunda particularidad de las operaciones de adquisición de valores negociables en los mercados secundarios es el sistema de transmisión[8]. Las transacciones se realizan a través de una cadena de intermediarios que ha eliminado por completo la relación entre el emisor y el último inversor. Todas las operaciones se formalizan por profesionales a los que el legislador ha otorgado las tareas de mantenimiento de las cuentas y la ejecución de las operaciones. Los inversores no pueden acceder de forma directa a los mercados financieros y comprar o vender los valores. Las operaciones en los mercados internacionales de capitales ya no requieren la entrega física de los certificados de valores, sino que se realizan electrónicamente. Las anotaciones de cada transacción –compra, venta o pignoración– se efectúan en cuentas contables custodiadas por los intermediarios, lo que elimina, desde el punto de vista puramente *fáctico*, la relación directa entre el emisor y el inversor final.

Aquí, sin embargo, es importante hacer una matización: la ley del Estado en cuyo mercado se cotizan los valores, *les mercatus,* determina si la relación

[8] G. Morton, "The 2006 Securities Convention: background, purpose and future", *The Elgar companion to The Hague Conference on Private International Law*, 2020, pp. 336 –348, F.J. Garcimartín Alférez, "Direct and indirect holding: the challenges of the functional approach", *UNIDROIT seminar on intermediated securites*, *Bern*, *Suiza*, septiembre 2005, pp. 15–17; F.J. Garcimartín Alférez, "The UNIDROIT Project on Intermediated Securities: Direct and Indirect Holding Systems", *InDret*, enero 2006, p.3; F.J. Garcimartín Alférez, "Los trabajos de la Conferencia de la Haya sobre valores anotados en intermediarios financieros", *REDI*, vol. LIII, 2001, 303–312; F.J. Garcimartín Alférez e I. Gómez–Sancha Trueba, "Los valores depositados en un intermediario: riesgos legales e intervención del legislador supranacional", *RDMV*, nº. 1, 2007, pp. 75–130, esp. pp. 77–81; I. Gómez–Sancha Trueba, "Indirect holdings of securities and exercise of shareholder rights (a Spanish perspective)", *Common Market L.J.*, vol. 3, nº 1, enero 2008, pp. 32–57, esp. pp. 39–42; L. Thévenoz, "Intermediated Securities, Legal Risk, and the International Harmonisation of Commercial Law", *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, vol. 13, nº 2, 2008, pp. 384–452; R. Verhagen, "Book–entry securities and conflict of laws. Transfer and pledge of securities held in international multi–tiered holding systems", *Europ. Bus. L. Rev.*, marzo/abril, 2000, pp. 112–127.

jurídica entre el emisor y el último inversor se mantendrá o se pierde[9]. Esta distinción en la regulación ha llevado a la creación de dos modelos de tenencia de los valores: el sistema directo y el sistema indirecto[10]. En el primero se mantiene la relación directa entre el emisor y el inversor final, mientras que el intermediario tan solo custodia los valores y mantiene la cuenta contable. En el sistema de tenencia directa el nombre y los datos del inversor final constan en el registro de la sociedad emisora, lo que, desde el punto de vista de la *lex societatis,* le otorga el estatus de accionista[11]. Por lo tanto, los derechos del inversor final son oponibles directamente contra el emisor. Y viceversa, desde el punto de vista del Derecho de sociedades, para la empresa dicho inversor es el accionista al que se han de rendir las cuentas y enviar toda la información relevante de las actividades de la sociedad, la notificación para la celebración de la Asamblea Anual de Accionistas y pagar los dividendos. Los intermediarios financieros no son titulares de los valores subyacentes o derivados, son tan solo el enlace entre la sociedad emisora y el accionista y realizan las correspondientes anotaciones de débito y crédito en las cuentas de las partes.

En el sistema de tenencia indirecta, por el contrario, el inversor final no mantiene relación directa con la sociedad emisora, sino con su intermediario financiero. Las transacciones de valores en los mercados financieros internacionales son operaciones electrónicas que se realizan por profesionales que adquieren los valores con fines especulativos con el objetivo de aumentar su cartera de clientes. Como consecuencia de la aplicación de este sistema se forman largas cadenas de intermediarios que residen en distintos Estados y que tiene relación sola y exclusivamente con su bróker o banco del que han adquirido a los valores, hasta llegar al último inversor que puede ser una persona física o jurídica. Este esquema no permite al emisor conocer toda la cadena de transmisión de los valores negociados en los mercados secundarios por los intermediarios, ni tampoco, tener constancia de quién es el inversor final. La relación, tanto jurídica, como contables, es entre el inversor y su intermediario del que el primero ha adquirido los valores. En este sistema el objeto de negociación y transmisión no son los valores subyacentes que se quedan inmovilizados y desmaterializados en el registro de la sociedad, sino los derechos derivados

[9] H. Kronke, "Capital markets and conflict of laws", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, t. 286, 2000, pp. 245–386, p. 294; F.J. Garcimartín Alférez, "Cross–border listed companies", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, t. 328, 2007, pp. 9–174, pp. 69–70; V. Andreeva Andreeva, "Cotización de compañías extranjeras…", *loc. cit.*, p. 234.

[10] R. Goode, H. Kanda y K. Kreuzer, *Explanatory Report on the Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities* (2005) 18–19, disponible en [<http://www.hcch.net (Explanatory Report)>].

[11] I. Gómez–Sancha Trueba, "Indirect holdings of securities…", *loc. cit.*, p. 40; L. Thévenoz, "Intermediated Securities…", *loc. cit.*, p. 23.

de los valores anotados en cuenta. El nombre del inversor consta tan solo en la cuenta del intermediario y la sociedad emisora no tiene constancia de dicha operación[12]. Éste último tiene una relación contractual con su bróker o banco, que, a su vez, ha adquirido los valores del suyo, hasta llegar al primer intermediario a cuyo nombre están anotados los valores en el registro del emisor. De modo que, la sociedad que cotiza en bolsa mantiene la relación contractual tan sólo con la persona jurídica que ha suscrito sus valores y consta como accionista en su registro, que es el primer intermediario y no el inversor final.

En la sentencia, objeto de este análisis, lamentablemente falta información acerca del tipo de relación que mantiene BP con los inversores finales. Es decir, de los datos proporcionados tanto en las Conclusiones del Abogado General, como de la misma sentencia se da a entender que la compañía británica desconoce la identidad de los inversores finales a pesar de que éstos últimos son titulares de los derechos derivados de las acciones de BP. En el Considerando 56 de sus Conclusiones, el Abogado General remarca que

> "… la información de BP relativa a sus acciones se destina a un público inversor a nivel mundial. BP no ignora, pues, que esos títulos pueden ser adquiridos por inversores de Estados diferentes al de su sede, o a la sede del mercado o los mercados bursátiles en los que ha decidido cotizar".

Es más, en su análisis sostiene que la localización de la cuenta contable en la que se anotan las transacciones no permite a la empresa emisora hacer una previsión razonable en cuanto a la determinación de la competencia judicial internacional[13]. Tal afirmación permite deducir que a las acciones de BP se les aplica el sistema de tenencia indirecta de valores anotados en cuenta.

En relación a la determinación de la competencia judicial internacional, el TJUE subraya que el objetivo del Reglamento 1215/2012 es garantizar la seguridad jurídica a través de criterios que permiten a la parte demandada

[12] V. Andreeva Andreeva, "La Regla Prima. ¿Por qué ratificar el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores anotados en un intermediario?", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 857–888, p. 863.

[13] Considerandos 29 y 30: "Además, desde la perspectiva de la sociedad emisora de las acciones cotizadas, la situación de las cuentas de sus accionistas es un dato impredecible, que no permite una mínima previsión sobre los órganos judiciales internacionalmente competentes ante los que podría ser demandada. Es cierto que, al tomar la decisión de cotizar en la bolsa de un Estado distinto de aquel donde se encuentra su sede, un emisor de acciones acepta, implícitamente, que tal vez será demandado fuera de su domicilio. Sin embargo, en la medida en que carece de control sobre la circulación posterior de los títulos, la situación de una cuenta del inversor es para él tan aleatoria como imprevisible".

prever razonablemente los tribunales ante los que puede ser emplazada. Dicho punto de conexión, en el caso concreto, que proporciona esta previsibilidad es el mercado en el que BP cotiza sus acciones. Al ofrecerlos a negociación en los mercados secundarios, la empresa petrolera asume que éstos se puedan adquirir por personas, físicas o jurídicas, domiciliadas en diferentes Estados, probabilidad que aumenta en el escenario actual altamente digitalizado en el que las transacciones se realizan por internet. Dicho mercado nacional de cotización sí que ofrece este nivel mínimo exigible de previsibilidad, por lo que correctamente el TJUE lo identifica como un posible punto de conexión a los efectos de la competencia judicial internacional. De modo que los inversores afectados podrían haber presentado la demanda buscando protección de sus intereses ante los tribunales de Frankfort o Lóndres (en el momento de la incoación del procedimiento judicial Reino Unido todavía era Estado Miembro de la UE) en aplicación del art. 7.2º Reglamento 1215/2012.

V. CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE BP Y LOS INVERSORES FINALES

1. Falta de una obligación jurídica libremente consentida de una parte frente a la otra

La determinación del sistema de tenencia y transmisión de los valores anotados en cuenta es relevante en este supuesto, dado que permite determinar la responsabilidad del emisor por sus declaraciones inexactas frente a los inversores finales. En el caso de que BP mantiene una relación directa con los inversores finales y la obligación de información haya sido prevista en el contrato de adquisición de las acciones, el incumplimiento de la sociedad británica podría calificarse como incumplimiento de la obligación asumida en el folleto de emisión de los valores cotizados. Sin embargo, ¿se podría calificar dicha relación como contractual? De hecho, la obligación de proporcionar a los inversores información veraz acerca de las actividades de la compañía está prevista en el Reglamento 2017/1129 al que el Abogado General hace especial mención en el Considerando 27 de sus Conclusiones. La responsabilidad emitir información inexacta o no veraz recae sobre el emisor que está obligado a proporcionar todos los datos relativos a su actividad para que el inversor pueda formular una decisión de inversión. En caso de incumplimiento, como sucede en el Asunto 709/2019, la determinación de la competencia judicial internacional depende de la calificación de la relación como contractual o extracontractual. Si la relación entre el emisor de los valores y el inversor final se califique como contractual, la competencia judicial internacional se determinará aplicando

los criterios previstos en el art. 7.1º Reglamento 1215/2012 que opera de manera alternativa con el foro de domicilio del demandado del art. 4 Reglamento 1215/2012. Sin embargo, si la relación es extracontractual, sería de aplicación el art. 7.2º Reglamento 1215/2012.

Con carácter preliminar, el TJUE recuerda que la norma general del Reglamento Bruselas I bis es que las personas domiciliadas en un Estado miembro pueden ser demandadas ante los órganos judiciales de dicho Estado. La norma del foro del domicilio del demandado tiene una serie de excepciones en función de la materia, objeto del litigio, o las personas implicadas. En este sentido, se distinguen las competencias exclusivas previstas en el art. 24, la autonomía de la voluntad, arts. 25 y 26, y los foros especiales del art. 7. En cuanto al carácter específico de las personas implicadas, se distinguen foros en materia de protección de los consumidores, arts. 17–19, de los trabajadores, arts. 20–23 y en materia de seguros, arts. 10–16, cuyo objetivo es proteger la parte más débil[14]. Esta imagen general de los foros del Reglamento 1215/2012 tiene su relevancia para el análisis de la sentencia puesto que la calificación de la relación y de la responsabilidad del emisor determinará el criterio concreto aplicable para identificar los órganos jurisdiccionales competentes. La complejidad de la cuestión proviene de las particularidades de las operaciones de adquisición de valores en los mercados secundarios y que dieron lugar a otras decisiones del TJUE como *Kolassa* o *Löber* en los que el Tribunal de Luxemburgo tuvo la ocasión de analizar los supuestos de hecho y decidir si se aplican o no las disposiciones de protección de consumidores o si la responsabilidad de la sociedad emisora frente al inversor final, persona física, es contractual o extracontractual[15]. Todas estas cuestiones se plantean también en el Asunto 709/19 con ciertas matices y particularidades que se presentan a continuación.

La primera cuestión que se plantea es si la relación entre BP y los inversores finales es contractual o extracontractual, a fin de determinar si será de aplicación el foro especial del art. 7.1º.b, segundo apartado o el del 7.2º Reglamento 1215/2012. Al presentar las características del sistema de tenencia de los valores, se especificó que, si el emisor está obligado a incluir en sus registros los datos personales de los accionistas, se generan las obligaciones previstas en la *lex societatis,* dado que dichos inversores son accionistas a los que la sociedad ha de rendir cuentas. Sin embargo, ¿es

[14] B. Añoveros Terradas "Economía colaborativa y normas de Derecho Internacional privado de protección del consumidor", *50 años de derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*; C. Esplugues Mota (dir.), M.P. Diago Diago y P. Jiménez Blanco, 2019, pp. 209–236.

[15] STJ 28 de enero de 2015, Asunto 375/13, *Harald Kolassa contra Barclays Bank plc*., ECLI:EU:C:2015:37; STJ 12 de septiembre de 2018, Asunto 304/17, *Helga Löber contra Barclays Bank PLC*, ECLI:EU:C:2018:701.

suficiente este vínculo para calificar la relación como contractual a los efectos del Reglamento Bruselas I bis? El concepto de «materia contractual» es un concepto autónomo que ha sido definido en la reiterada jurisprudencia del TJUE en la que el Tribunal de Luxemburgo remarca que no es necesario la existencia de un contrato efectivamente celebrado entre las partes, pero sí debe haber "una obligación jurídica libremente consentida por una persona con respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante"[16]. En las operaciones de adquisición de valores celebrados en los mercados secundarios, independientemente del sistema de tenencia aplicado, no existe un compromiso libremente prestado entre la sociedad emisora y el último inversor. En ambos sistemas, el emisor deposita los valores negociables en un Depositario central que es el primer intermediario de la larga cadena que se forma. El exigido compromiso jurídico es entre estos dos operadores, pero no con el inversor final. Éste último ha adquirido los derechos derivados de las acciones de BP de su intermediario directo con el que sí ha celebrado un contrato de mandato. Es decir, los inversores finales, demandantes en este asunto, no son los "*legal owners"*, sino los "*beneficial owners"* de los títulos negociados en las bolsas de Londres y Frankfort.

Por lo tanto, a modo de conclusión en este apartado, solo si se demuestra una relación contractual entre el emisor y el inversor final, la competencia judicial internacional se determinaría de acuerdo con el art. 7.1º.b segundo apartado Reglamento 1215/2012. Esta consideración el TJUE la remarca en el asunto *Kolassa* al analizar la relación de la empresa demandada Barclays Bank PLC con sus inversores y declara que no se puede calificar como contractual a los efectos del art. 7.1º Reglamento 1215/2012[17]. La

[16] Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 2019, Asunto 421/18, *Ordre des avocats du barreau de Dinant contra JN*, ECLI:EU:C:2019:1053, aps. 25 y 26; Sentencia de 8 de mayo de 2019, *Brian Andrew Kerr contra Pavlo Postnov y Natalia Postnova*, C-25/18, ECLI: EU:C:2019:376, aps. 24 y 25.

[17] STJUE Asunto 375/13, *Kolassa*, ap. 26: "A este respecto, se deduce de la presentación sucinta de los hechos realizada por el tribunal remitente, lo que sin embargo le incumbe comprobar, que no existe ningún contrato entre Barclays Bank y el Sr. Kolassa, ya que éste no es el tenedor de los títulos de deuda mencionados en el ap. 14 de la presente sentencia, que conserva direktanlage.at como activos de cobertura en su propio nombre. En cambio, siempre según dicho tribunal, el Sr. Kolassa podía reclamar la entrega de los certificados correspondientes a su parte en los activos de cobertura, entendiéndose que éstos no podían transmitirse a su favor". Doctrina que comenta la STJUE: M. Lehmann, "Prospectus Liability and Private International Law – Assessing the Landscape After the CJEU Kolassa Ruling (Case C–375/13)" *J. Priv. Int'l. L.*, vol. 12, 2016, pp. 318–343; R. Lafuente Sánchez, "Competencia internacional y protección del inversor en acciones por responsabilidad contractual y delictual frente al banco emisor de títulos (A propósito del asunto Kolassa)" *La Ley: Unión Europea*, n.º 25, abril 2015, Nº 25, pp.1–18, pp. 7–8; J. Maseda Rodríguez, "Responsabilidad por inversión basada en folleto defectuoso: competencia judicial internacional. Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2018, as. 304/17: Helga Löber v. Barclays Bank PLC", *La Ley: Unión Europea*, nº 66, enero 2019, pp.1–35, pp. 5–6.

existencia de un compromiso libremente prestado de una parte frente a la otra como punto de conexión es un elemento objetivo que proporciona seguridad jurídica a las partes y permite determinar de manera imparcial la competencia judicial internacional llevando el litigio ante los órganos jurisdiccionales del EM en el que se ha de cumplir la obligación contractual. En el asunto BP, la falta de esta relación entre el emisor y el inversor final, correctamente identificada por el TJUE, no permite aplicar el foro especial del art. 7.1º.b, segundo apartado a la adquisición de sus valores negociables celebrada en un mercado secundario como las bolsas de Londres o Frankfort.

2. El inversor final como consumidor y el foro de protección de la parte más débil

Si la relación entre BP y los demandantes no se puede calificar como contractual, tampoco se podrá aplicar los foros de protección de los consumidores, previstos en la Sección 4 del Reglamento 1215/2012. Los inversores personas físicas son indudablemente merecedores de la protección especial de los arts. 17–19 RBIbis. Así los ha estableido el TJUE en su jurisprudencia en los Asuntos *Kronhofer*[18]*, Marinari*[19]*, Dumez*[20] y *Lehman Shearson Hutton*[21]. A pesar de que el carácter especulativo de las operaciones que se realizan en los mercados financieros internacionales puede poner en duda si los inversores, personas físicas, merecen la protección especial de las normas sobre consumidores, el Tribunal de Luxemburgo, de manera acertada, les concede este beneficio. La Sección 4 RBIbis tiene como objetivo compensar el desequilibrio entre el profesional y la persona física que contrata sus productos o servicios y así ofrecer una protección a la parte económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada[22]. La aplicación de los arts. 17–19 RBIbis cubre los contratos

[18] STJ 10 de junio de 2004, as. 168/02, *Kronhofer (Rudolf) v Marianne Maier and Others*, ECLI:EU:C:2004:364.

[19] STJ 19 de septiembre de 1995, as. 364/93, *Antonio Marinari contra Lloyds Bank plc y Zubaidi Trading Company*, ECLI:EU:C:1995:289.

[20] STJ 6ª 11 de enero de 1990, as. 220/88, *Dumez France SA y Tracoba SARL contra Hessische Landesbank y otros*, ECLI:EU:C:1990:8.

[21] STJ 19 de enero de 1993, as. 89/91, *Shearson Lehmann Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, ECLI:EU:C:1993:15.

[22] A.–L. Calvo Caravaca, "Los contratos de consumo en la jurisprudencia del TJUE. Últimas tendencias", *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 86–96, pp. 89–90*;* D. Carrizo Aguado, "Examen detallado de la exclusión del derecho societario en el Reglamento Roma I al hilo del asunto *Verein für konsumenteninformation*: fortaleza legal hacia el consumidor inversor", *CDT*, vol. 12, Nº 2, 2020, pp. 953–970; V. Andreeva Andreeva, "Licencias de derecho de propiedad y protección de los consumidores en Reglamento Bruselas I y su articulación con el Reglamento Roma I", *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 373–390, pp. 377–378.

celebrados por "consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales"[23]. Este requisito de que la contratación que realiza el consumidor no ha de tener una finalidad lucrativa, aplicado a las inversiones de particulares en los mercados secundarios, puede cuestionar la consideración del inversor como consumidor. Aunque sea cierto que estos operadores invierten sus ahorros con ánimo de lucro, los contratos que celebran con los intermediarios financieros no las realizan en el ámbito de su actividad profesional, sino en busca de un beneficio que aumente su patrimonio personal. El grado de conocimiento que la persona física pueda tener sobre los mercados financieros y los productos que se negocien en ellos no son elementos determinantes que permitan negarle la protección especial otorgada a los consumidores. El fin lucrativo que persigue con la inversión de su capital privado sigue teniendo carácter personal y no profesional, dado que la cantidad invertida se desembolsa de su cuenta bancaria personal y las ganancias o las pérdidas se reflejan en su patrimonio. El hecho de que el resultado final de la operación bursátil afecta a su patrimonio personal permite sostener que la inversión entra en los límites de "uso personal o doméstico". En este sentido, el inversor–persona física, es un consumidor y merece la protección prevista en los arts. 17–19 Reglamento 1215/2012 que le permite presentar la demanda ante los tribunales de su propio domicilio.

En el supuesto, analizado en este trabajo, sin embargo, para considerar los accionistas–personas físicas de BP como consumidores, se han de tomar en consideración dos elementos más. Para que opere los foros de protección de los arts. 17–19 Reglamento 1215/2012 ha de haber un contrato entre las partes, a saber, la compañía emisora, BP y los titulares de los derechos derivados de los valores negociados en las bolsas de Londres y Frankfort. Y en este caso, tal relación contractual no se da[24]. El sistema de tenencia de las acciones negociables es el indirecto y BP no tiene constancia en sus registros del nombre de los inversores finales que poseen los derechos derivados de sus acciones, sino del primer accionista, el Depositario Central, que es el titular de los valores subyacentes emitidos por la compañía británica. A pesar de que el emisor está obligado a pagar los dividendos y a rendir cuentas al inversor final que presenta el "certificado de legitimación"

[23] STJ, as. 89/91, *Shearson Lehmann Hutton*, ap. 22.

[24] M. Lehmann, "Prospectus Liability…", *loc. cit.*, p. 325; M. Gargantini, "Capital Markets and the Market for Judicial Decisions: In Search of Consistency", 2016, *MPILux* Working Paper 1, disponible en: www.mpi.lu, p.10; Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH contra Traitements mécano–chimiques des surfaces SA*, as. 26/91, ECLI:EU:C:1992:268, Considerando 18: "De ello se sigue que el concepto de "materia contractual", en el sentido del punto 1 del art. 5 del Convenio, no puede ser entendido como si se refiriera a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a otra".

emitido por la entidad depositaria, no es suficiente para calificar la relación entre la sociedad emisora y los últimos inversores como contractual[25]. En el asunto *Kolassa*, el TJUE estableció que las reglas de competencia judicial internacional en materia de consumidores se aplican "sólo a la acción interpuesta por el consumidor contra la otra parte contratante, lo que implica necesariamente la conclusión de un contrato por parte del consumidor con el profesional demandado"[26]. El instrumento europeo no contiene una norma general de protección de los consumidores, sino que condiciona la aplicación de los foros de la Sección 4 al cumplimiento de una serie de requisitos entre los que está la existencia de una relación contractual directa entre el profesional y el consumidor. Por lo tanto, en este caso los preceptos 17–19 RBIbis no se pueden aplicar y la valoración del perjuicio sufrido por los inversores debe hacerse en el contexto del art. 7.2º Reglamento 1215/2012 al identificar los tribunales que sean más estrechamente vinculados con el litigio, de acuerdo con los principios de proximidad y previsibilidad.

VI. LA INADECUACIÓN DE CONSIDERAR LA CUENTA BANCARIA COMO LUGAR DE MATERIALIZACIÓN DEL DAÑO

La determinación de los órganos judiciales internacionalmente competentes para conocer del litigio contra BP por proporcionar información incierta e inexacta a los accionistas, por lo tanto, se hará de acuerdo con los foros espaciales en materia extracontactual que operan de manera alternativa con el foro del domicilio del demandado (art. 4 RBIbis). El art. 7.2º Reglamento 1215/2012 establece con carácter general que en materia delictual y cuasidelictual serán competentes los tribunales del lugar en el que se produce o pueda producirse el hecho dañoso. El concepto del lugar de producción de daño ha sido interpretado en la amplia jurisprudencia del TJUE tomando en consideración las particularidades de cada caso y en concordancia con los objetivos de las normas europeas en materia de Derecho internacional privado[27]. De acuerdo con el "principio de

[25] STJ, as. 375/13, *Kolassa*, ap. 30: "Por consiguiente, debe considerarse que el requisito de celebración de un contrato con el propio profesional demandado no se presta a una interpretación en el sentido de que dicho requisito se cumple igualmente cuando concurre una cadena de contratos en virtud de la cual determinados derechos y obligaciones del profesional de que se trate se transmiten al consumidor."; F.J. Garcimartín Alférez, "¿Qué tribunales nacionales son competentes para conocer de las demandas por responsabilidad del folleto? A propósito de la STJ 28 de enero de 2015", en blog *Derecho Mercantil*.

[26] STJ, as. 375/13, *Kolassa*, ap. 32.

[27] Considerando 11 del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L

ubicuidad", previsto en el art. 7.2º Reglamento 1215/2012, serán competentes los tribunales del lugar en el que se ha originado el hecho dañoso, como del lugar en el que se materializa dicho daño, siempre no haya un acuerdo expreso o tácito de elección del foro[28]. Estos lugares responden al principio de previsibilidad y proporcionan la seguridad jurídica necesaria al permitir al causante prever con antelación los tribunales ante los que se podrá presentar la demanda y, al mismo tiempo, presentan el vínculo necesario entre dicho órgano judicial y el litigio.

La responsabilidad extracontractual se activa si se cumplen cumulativamente tres requisitos: a) ha de haber una acción u omisión del demandado que ha causado el perjuicio; b) el demandante he de demostrar que la actitud del demandado le ha causado daños; c) es necesario que haya una relación entre los hechos[29]. La manera tan general con la que el legislador europeo ha redactado la norma y la variedad de supuestos que en la práctica se dan, plantea distintos problemas a la hora de aplicar el art. 7.2º: determinar el daño e identificar el lugar en el que éste se produce. En cuanto al primero, sí se trata un daño físico, es fácil determinar el lugar en el que se produce. El problema se plantea en el caso de que el daño no es físico, sino que, tal y como ocurre en el asunto BP, se trata de un perjuicio

199 de 31.7.2007, p. 40/49 establece que "El concepto de obligación extracontractual varía de un Estado miembro a otro. Por ello, a efectos del presente Reglamento, la noción de obligación extracontractual deberá entenderse como un concepto autónomo". Por otro lado, en el Considerando 7 se prevé que el "El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) no 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 con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales". 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), DO L 177 de 4.7.2008, p. 6/16; STJ 27 de septiembre de 1988, *Athanasios Kalfelis contra Banco Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co. y otros*, Asunto 189/87, ECLI:EU:C:1988:459; STJ 17 de junio de 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH contra Traitements mécano–chimiques des surfaces SA*, as. 26/91, ECLI:EU:C:1992:268; STJ 6ª 1 de octubre de 2002, *Verein für Konsumenten–information contra Karl Heinz Henkel*, as. 167/00, ECLI:EU:C:2002:555.

[28] A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos", *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 7–178, ISSN 1989–4570 – www.uc3m.es/cdt – DOI: [<https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4374>]; R. Arenas García, "La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 393–415, *pp. 396–397*; P. Blanco–Morales Limones, "Art. 5.3" y "Art. 5.4", en A.–L. Calvo Caravaca (edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 120–138; C.L. Cordero Álvarez, "Algunos problemas de aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001", *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 411–428, pp.412–413, F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Cívitas, 2018, pp. 100–102.

[29] T.C. Hartley, "Jurisdiction in tort claims for non–physical harm under Brussels 2012, article 7(2)", *Int'l Comp. L. Q.*, 2018 [<http://eprints.lse.ac.uk/90421/>], p.2.

financiero que se traduce en una pérdida económica que alegan haber sufrido los accionistas como resultado de la actuación y la posterior difusión de información incorrecta e inexacta de BP en relación a la marea negra.

Es preciso remarcar que, aunque inicialmente el foro especial en materia delictual se adoptó para litigios derivados de accidentes de tránsito, pronto el TJUE extendió su ámbito de aplicación haciendo una interpretación más amplia incluyendo tanto los daños físicos, como los perjuicios económicos[30]. La aplicación del art. 7.2º RBIbis queda condicionada, al mismo tiempo, al hecho de si se trata de un daño inicial o consecutivo y si el perjuicio es material o puramente económico. En el caso, objeto del presente comentario, el daño alegado por los inversores es la pérdida de valor de las acciones de BP a causa de la marea negra, perjuicio que se refleja en la cuenta bancaria de cada uno de ellos. De modo que, sin problemas adicionales, el daño fácilmente se puede calificar como directo, a saber, la actitud lesiva de BP ha perjudicado directamente a los inversores dañando su patrimonio. Los daños indirectos no quedan cubiertos por el foro especial en materia delictual, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal de Luxemburgo en los Asuntos C 364/93 y C 168/02[31].

Por otro lado, el daño, a los efectos del art. 7.2º RBIbis, ha de ser un daño material excluyendo de su ámbito de aplicación los perjuicios exclusivamente económicos. En esta última categoría se puede incluir la pérdida de valor de las acciones de BP cotizados en las bolsas de Londres y Frankfort. En este supuesto, la localización del daño resultas ser más difícil de identificar. El lugar de materialización del daño, a consideración del Tribunal de Luxemburgo, no puede "englobar cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar", por lo que la localización del centro del patrimonio de la persona perjudicada en el que se materializa este el perjuicio no queda comprendido en dicho lugar[32]. Por lo tanto, la cuenta en la que se refleja la pérdida económica que han tenido que soportar los inversores por sí sola no se puede aceptar como lugar en el que se produce el hecho dañoso a los efectos del art. 7.2º[33]. A este respecto,

[30] A. Dickison y E. Lein, *The Brussels I Regulation recast*, Oxford, 2015, p.161

[31] STJ 19 de septiembre de 1995, as. 364/93, *Antonio Marinari contra Lloyds Bank plc y Zubaidi Trading Company*, considerando 14; STJ 10 de junio de 2004, as. 168/02, *Rudolf Kronhofer contra Marianne Maier y otros*, considerando 19, "el concepto de lugar donde haya ocurrido el hecho dañoso no puede interpretarse de manera extensiva hasta el punto de englobar cualquier lugar donde pueden experimentarse efectivamente las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar".

[32] Considerando 27.

[33] STJ, as. 168/02, *Rudolf Kronhofer*; as. 304/15, *Löber*, ap. 30, STJ 9 de julio 2020, as. 343/19, *Verein für Konsumenteninformation vs. Volkswagen AG*, ECLI:EU:C:2020:534 ap. 33.

el TJUE declaró en las sentencias *Kolassa* y *Löber* que los tribunales del domicilio del demandante pueden ser competentes para conocer del litigio contra el emisor de los valores que no ha cumplido sus obligaciones de información previstas en el folleto cuando el daño causado se materializa en la cuenta de los inversores que se encuentra en el territorio de dichos tribunales, dado que la sociedad emisora de los valores negociables fácilmente puede prever que puede ser demandada en este Estado[34]. Tal previsibilidad, sin embargo, no se observa en el caso de BP, puesto que la empresa británica está sujeta a obligaciones legales de publicidad tan sólo en los Estados en los que se cotizan sus valores. El mercado afectado, Londres y Frankfort, podría ser un punto de conexión viable dado que es un criterio objetivo que, al mismo tiempo presenta el vínculo necesario entre el litigio y el tribunal internacionalmente competente al permitirle recabar las pruebas pertinentes. La empresa demandada puede prever razonablemente que, en caso de incumplimiento, se la puede demandar ante los tribunales de estos Estados.

Los tribunales del lugar del domicilio del demandante pueden ser competentes solo si este es también el lugar en el que se materializa el daño[35]. Sin embargo, en el caso de BP la materialización del daño es la perdida financiera de los inversores que se refleja en su cuenta situada en los Países Bajos. Por lo tanto, se trata de un perjuicio puramente económico que no presenta los vínculos suficientes entre los tribunales holandeses y el litigio, de modo que la localización de la cuenta bancaria no puede servir como punto de conexión que atribuya competencia judicial internacional a los órganos judiciales de este Estado. Aunque es cierto que en los asuntos *Kolassa* y *Löber* el Tribunal de Luxemburgo la reconoció como tal, atribuyendo competencia a los tribunales del lugar de su situación, en el caso BP esto no es posible. La diferencia está en la presencia de circunstancias adicionales que permiten vincular el *forum* con el *litis.* En el Asunto C 304/17 Sr. Löber tuvo su domicilio en Austria, donde se efectuaban los pagos relativos a las inversiones que realizaba desde las cuentas en bancos austríacos de los que había comprado los valores y que, a su vez, habían adquirido los certificados en los mercados secundarios austriacos. Todos estos elementos están vinculados con los mercados secundarios austriacos lo que permite aplicar el art. 7.2 RBIbis y considerar Austria como el lugar en el que se materializa el daño. Dichas circunstancias adicionales, sin embargo, no se observan en el caso de BP en el que los

[34] STJ, as. 375/13, *Kolassa*, considerando 57; STJ, as. 304/15, *Löber*, ap. 28.

[35] R. Arenas García, "Daño económico y competencia judicial internacional. la necesaria continuidad entre el hecho generador del daño y el lugar de manifestación del mismo en el art. 7.2º del Reglamento 1215/2012, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2021, as. 709/19", *La Ley: Unión Europea*, nº 94, 2021, p. 7.

inversores holandeses adquirieron los títulos cotizados de la compañía británica en bolsas de otros Estados. Tal dispersión de elementos elimina la previsibilidad razonable por lo que el lugar de la situación de la cuenta contable difícilmente puede ser un punto de conexión a los efectos del Reglamento 1215/2012. En este caso, la sociedad cotizada puede ser demandada, en razón de la materialización del daño, únicamente ante los tribunales del Estado miembro en el que ha cumplido su obligación de publicidad. Por esta razón, el TJUE considera que, en este supuesto, las circunstancias del caso no permiten considerar la cuenta como punto de conexión a los afectos del art. 7.2º RBIbis y, por lo tanto, los tribunales holandeses no pueden ser competentes para conocer del litigio.

Las opciones que tiene el inversor perjudicado, por lo tanto, son o bien, presentar la demanda ante los tribunales del lugar de domicilio del demandado, o bien, ante los órganos judiciales de los Estados miembros en cuyos mercados se negociaban los valores de BP. Es decir, en cuanto a la primera posibilidad, BP es una empresa constituida de acuerdo con el Derecho inglés. El art. 63 RBIbis permite demandar al emisor ante los órganos judiciales del EM en el que se encuentra su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal. Los datos de la sentencia no permiten concluir si estos tres sitios coinciden o no, por lo que, según la información disponible sobre la empresa, la competencia judicial internacional la hubieran tenido los tribunales británicos, dado que en el momento en el que ocurrieron los hechos y se presentó la demanda, Reino Unido (RU) todavía era Estado miembro de la UE. Los órganos judiciales ingleses sería también competentes de acuerdo con el art. 7.2º RBIbis si la divulgación de información incorrecta, incompleta y engañosa por parte de BP, mediante comunicados de prensa, informes publicados en su sitio web, cuentas anuales e informes anuales y declaraciones públicas de sus directivos sobre la marea negra se hubieran emitido desde RU, es decir, como lugar en el que se origina el daño. Dado que coincide con el lugar del domicilio del demandado, el art. 4 Reglamento 1215/2012 prevalece y la competencia judicial internacional se argumentaría sobre la base del art. 4.

La segunda opción que tienen los inversores es presentar la demanda ante los tribunales de Frankfort como lugar en el que se materializa el hecho dañoso. El TJUE expresamente determina que

> "… en el caso de una sociedad cotizada en bolsa, como la que es objeto del litigio principal, en razón de la materialización del daño únicamente puede establecerse la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en los que dicha sociedad haya cumplido, a los efectos de su cotización en bolsa, las obligaciones legales de publicidad. Solo

en esos Estados miembros dicha sociedad puede prever razonablemente la existencia de un mercado de inversión y la generación de responsabilidad"[36].

El mercado afectado en el que opera es, por lo tanto, el lugar de materialización del daño a los afectos del art. 7.2º Reglamento 1215/2012.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La adquisición de valores negociable, celebrada en los mercados secundarios internacionales, presenta particularidades que influyen sobre los aspectos de derecho internacional privado. El asunto C 709/19 es claro ejemplo de esto. El sistema de negociación de las acciones de BP en las bolsas de Londres y Frankfort ha sido el eje central del análisis del TJUE para determinar los foros sobre los que se basa la competencia judicial internacional. El sistema de tenencia indirecta de los valores no permite calificar la relación entre la sociedad emisora y el último inversor como contractual, lo que excluye la aplicación no sólo del art. 7.1º del Reglamento 1215/2012, sino también de los foros de protección en materia de consumidores. El inversor–persona física que ha adquirido las acciones de BP negociados en los mercados secundarios británico y alemán, aunque cumple todos los requisitos para ser calificado como consumidor, no queda protegido por las disposiciones de la Sección 4 Reglamento 1215/2012 precisamente por la falta de un contrato celebrado con el emisor. El inversor adquiere las acciones de BP a través de su intermediario financiero que es con el que tiene una relación contractual. La ausencia de un acuerdo libremente prestado entre el emisor y el inversor, por lo tanto, determina el carácter extracontractual de la relación, por lo que la competencia judicial internacional se determinará de acuerdo con el art. 7.2º que establece que serán competentes los tribunales del lugar en el que se produce el daño. Esta interpretación, aunque esté conforme con los objetivos del Reglamento 1215/2012, no evita constatar la desprotección de los inversores–personas físicas que invierten su capital en los mercados financieros. El carácter especulativo de las transacciones que se realizan en los mercados secundarios no elimina el desequilibrio entre la compañía emisora de valores y el inversor. Éste último sigue siendo la parte económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada y, por lo tanto, merecedora de la protección especial prevista en la Sección 4. Aun así, los principios de previsibilidad y seguridad jurídica sobre los que está construido el Reglamento, prevalecen y crean situaciones excepcionales en las que los

[36] Considerando 35.

preceptos de la Sección 4 RBIbis no se puedan aplicar. El lugar en el que está domiciliado el inversor–persona física escapa de todo control del emisor lo que no le permite prever razonablemente los tribunales ante los que puede ser demandado. La falta de esta previsibilidad justifica el carácter restrictivo del análisis que hace el TJUE.

En el asunto BP el Tribunal de Luxemburgo ha sido fiel a su jurisprudencia a la hora de interpretar el lugar en el que se materializa el daño. En este sentido, la pérdida que alegan haber sufrido los inversores es un daño puramente económico que por sí solo no permite considerar la localización de la cuenta en la que se refleja la perdida financiera como punto de conexión suficiente para atribuir la competencia judicial internacional a los tribunales de este Estado. El TJUE sigue la línea interpretativa de los asuntos *Kolassa, Rudolf Kronhofer, Löber* al considerar que, de manera aislada, la cuenta bancaria no se puede considerar como lugar de materialización del daño a los efectos del art. 7.2º Reglamento 1215/2012, sino que han de haber circunstancias adicionales que permitan vincular el tribunal del domicilio del demandante con el litigio, circunstancias, sin embargo, que no se observan en el asunto BP. La resolución del caso queda estrictamente subordinada a la interpretación restrictiva del art. 7.2º y de la aplicación de base del foro del domicilio del demandado, respetando los principios de previsibilidad y de seguridad jurídica que persigue la atribución de los criterios previstos en el Reglamento 1215/2012, quedando cuestiones abiertas como la protección de los inversores personas físicas o el carácter se circunstancias adicionales que han de estar presentes para vincular la cuenta de valores con el tribunal del Estado miembro en el que está situada.

BIBLIOGRAFÍA

Andreeva Andreeva, V.: "La Regla Prima. ¿Por qué ratificar el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores anotados en un intermediario?", *AEDIPr,* t. XI, 2011, pp. 857–888.

Andreeva Andreeva, V.: "Cotización de compañías extranjeras en los mercados regulados españoles: particularidades de reglamentación y problemática conflictual en el Reglamento 593/2008", en R. Arenas García, C. Górriz López,J. Miquel Rodríguez, *La internacionalización del Derecho de Sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 217–249.

Andreeva Andreeva, V.: "Licencias de derecho de propiedad y protección de los consumidores en Reglamento Bruselas I y su articulación con el Reglamento Roma I", *AEDIPr,* t. IX, 2009, pp. 373–390.

Añoveros Terradas, B.: "Economía colaborativa y normas de Derecho Internacional privado de protección del consumidor", *50 años de derecho internacional privado de la Unión*

Europea en el diván, C. Esplugues Mota, M.P. Diago Diago, P. Jiménez Blanco, 2019, pp. 209–236.

Arenas García, R.: "Daño económico y competencia judicial internacional. la necesaria continuidad entre el hecho generador del daño y el lugar de manifestación del mismo en el art. 7.2º del Reglamento 1215/2012, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2021, Asunto C–709/19", *La Ley: Unión Europea,* nº 94, 2021.

Arenas García, R.: "La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado", *AEDIPr,* t. VI, 2006, pp. 393–415.

Blanco–Morales Limones, P.: "Art. 5.3" y "Art. 5.4", en Calvo Caravaca, A.–L. (edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 120–138.

Calvo Caravaca, A.–L.: "Los contratos de consumo en la jurisprudencia del TJUE. Últimas tendencias", *CDT,* vol. 12, nº 1, 2020, pp. 86–96.

Calvo Caravaca, A.–L. y Carrascosa González, J.: "El Derecho Internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos", *CDT,,* vol. 10, nº 2, 2018, pp. 7–178, ISSN 1989–4570 – www.uc3m.es/cdt – DOI: [<https://doi.org/ 10.20318/cdt. 2018.4374>].

Carrizo Aguado, D.: "Examen detallado de la exclusión del derecho societario en el Reglamento Roma I al hilo del asunto *Verein für konsumenteninformation*: fortaleza legal hacia el consumidor inversor", *CDT*, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 953–970.

Cordero Álvarez, C.: "Algunos problemas de aplicación del art. 5.3º del Reglamento 44/2001", *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 411–428.

Dickison, A. y Lein, E.: *The Brussels I Regulation recast,* Oxford, 2015.

Esteban Ramos, L.M.: "El folleto en las operaciones de oferta pública o admisión a cotización de valores en el derecho europeo", *RECR*, nº. 3, 2020, pp. 17–31.

Garcimartín Alférez, F.J.: "Los trabajos de la Conferencia de la Haya sobre valores anotados en intermediarios financieros", *REDI*, nº LIII–1/2, 2001, pp. 303–312.

Garcimartín Alférez, F.J.: "Direct and indirect holding: the challenges of the functional approach", *UNIDROIT seminar on intermediated securites, Bern, Suiza*, septiembre 2005, pp. 15–17.

Garcimartín Alférez, F.J.: "The UNIDROIT Project on Intermediated Securities: Direct and Indirect Holding Systems", *InDret*, enero 2006, pp. 3 ss.

Garcimartín Alférez, F.J.: "Cross–border listed companies", *Recueil des cours de l' Académie de Droit International*, t. 328, 2007, pp. 9–174.

Garcimartín Alférez, F.J.: "¿Qué tribunales nacionales son competentes para conocer de las demandas por responsabilidad del folleto? A propósito de la STJUE de 28 de enero de 2015», en blog *Derecho Mercantil.*

Garcimartín Alférez, F.J. y Gómez–Sancha Trueba, I.: "Los valores depositados en un intermediario: riesgos legales e intervención del legislador supranacional", *RDMV*, Nº. 1, 2007, pp. 75–130.

Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho Internacional Privado,* Cizur Menor, Cívitas, 2018, pp. 100–102.

Gargantini, M.: "Capital Markets and the Market for Judicial Decisions: In Search of Consistency", 2016, *MPILux Working Paper* 1, disponible en: [<www.mpi.lu>].

Gómez–Sancha Trueba, I.: "Indirect holdings of securities and exercise of shareholder rights (a Spanish perspective)", *Common Market L. J.*, vol. 3, nº 1, 2008, pp. 32–57.

Goode, R., Kanda, H. y Kreuzer, K.: *Explanatory Report on The Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities* (2005) 18–19, disponible en http://www.hcch.net (Explanatory Report).

Hartley, T.C.: "Jurisdiction in tort claims for non–physical harm under Brussels 2012, article 7(2)", *Int'l. Comp. L. Q.*, 2018, [<http://eprints.lse.ac.uk/90421/>].

Lafuente Sánchez, R.: "Competencia internacional y protección del inversor en acciones por responsabilidad contractual y delictual frente al banco emisor de títulos (A propósito del asunto *Kolassa*)" *LA LEY Unión Europea,* n.º 25, abril 2015, Nº 25, pp.1–18.

Largo Gil, R.: "La sociedad anónima europea y el estatuto de la sociedad cotizada, en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas:(estructura de gobierno y mercados)*, coord. F. Rodríguez Artigas, vol. 2, 2006, pp. 1577–1620.

Lehmann, M.: "Prospectus Liability and Private International Law – Assessing the landscape after the CJEU Kolassa ruling (Case C–375/13)", *J. Priv. Int'l.L.* vol. 12, 2016, pp. 318–343.

Kronke, H.: "Capital markets and conflict of laws", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, t. 286, 2000, pp. 245–386.

Maseda Rodríguez, J.: "Responsabilidad por inversión basada en folleto defectuoso: competencia judicial internacional. Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2018, asunto C–304/17: *Helga Löber v. Barclays Bank PLC"*, *La Ley: Unión Europea,* nº 66, enero 2019, pp. 1–35.

Morton, G.: "The 2006 Securities Convention: background, purpose and future", *The Elgar companion to The Hague Conference on Private International Law*, 2020, pp. 336 –348.

Pérez Carrillo, E.F.: "Aproximación a la unificación del régimen jurídico del folleto de oferta pública de venta y admisión a cotización: el nuevo Reglamento (UE) en materia de folletos", *RDMV*, Nº. 20, 2017, pp. 94–100.

Rodriguez Artigas, F., Aernandez de la Gándara, l., Quijano Gonzalez, J., Alonso Ureba, A., Velasco San Pedro, l. y Esteban Velasco, G. (dirs.): *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, t. II, Aranzadi, 2005.

Thévenoz, L.: "Intermediated Securities, Legal Risk, and the International Harmonisation of Commercial Law", *Stanford Journal of Law, Business and Finance,* vol. 13, nº2, 2008, pp. 384–452.

Tapia Hermida, A.J.: "*Las sociedades cotizadas: noción y estatuto jurídico",* nº 26, 2010, [<https://eprints.ucm.es/id/eprint/9896/>].

Verhagen, R.: "Book–entry securities and conflict of laws. Transfer and pledge of securities held in international multi–tiered holding systems", *Europ. Bus. .L. Rev.*, 2000, pp. 112–127.

América Latina

La Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay y la aplicación del Derecho extranjero. Un desarrollo de conceptos enraizados en los orígenes del sistema de Derecho internacional privado uruguayo y de la región

Eduardo TELLECHEA BERGMAN *

SUMARIO: I. Aplicación de oficio del Derecho extranjero: 1. Antecedentes fundacionales y clásicos del tema en nuestro Derecho Internacional Privado y en la región. 2. Desarrollos de la doctrina nacional y sudamericana en la época. 3. Precedentes directos de las soluciones de la Ley General en la materia: A) Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado; B) Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Aplicación e Información del Derecho extranjero; C) Código General del Proceso, Libro Segundo, Título X, "Normas Procesales Internacionales. II. Interpretación del Derecho extranjero. III. Aplicación del derecho de Estados con sistemas plurilegislativos. IV. Conflicto internacional transitorio. V. Conocimiento del Derecho extranjero: 1. Obligación de investigar y determinar el Derecho extranjero. 2. Medios previstos para la información del Derecho extranjero: A) Soluciones iniciales; B) Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho extranjero; C) Otras regulaciones convencionales vigentes para nuestro país que contienen disposiciones referidas a la información del Derecho extranjero: a) Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, Capítulo VII, "Información del Derecho extranjero"; b) Convenios en materia de minoridad y familia; c) Convenios bilaterales con disposiciones que refieren a la información del derecho. D) Normativa de fuente nacional. VI. La obligación de aplicar el Derecho extranjero señalado por la norma de conflicto y la pretendida excepción de falta de conocimiento de su contenido: 1. No probado el Derecho extranjero, se debe absolver al demandado. 2. Aplicación de un derecho que se asemeje al desconocido. 3. Aplicación de los "principios jurídicos comunes a las naciones civilizadas". 4. Aplicación de la ley del foro. 5. Nuestra posición. VII. Recurribilidad de las decisiones dictadas en error del Derecho extranjero.

RESUMEN: El notorio incremento contemporáneo de las relaciones privadas internacionales y, más allá del pluralismo metodológico, la relevancia de regulaciones convencionales y de fuente nacional que responden a una metodología conflictualista, determina el planteo de un alto número de situaciones jurídicas vinculadas a la aplicación del Derecho extranjero. La Ley General de Derecho Internacional Privado, en adelante, Ley General, en el Capítulo I, "Normas Generales", arts. 2, 3 y 4, aborda de manera sistemática las cuestiones referidas directamente al tratamiento del derecho ajeno al foro: aplicación, interpretación, información y recurribilidad de las decisiones adoptadas en los casos en que corresponda su aplicación.

AEDIPr, t. XXI, 2021, pp. 457–483
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.18

PALABRAS CLAVE: URUGUAY – LEY GENERAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO – PRUEBA E INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO.

The General Law of Private International Law of Uruguay and the application of foreign law. A development of concepts rooted in the origins of the Uruguayan and regional private international law system

ABSTRACT: The notorious contemporary increase of international private relations and, beyond the methodological pluralism, the relevance of convenonal and national source regulations that respond to a conflictualist methodology, determines the appearance of a high number of legal situations linked to the application of foreign law. The General Law of Private International Law (arts. 2, 3 and 4), addresses in a systematic manner the issues directly related to the treatment of foreign law: application, interpretation, information and appealability of the decisions adopted in the cases in which its application corresponds.

KEYWORDS: URUGUAY – GENERAL LAW OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW – JUDICIAL APPLICATION OF FOREIGN LAW – PROOF AND INFORMATION OF FOREIGN LAW

> "La aplicación de las leyes de un país por los tribunales de otro, en los casos en que este tratado lo autorice, es de riguroso precepto, aun cuando la parte interesada no haya producido prueba sobre la existencia de dichas leyes"[1].

I. APLICACIÓN DE OFICIO DEL DERECHO EXTRANJERO

La Ley General Derecho Internacional privado[2] preceptúa en el art. 2 ("aplicación del Derecho extranjero)": "El Derecho extranjero debe ser aplicado de oficio…"[3].

[1] Art. 94, Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de Gonzalo Ramírez. *Cf*. G. Ramírez, *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su Comentario*, Buenos Aires, Félix Lajuane Editor, 1888, p. 58.

[2] Consideramos acertada la metodología utilizada por la Ley General al destinar el Capítulo inicial a la teoría general del DIPr, pues, como señalara Tatiana de Maekelt: "Sin la parte general, el Derecho internacional privado se convertiría en una disciplina sin vida propia, sin sus características esenciales y sin la base de la cientificidad", *Teoría general del derecho internacional privado*, 2ª eds. edición actualizada y ampliada, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie de Estudios, no. 87, 2010, presentación a la segunda edición, pp. XXX–XXXI. Entre otros textos de la región participan de este criterio, la Ley de Venezuela de 1998 de Derecho Internacional Privado, así como el Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina, Libro Sexto, "De las disposiciones comunes a los derecho reales y personales", Título IV, "Disposiciones de derecho internacional privado", Capítulo 1, "Disposiciones generales".

[3] La aplicación de oficio del Derecho extranjero fue precedida por una concepción tradicional, nacida en los albores del Derecho Internacional Privado con la estatutaria italiana de fines del siglo XIII, que al proclamar en la Glosa Magna la extraterritorialidad de las leyes, es origen de la cuestión referida a la aplicación del derecho ajeno al foro. La estatutaria italiana restringe el

1. Antecedentes fundacionales y clásicos del tema en nuestro Derecho Internacional Privado y en la región

Constituye un precedente inicial el art. 94, transcripto en el acápite de este trabajo, del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de Gonzalo Ramírez, origen directo de muchas de las soluciones recibidas por los Tratados de Montevideo de 1889. Solución que abreva en conceptos, nuevos para la época, consagrados en la legislación alemana, ZPO de 1887, párrafo 293[4]. Criterio que se plasma en el art. 2 del Protocolo Adicional a los

alcance del aforismo *iuria novit curia*" los estatutos de la ciudad a la que pertenece el magistrado actuante, sosteniendo que es a los litigantes a quienes corresponde alegar y acreditar el Derecho extranjero. Posición que adquiere su expresión clásica a mediados del siglo XIX con autores como Foelix y Story, que asimilan el Derecho extranjero a los hechos, lo que trae como consecuencias: a) el derecho ajeno al foro debe ser invocado y acreditado por las partes; b) es renunciable; c) no puede ser alegado en segunda instancia; d) los errores cometidos en su aplicación no son susceptibles de los recursos previstos contra los errores de derecho. La concepción tradicional mantiene cierto predicamento hasta avanzado el siglo veinte y autores como Battifol, señalan que la norma extranjera no posee fuera del país de origen imperatividad, por lo que no corresponde su aplicación de oficio, H. Battifol, *Traité Élémentaire de Droit International Privé*, París, LGDJ, 1959, pp. 381 ss. En la misma época y en similar sentido, Satta, afirma que quien se presente ante un juez italiano invocando una norma extranjera como elemento constitutivo de su derecho, está obligado a ofrecer prueba de la existencia de esa norma, *Iuria novit curia*", S. Satta, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p.382. Una importante evolución en la concepción del Derecho extranjero como hecho, es la "teoría del hecho notorio", desarrollada por Goldschmidt, quien señala que en tanto hecho notorio, el juez debe tener en cuenta la norma extranjera aun cuando las partes no la acrediten, W. Goldschmidt, *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado*, Barcelona: Bosch, 1935. La aplicación del Derecho extranjero como derecho, tiene origen en la escuela histórica alemana, especialmente con Savigny, que al destacar la índole jurídica de la norma extranjera sienta las bases que propician su aplicación de oficio. En similar sentido, P. E. Mancini, en "De la utilité de rendre obligatoires pour touts les États, sous la forme d´un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différents législations civiles et criminelles", *Journ. dr. int.*, 1874, p. 231, sostiene: "los Estados no pueden rehusarse legítimamente a aplicar leyes extranjeras". La concepción del Derecho extranjero como derecho tiene como consecuencias: a) la aplicación de oficio del Derecho extranjero cualquiera que sea la actitud procesal de la partes; b) las partes son meros colaboradores en la acreditación del Derecho extranjero, y si no lo hacen, el juez está obligado, igualmente, a aplicarlo cuando así corresponda; c) recurribilidad, la no aplicación del Derecho extranjero o su errónea aplicación, dan lugar a la interposición de todos los recursos previstos en el ordenamiento del foro en relación a la aplicación errónea del derecho nacional. Por un análisis detallado de las distintas posiciones acerca de la aplicación del Derecho extranjero, puede verse, E. Tellechea Bergman, *op. cit.* (nota 3). Al respecto *vid.* también, C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*. *op. cit.* (nota 3) pp. 224 ss; L. Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Thomson Reuter–La ley, 2017, pp. 120 ss.

[4] ZPO, párrafo 293, "El Derecho extranjero, el consuetudinario, y el estatutario, solo necesitan ser probados cuando el tribunal no los conozca. Para la determinación de los preceptos de esta clase, el tribunal no queda limitado a las pruebas que produzcan las partes,

Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889, que en relación a "Las leyes de los Estados contratantes", a que refiere el art. 1, dispone: "Su aplicación será hecha de oficio por el juez de las causas". Concepción que se adelanta a las conclusiones del l´*Institut de Droit International* adoptadas, dos años más tarde, en la Sesión de Hamburgo de 1891, en las que se concluyera: "en el estado actual del derecho y las relaciones internacionales y en presencia del gran número de leyes elaboradas en los países civilizados, las pruebas de las leyes extranjeras no puede ser una cuestión de hecho abandonada a la iniciativa de las partes"[5].

Si bien el texto del art. 2 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 hace referencia a la aplicación de oficio de las "leyes", desarrollos de la doctrina nacional han interpretado la expresión en sentido amplio, como sinónimo de derecho, incluyendo, en consecuencia, otras fuentes como la jurisprudencia y, en su caso, la costumbre, tal, la posición del maestro Q. Alfonsín[6] y de la doctrina posterior[7].

El art. 2 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1940, mantiene la solución del texto de 1889.

La otra importante codificación continental clásica del Derecho Internacional Privado, el Código de Bustamante, de la Habana de 1928[8], en el Libro Cuarto, "Derecho Procesal Internacional", Título Séptimo, Capítulo II, "Reglas Especiales sobre la Prueba de Leyes Extranjeras", art. 408 a 411, inclusive, también consagra la aplicación "de oficio" de las leyes de los demás Estados contratantes, art. 408, pero además de referir a las leyes, hace referencia al "derecho". Tal lo resultante del texto de los arts. 409 y 410. Y en el Título Octavo, "Del Recurso de Casación", el Código admite la

está facultado para servirse de otras fuentes de conocimiento y para ordenar todo lo que conduzca al aprovechamiento de las mismas".

[5] Conclusiones citadas por C.M. Vico, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1935, p.236.

[6] "...El derecho privado aplicable a la relación comprende normas escritas (leyes, decretos…), consuetudinarias (costumbres, usos…) y jurisprudenciales. Es frecuente mencionar el derecho aplicable con la locución "ley aplicable", pero esta última locución es sinónima de derecho aplicable, e incluye como es obvio, las normas escritas que no son leyes *estrictu sensu*, las normas consuetudinarias y las jurisprudenciales", Q. Alfonsín, *Teoría del Derecho Internacional Privado*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1955, pp. 493–557, esp. p. 493.

[7] En similar sentido, C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, *op. cit*. (nota 3), p. 237.

[8] El Código de Bustamante fue ratificado por: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Por razones técnicas, Argentina, Paraguay y Uruguay, Estados Partes de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, no lo ratificaron.

interposición de la casación por "infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en la mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional".

2. Desarrollos de la doctrina nacional y sudamericana en la época

En Uruguay[9], con posterioridad a Gonzalo Ramírez, Rafael Gallinal, en 1916, señala en similar sentido: "parece evidente que la ley extranjera no puede ser considerada un hecho, sino que debe serlo como el derecho según el cual el juez debe decidir"[10]. Posición que en los años cincuenta del siglo pasado Alfonsín desarrolla con sólida argumentación[11], constituyendo su pensamiento importante precedente considerado por la doctrina nacional en ocasión de analizar el tema con vistas a la CIDIP II[12]. En esos años los

[9] Acerca de la aplicación y tratamiento del Derecho extranjero en el sistema de Derecho Internacional Privado uruguayo, *vid.*, entre otros, E. Tellechea Bergman, *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, Capítulo, "Aplicación, Tratamiento e Información del Derecho extranjero y su Regulación en nuestro *Derecho Internacional Privado de Fuente Convencional y Nacional*, Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1982, pp. 15–110; *Derecho Internacional Privado*, Título IV, "Aplicación e Información del Derecho extranjero", Montevideo, La Ley Uruguay, pp.168–201; "Aplicación e Información del Derecho extranjero en el Ámbito Interamericano, Regional y en el Uruguay", *Revista de la Secretaría Técnica del Tribunal Permanente de Revisión (MERCOSUR)*, año 2, nº 3, 2014, pp. 35–59. Q. Alfonsín, *Teoría del Derecho Internacional Privado…*, *op. cit.*, pp. 493–557; C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. I, Parte General, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001, pp.22 2– 255; "Capítulo 6. Aspectos generales del sector del derecho aplicable", en D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia Editor, 2003, pp. 258 ss; D. Opertti Badán, *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre DIPr*", vol. V, II; M. Solarari Barrandeguy, "El Derecho extranjero y su tratamiento procesal en el sistema de derecho internacional privado uruguayo", *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, nº 4; pp. 283–306; E. Vescovi, "Capítulo 8. Aspectos generales del sector del derecho procesal civil internacional. IV. Problemas procesales de la aplicación del Derecho extranjero", en: *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, D.P. Fernández Arroyo (coord.), Buenos Aires, Zavalia Editor, 2003, pp. 363–370.

[10] R. Gallinal, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil–De las pruebas. Comentarios a los arts. 327 a 349*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1916, p. 36.

[11] "La investidura del juez lo obliga a administrar justicia con arreglo al derecho vigente en su propio Estado, si ese derecho comprende normas de derecho internacional que señalen como aplicable un Derecho extranjero, el juez está obligado aplicarlo. Para cumplir con esa obligación, no es preciso que el juez conozca de antemano todo el derecho privado del mundo, basta con que de oficio pueda promover los medios oficiales que la ley o el Tratado ponen a su alcance…", Q. Alfonsín, *op. cit*. (nota 3), pp. 539–540.

[12] Tal, posición sostenida en Cátedra y en trabajos preparatorios a la CIDIPII por el maestro Opertti y los relatos de M. Solari, "Prueba del Derecho extranjero e información sobre normas jurídicas vigentes en los países americanos" y de E. Tellechea Bergman, "Cuestiones procesales relativas a la aplicación del Derecho extranjero", en: *Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional, Montevideo, Asociación Uruguaya de Derecho Internacional–Asociación*

tribunales uruguayos concretan en la práctica judicial el mandato referido a que el Derecho extranjero debe aplicarse e investigarse de oficio. Tal el "caso Corrit"[13], en el que los magistrados actuantes asumen inobjetables posiciones. Así, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3er. Turno[14], admitió con amplitud distintos medios de información del derecho, vr. gr, fotocopias legalizadas de la legislación dinamarquesa, Código Chino transcripto en "*Law of Republic of China*" y abundante información pericial tanto de abogados dinamarqueses, como de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, reconociendo el carácter jurídico de la legislación extranjera al examinarla en los considerandos de la sentencia. El Tribunal que dicta en Segunda Instancia el fallo definitivo[15], confirma *in totum* la sentencia recurrida y funda sus conclusiones acerca del derecho aplicable, además de los aportes de los litigantes, en sus propias investigaciones, tal, obra de René Dekers, "El derecho privado de los pueblos", de la que toma conceptos de significativa incidencia en las conclusiones del fallo. Se lleva de este modo a la práctica judicial el principio que el Derecho extranjero debe ser interpretado e investigado de oficio, sin perjuicio de los aportes de las partes.

En Argentina, en esos años, el pensamiento de Goldschmidt[16] hace escuela y en las "Jornadas de Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad de Belgrano, en 1971, se concluye: "es deseable por ser justa, la aplicación de oficio de la ley extranjera competente"[17]. En Brasil, Haroldo

Argentina de Derecho Internacional, Montevideo, Acali Editorial, 1979, respectivamente, pp. 53–61 y pp. 36–51.

[13] El caso Corrit supuso una controversia acerca del valor en el derecho uruguayo de un convenio de sociedad familiar universal celebrado en Shangai en 1946. El acuerdo involucraba a un dinamarqués residente en China y su esposa, rusa exilada, que se habían casado en Shangai, ante el cónsul dinamarqués, en 1927. Tiempo después y en razón del cambio institucional operado en China, el matrimonio se radica en Uruguay, tramitando su separación conyugal en los años sesenta. Se plantea entonces ante los tribunales nacionales y en relación al reclamo de disolución de la sociedad de bienes pactada, la cuestión de su validez. La esposa afirmaba su valor apoyándose en el derecho Chino de la época de constitución de la sociedad, en tanto que el marido lo negaba fundándose en el derecho dinamarqués que consideraba resultaba aplicable en razón de capitulaciones sino–dinamarquesas del siglo XIX (que habían sido denunciadas por China). Por más información sobre el caso, *vid*. *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, nº 4, años 1975/1976.

[14] A cargo del Dr. R. Addiego Bruno.

[15] Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, integrado por los Ministros, Drs. Torello Giordano, Reyes Terra e Igoa Erasun.

[16] W. Goldschmidt, *op. cit.*, (nota 3), tal como se señalara, desarrolla la teoría del "uso jurídico", que no obstante concebir al Derecho extranjero como un hecho, al calificarlo de "hecho notorio, es decir, "hecho sobre el que todo el mundo puede informarse de modo auténtico", modifica sustancialmente el enfoque tradicional.

[17] Citadas por W. Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 469.

Valladão, expresa: "la aplicación de ese derecho –refiriéndose al Derecho extranjero– se hará como derecho en su totalidad[18].

Posiciones que son compartidas en Venezuela por Gonzalo Parra Aranguren, Joaquín Sánchez Covisa y Roberto Goldschmidt, en el "Proyecto de Normas Generales de Derecho Internacional Privado"[19]; y en Colombia, por Marco Gerardo Monroy Cabra[20].

3. Precedentes directos de las soluciones de la Ley General en la materia

A) Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado

La Convención al disponer en el art. 2, "Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero…", si bien no emplea la expresión "de oficio", consagra indubitablemente la aplicación preceptiva en coincidencia con sus antecedentes inmediatos, arts. 2 de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889 y 1940 y 408 del Código de Bustamante, así como lo dispuesto por el art. 3 del Proyecto de Convención elaborado por el Comité Jurídico Interamericano el 24.1.1978, documento preparatorio de la CIDIP II[21], y los criterios acordados en la materia por la Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional celebradas en Montevideo en octubre de 1978 con finalidad de aunar posiciones con miras a la CIDIP II, "Derecho Internacional Privado – Recomendaciones y Resoluciones": "3. Sobre prueba del Derecho extranjero e información sobre normas jurídicas en países americanos", Recomendación 1[22]. Al respecto cabe tener presente,

[18] H. Valladão, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980, p. 224.

[19] Proyecto, art. 57, "El Derecho extranjero será aplicado de oficio. Las partes podrán aportar informaciones relativas al Derecho extranjero aplicable y los tribunales podrán dictar providencias encaminadas al mejor conocimiento del mismo", *Separata del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*, octubre–noviembre 1977, año XXXII, p. 32.

[20] M.G. Monroy Cabra, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Editorial Temis, 1972, p. 532.

[21] Art. 3. "La aplicación de las leyes de los Estados contratantes será hecha de oficio por el juez de la causa…".

[22] Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional.

Derecho Internacional Privado. Recomendaciones y Resoluciones:

"3. Sobre prueba del Derecho extranjero e información sobre normas jurídicas en países americanos:

1. Se consagre en la Convención sobre Aplicación e Información del Derecho extranjero, como principio básico, la aplicación de oficio del Derecho extranjero, ratificándose de tal manera las soluciones contempladas por el Código de Bustamante de 1928 y los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

muy especialmente, que la aplicación de oficio del Derecho extranjero resulta avalada expresamente tanto por el "Informe del Presidente del Grupo de Trabajo de la Comisión II de la Conferencia", Delegado de Perú, Dr. Mac Lean Ugarteche[23], como por el Presidente de dicha Comisión, Dr. Gonzalo Parra Aranguren, Delegado de Venezuela, que resalta el consenso alcanzado "acerca del deber del juez de investigar y aplicar de oficio el Derecho extranjero que resulte competente por mandato de la respectiva norma de Derecho Internacional Privado"[24]. Interpretación confirmada, asimismo, por la pacífica aceptación del tenor del artículo por las Delegaciones de países que como Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela, sostuvieran firmemente en la Conferencia la aplicación de oficio del Derecho extranjero.

En cuanto al alcance a otorgar a la expresión "derecho", utilizada por el art. 2, surge del "Informe del Relator de la Comisión II", Profesor, Dr. Opertti, que el término fue empleado en sentido amplio, comprensivo no sólo de las

2. Igualmete se acepte la facultad de las partes de colaborar con el Juez, ya sea en forma de mera alegación del derecho foráneo ya sea aportando información acerca del mismo.

3. Los jueces y autoridades administrativas pueden valerse de cuantos medios de averiguación del Derecho extranjero consideren necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas.

4. Sería indispensable que siguiéndose los lineamientos del Convenio sobre "Información en Materia Jurídica respecto al Derecho Vigente y su Aplicación", adoptado por la II Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano Luso Americanos y Filipinas –ratificado entre otros por la República Argentina– los Estados Partes de la futura Convención de la OEA centralicen la actividad de información sobre sus respectivos derechos en un órgano nacional especializado.

5. La información sobre el derecho vigente en cada país, especialmente la proporcionada por los órganos nacionales pertinentes, contenga, según el caso, las normas y sus fuentes así como la jurisprudencia judicial y administrativa y doctrinas nacionales existentes.

6. Se promueva dentro del marco de la OEA la creación de un Centro de Información sobre el derecho de los países de la región, a cuyo efecto cada Estado contratante se obligue a transmitir al mismo, la información a que se refiere el apartado anterior, actual y futura.

7. Es conveniente que la futura Convención Interamericana, en forma expresa disponga que en la aplicación de la ley extranjera debe estarse respecto a su interpretación, constitucionalidad, aplicación temporal y en todos los demás aspectos, a las soluciones dadas en el Estado al cual la norma pertenece.

8. Hacer llegar a las autoridades competentes las presentes conclusiones".

En las Jornadas intervinieron en materia de Derecho Internacional Privado por Argentina, los Profesores, Drs. Werner Goldschmidt, Eduardo Leopoldo Fermé, Alicia Perugini y Antonio Boggiano y por Uruguay, los Profesores, Drs. Manuel A. Viera, Didier Opertti, Ronald Herbert, Marcelo Solari, Berta Feder y el autor, que junto al recordado colega Eduardo Fermé, tuviera a cargo la redacción de las conclusiones en la materia.

[23] El informe señala que el Grupo de Trabajo concluyó que la aplicación "debía hacerse de oficio", Documento CIDIP II/62, p.3.

[24] G. Parra Aranguren, *Codificación del Derecho Intencional Privado en América*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1982, p.4 20; *íd.* Documento CIDIP II/62, p.4.

normas escritas, sino de todas las fuentes jurídicas de un ordenamiento[25], tal como propusiera al respecto la Recomendación 5 de la Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional[26].

B) Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Aplicación e Información del Derecho extranjero[27]

El Convenio es coincidente con las soluciones en materia de aplicación e información del Derecho extranjero consagradas por las Convenciones Interamericanas de 1979 sobre el tema y legisla sobre la aplicación de oficio del derecho ajeno al foro empleando una terminología similar al art. 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, al disponer: "Los jueces y autoridades de las Partes, cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece".

C) Código General del Proceso, Libro Segundo, Título X, "Normas Procesales Internacionales"

El Código consagra en el Título X del Libro Segundo, artículos 524 a 543, inclusive, una completa regulación de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de fallos extranjeros[28], en defecto de tratado o convención, art. 524, y constituye junto a la Ley General de Derecho Internacional Privado, el otro pilar básico del sistema uruguayo de DIPr de fuente nacional.

El Código regula en el Capítulo I, "Principios Generales", la aplicación del Derecho extranjero, sustituyendo la expresión del art. 2 de la Convención Interamericana de Normas Generales dirigida a los aplicadores en el sentido

[25] Informe del Relator, Documento CIDIP II/68, p. 4.

[26] *Vid. supra*, nota 22.

[27] Ratificado por Uruguay por Decreto–Ley No. 15.109 de 17 de marzo de 1981, en vigencia desde el 12 de mayo de 1981.

[28] El Título X, "Normas Procesales Internacionales", regula: Capítulo I, "Principios Generales; Capitulo II, "De la Cooperación Judicial Internacional"; Capítulo III, "De la Cooperación Judicial Internacional en Materia Cautelar"; Capítulo IV, "Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras". El Título fue elaborado por el Profesor Dr. Opertti y el autor, a solicitud de la Comisión encargada de preparar el Proyecto del Código General de Proceso, integrada por los procesalistas, Profesores, Drs. Adolfo Gelsi Vidart, Enrique Vescovi y Luis Torello, buscando consagrar un sistema de normas nacionales referidas a la cooperación judicial internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros actuante a falta de regulaciones convencionales, fundado , básicamente, en las soluciones consagradas por la Convenciones Interamericanas.

a que "estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero", texto que originara algunas dudas, hoy resueltas, por un claro mandato que preceptúa: "Los tribunales deberán aplicar de oficio el Derecho extranjero".

El art. 525 del Código General del Proceso, numerales 3 y 4, constituye el precedente inmediato de las soluciones consagradas en el tema por la Ley General, las que reflejan claramente la evolución de la normativa en la materia y la posición de la doctrina uruguaya al respecto, al disponer enfáticamente en el art. 2: "El Derecho extranjero debe ser aplicado de oficio…".

II. Interpretación del Derecho extranjero

El art. 2 de la Ley General, párrafo primero, dispone no sólo acerca de la aplicación del oficio del Derecho extranjero, sino, además, que éste debe "interpretarse tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva". Interpretación *in ordinem*, respetuosa del sentido y alcance del derecho ajeno al foro, única forma de atender a cabalidad la legalidad ajena, con antecedentes lejanos en jurisprudencia comparada[29], y prefigurada en el continente por el Código de Bustamante, al referir en los arts. 409 y 410, al "sentido" del derecho aplicable. Conceptos que profundiza Goldschmidt en su "teoría del uso jurídico", al sostener que al Derecho extranjero hay que darle el mismo tratamiento de fondo que le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable[30]. Aplicación de la normativa foránea conforme al sistema jurídico al que la misma pertenece, planteada también, entre otros, por M. Aguilar Navarro, cuando expresa: "todo nos conduce a postular como criterio general la necesidad que el foro interprete y conciba las categorías jurídicas de que se sirve la norma material extranjera de acuerdo al lenguaje jurídico del ordenamiento extranjero reclamado"[31]. E I. Zajtay puntualiza al respecto: "cuando la norma de conflicto ordena la aplicación del Derecho extranjero, ella exige evidentemente que esa aplicación sea exacta, es decir, que la regla sea aplicada como está vigente en su país de origen… Eso significa, también, que el juez del foro que aplica el Derecho extranjero, de alguna manera, se pone en el lugar del juez del país extranjero y debe

[29] La Corte de Duai, Francia, sostuvo en 1901, respecto a un testamento ológrafo extendido en Bélgica, que había que estar a la interpretación belga del art. 970 del Código Civil de Napoleón, común a ambos Estados, pues era belga el derecho aplicable, admitiéndose así la validez del testamento, que de aplicarse la interpretación francesa hubiera sido negada.

[30] *Op. cit.* (nota 4), pp. 554– 555.

[31] M. Aguilar Navarro, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, t. II, Parte 2ª, Madrid, Serv. Pub. Univ. Complutense, 1982, p.247.

interpretar la ley extranjera aplicable conforme a los principios del sistema jurídico en cuestión"[32].

En nuestra doctrina el maestro Q. Alfonsín sostuvo ya en los años cincuenta una postura similar y expresaba: "el alcance extensivo y el alcance dispositivo de las normas de derecho privado extranjeras dependen de la interpretación extranjera respectiva, cualquier interpretación *extra ordinem* debe ser condenada", agregando, "Dos textos vigentes en Estados diferentes aunque idénticos en su letra, pueden tener como es obvio, significados distintos; el juez siempre debe atender al del Estado cuya ley debe aplicar"[33].

Posición acogida por las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional, celebradas en 1978 con vistas a la CIDIP II, Recomendación 7, "Es conveniente que la futura Convención Interamericana, en forma expresa disponga que en la aplicación de la ley extranjera debe estarse respecto a su interpretación, constitucionalidad, aplicación espacial, temporal y en todos los demás aspectos, a las soluciones dadas en el Estado al cual la norma pertenece"[34]

La Convención Interamericana sobre Normas Generales, en consonancia con los desarrollos descritos, prevé en el art. 2, que los jueces y autoridades "estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable…", criterio también recibido por el art. 1 del Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Aplicación e Información del Derecho extranjero.

Respecto a la aplicación de la norma foránea "tal como lo harían los jueces cuyo derecho resulte aplicable", corresponde tener presente en relación a países cuyo ordenamiento no consagre la obligatoriedad del precedente judicial, que, como señala D. Cirylle[35], los tribunales del Estado aplicador no están obligados a conferir a las decisiones judiciales del ordenamiento de origen de la norma mayor autoridad que la que ellas gozan en dicho país[36], por lo que corresponde concluir que el magistrado actuante posee en relación al derecho ajeno una libertad no inferior a la de los tribunales del Estado al que dicha norma pertenezca. Al respecto, en un caso de aplicación por tribunales uruguayos de derecho chino, Opertti ha sostenido: "el juez

[32] I. Zajtay, "Le traitement du droit étranger dans le procès civil. Étude de droit compare", *Riv. dit. int. priv. proc.*, 1968, nº 2, p. 271.

[33] *Op. cit.* (nota 3), pp. 554–555.

[34] Al respecto, *vid. supra*, nota 22.

[35] D. Cirylle, *La loi étrangère devant le juge du fond*, París, Dalloz, 1965, p. 278.

[36] Al respecto *vid*. E. Tellechea Bergman, *Derecho internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, *op. cit.* (nota 9), pp. 176 –177.

uruguayo dispone de suyo, de por lo menos, igual libertad para fallar que el juez chino, pero en ningún caso menor a la de éste"[37]. Posición que compartimos y que enunciáramos hace años en "Tratamiento e Información del Derecho extranjero", al señalar: "El magistrado al interpretar la norma ajena , si bien debe atenerse a la pautas proporcionadas por el derecho referido, sin alterar la jurisprudencia existente, no es un copista, sino que realiza una actividad necesariamente valorativa", agregando, "Esta necesidad de valorar la solución más adecuada se acentúa en el caso que el sistema jurídico remitido consagre un régimen de libertad jurisprudencial".[38] En el mismo sentido Aguilar Navarro expresa: "el juzgador si bien debe afanarse por alcanzar una interpretación conforme con la que domina en el ordenamiento extranjero, ello no le priva de libertad de apreciación".[39] [40]

III. Aplicación del derecho de Estados con sistemas plurilegislativos[41]

La Ley General, art. 2, párrafo segundo dispone para los casos en los que el Derecho extranjero a aplicar "corresponda a un Estado cuyo orden jurídico se compone de varias legislaciones, el derecho de ese Estado determina cuál de ellas es aplicable. En su defecto, debe aplicarse la legislación de la unidad territorial en cuya jurisdicción se realiza el punto de conexión".

La solución legislada es coherente con el principio consagrado en el párrafo primero del artículo, referido a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulta aplicable, criterio ya acogido en la "Recomendación 7a. sobre Ley Aplicable" de las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional Preparatorias de la CIDP II[42], y resuelve, en principio, la cuestión de acuerdo al ordenamiento jurídico al que remite la noma de conflicto. Y en ausencia en éste de solución, en los casos de sistemas plurilegislativos de base territorial, se concluye que se deberá aplicar

[37] D. Opertti, Consulta emitida en el "Caso Xiang – Cheng", transporte marítimo entre Uruguay y la República Popular de China, "Ley aplicable y pautas para la aplicación de un Derecho extranjero", *Revista de Transporte y Seguros*, nº 10, p. 109.

[38] E. Tellechea Bergman, *Tratamiento e Información del Derecho extranjero*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1980, p. 43.

[39] M. Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*, t. 1, Parte 2, Madrid, E.I.S.A., 1955, p. 433

[40] En conformidad, C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.* (nota 9) pp. 247– 252.

[41] Q. Alfonsín, *op. cit.* (nota 9), ya en los años cincuenta del siglo pasado trata minuciosamente el tema, "2. Reenvío Interlocal", pp. 478–489 y "3. Reenvío Interpersonal", pp.489–492.

[42] *Vid.* Recomendación 7 en nota 22.

la ley de la unidad territorial en la cual se realiza la conexión[43]. Criterio en esencia coincidente con el recibido por el Convenio de La Haya de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parentelar y de Medidas de Protección a los Niños[44], art. 48, y el Protocolo de noviembre de 2007 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias[45], art. 16.

En relación a hipótesis de remisión a derechos de Estados con sistemas plurilegislativos de base personal, situación que se da en países como Egipto, India, Indonesia, Nigeria, Marruecos, etc., la Ley General omite una solución aplicable a los casos en los que el derecho remitido no proporcione una respuesta. Creemos adecuado en estas situaciones aplicar el derecho del sistema con el que el caso planteado presente el vínculo más estrecho, tal como dispone el art. 49 del antes citado Convenio de La Haya de 1996. Solución que estimamos se conjuga con la aplicación armónica de las normas competentes para regular una situación jurídica determinada tomando en cuenta la equidad del caso concreto, Ley General, art. 11. El Código Civil y Comercial de la Nación, República Argentina, en el Libro Sexto, "De las disposiciones comunes a los derechos reales y personales", Título IV, "Disposiciones de Derecho Internacional Privado", Capítulo 1, "Disposiciones generales", art. 2395, "Aplicación del Derecho extranjero", literal b, acoge el criterio expuesto[46]. En igual sentido se pronuncian otras codificaciones nacionales de Derecho Internacional Privado, tales, el Código Civil de Quebec de 1991, art. 3077, "*Lorsqu'un État comprend plusieurs systèmes juridiques applicables á différentes catégories de personnes, toute référence á la loi de cet État vise le système juridique déterminé par les règles en vigueur dans cet État, á défaut de telles règles, la référence vise le système juridique ayant les liens les plus étroits avec la situation*"; o la Ley italiana de DIPr., art. 18, "Ordenamientos jurídicos plurilegislativos", "1. Si en el ordenamiento del Estado designado por las disposiciones normativas de la presente ley coexisten más de un sistema normativo con competencia territorial o personal, la ley aplicable se determina según los criterios utilizados por aquel ordenamiento. 2. Si tales

[43] En el tema, ver, entre otros, C. Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, *op. cit.* (nota 9), pp. 290 – 292. L. Scotti, *op. cit.*, (nota 3), pp.130–132.

[44] Aprobada por Uruguay por Ley 18.535 de 21 de agosto de 2009.

[45] En relación al cual el Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado se ha pronunciado de manera favorable a su aprobación.

[46] Art. 2595, "Aplicación del Derecho extranjero", literal b, "si existen varios sistemas jurídicos covigentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate".

criterios no pueden ser individualizados, se aplicará el sistema normativo con el cual el caso concreto presente el vínculo más estrecho".

IV. CONFLICTO INTERNACIONAL TRANSITORIO

La solución legislada por el art. 2 de la Ley General al disponer que el Derecho extranjero debe aplicarse tal como lo harían sus tribunales, conduce como consecuencia lógica a que las cuestiones referidas a la retroactividad o ultraactividad de sus normas, es decir, lo que en Derecho Internacional Privado se conoce como "conflicto internacional transitorio", que alude al problema derivado de la modificación en el tiempo de las normas materiales del Derecho extranjero declarado aplicable por la ley del foro, deba ser resuelto de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico al que la norma de conflicto remite[47]. Al respecto señalaba Quintín Alfonsín, "hay que atender al orden jurídico al que pertenecen las leyes aplicables para determinar si una relación jurídica nacida durante la vigencia de una ley y que perdura durante la vigencia de otra, debe ser regulada por la primera, o por la segunda, o por ambas, estableciendo en este último caso a cuales elementos o consecuencias se aplica la primera y a cuales la segunda"[48], concepción compartida por distinta jurisprudencia[49] y doctrina[50]. El límite a la aplicación del derecho transitorio extranjero consideramos que está dado en los casos en los que su aplicación contraríe "en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los

[47] En conformidad, entre otros, J.C. Fernández Rozas, y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson – Civitas, 2007, p. 137.

[48] Q. Alfonsín, *op. cit.* (nota 6),p. 367, "Retroactividad de la Ley Extranjera", pp. 553–554.

[49] Tal, fallo dictado por la Cámara de los Lores de Gran Bretaña, en un caso referido a un empréstito contraído por dicho país durante la primer Guerra mundial. En la especie, los bonos vencían en 1937 y a opción de los tenedores podrían cobrase en libras o en dólares estadounidenses. Producido el vencimiento, los tenedores optaron por el pago en dólares, exigiendo que el monto a entregarse se adecuara al valor del dólar al momento de la emisión, en atención a que en dicha época el dólar estaba sujeto a la cláusula oro. La Cámara de los Lores falló aplicando el derecho estadounidense, no como era al momento del surgimiento de la relación y sí, tal como regía a la fecha del pago, sentenciando: "Dado que la cláusula oro había sido derogada retroactivamente por el Congreso de los Estados Unidos en 1933 y dado que los bonos se regían por la ley del Estado de Nueva York, los acreedores no podían reclamar más que el valor nominal de los billetes", O. Kahn–Freund, *Problemas Generales de Derecho Internacional*, Capítulo 11, numeral 4, "Problema de la Aplicación del Derecho extranjero".

[50] C. Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, *op. cit.* (nota 9), pp. 280–281. M. Aguilar Navarro, *op. cit.* (nota 39), p. 432; A. Miaja de la Muela, *Derecho Internacional Privado*, t. I, Madrid, Atlas, 1976, p. 420; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 2018, p. 313.

que la República asienta su individualidad jurídica", Ley General, art. 5 (Orden público internacional).

El conflicto internacional transitorio se torna aún más complejo, en situaciones en las que el derecho vigente al momento del nacimiento de una relación es sustituido por otro a causa de cambios institucionales radicales en el país a cuyo derecho remite la norma de conflicto, del que surjan gobiernos no reconocidos por el Estado del foro. Al respecto existen posiciones que sostienen que si un gobierno no es reconocido, sus leyes no deben ser aplicadas, en tanto que otras, distinguen entre el reconocimiento de un gobierno extranjero, acto político de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo, y la validez jurídica de los actos de dicho gobierno, cuyo reconocimiento tiene como límite la afectación del orden público internacional del foro actuante[51] [52].

V. Conocimiento del Derecho extranjero

1. Obligación de investigar y determinar el Derecho extranjero

El art. 3 de la Ley General, en solución coherente con la obligación de aplicar de oficio el Derecho extranjero "tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva" consagrada en el art. 2, ordena que el texto, vigencia e interpretación del derecho foráneo aplicable al caso, sean "investigados de oficio por los tribunales u otras autoridades competentes". Deber que en consecuencia obliga además de a las autoridades jurisdiccionales, a las autoridades administrativas de la República que eventualmente conozcan de una situación en la que corresponda aplicar derecho ajeno al foro.

Obligación de aplicar de oficio el Derecho extranjero para otras autoridades, además de las judiciales, ya contemplado por la Convención Interamericana sobre Normas Generales, art. 2, y el Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Aplicación e Información del Derecho extranjero, art. 1.

[51] Posición sostenida ya hace años, por J. Maury, *Derecho Internacional Privado*, Puebla, Ed. José M. Cajica Jr., 1949, p.47.

[52] La jurisprudencia francesa ha recogido esta posición en distintos pronunciamientos, tal, fallo referido al régimen de bienes de un matrimonio ruso casado antes de la revolución, en que se declara aplicable el derecho legislado en la materia luego de 1917, citado por E. Vaz Ferreira, *Tratado de la Sociedad Conyugal*, t. I, 2ª ed., Montevideo, Bianchi Altuna, 1963, pp. 174–175.

Respecto a los aportes de los particulares, a diferencia de aquellas posturas que conciben al Derecho extranjero como un mero hecho, ver al respecto nota 4, en solución con antecedentes en los textos que le han precedido, Protocolos Adicionales a los Tratados de 1889 y 1940, art. 2 de los mismos; Convención Interamericana sobre Normas Generales, art. 2, la disposición en estudio admite la "colaboración que al respecto presten las partes o los interesados en su caso". Reconociéndose, en consecuencia, a los particulares la facultad de colaborar con las autoridades, ya sea en bajo la forma de alegación del derecho foráneo aplicable, ya aportando información acerca del mismo, tal como preveía al respecto la Recomendación 2 de las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional en el tema "Prueba del Derecho extranjero e información sobre normas jurídicas en países americanos"[53].

2. Medios previstos para la información del Derecho extranjero

El art. 3, párrafo dos, de la Ley General, consagra una fórmula amplia, que compartimos plenamente, que dispone: "Se puede recurrir a todos los medios de información idóneos admitidos en el orden jurídico de la República o del Estado cuyo derecho resulte aplicable". Razón por lo cual resulta de especial relevancia considerar los distintos medios informativos admitidos por el DIPr convencional o de fuente nacional aplicable al caso vigente para nuestro país, cuanto para aquel a cuyo derecho la noma de conflicto remite.

A) Soluciones iniciales

El Derecho Internacional Privado uruguayo, desde sus comienzos, ha atendido la información del Derecho extranjero como correlato al deber de su aplicación de oficio.

Los Protocolos Adicionales a los Tratados de 1889 y 1940, artículos 5 y 6, respectivamente, preveían entre los gobiernos de los Estados Partes la transmisión recíproca de dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes y de las que posteriormente sancionaran los respectivos países[54].

[53] *Vid. supra*, nota 22.

[54] La otra codificación clásica regional sobre el DIPr, el Código de Bustamante, no ratificado por Uruguay, según se ha señalado, ya en 1928 regula el tema con un importante desarrollo para la época, previendo que la parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia o sentido, mediante certificación debidamente legalizada de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, art. 409. En tanto que el juez o tribunal actuantes podrán solicitar por vía diplomática,

B) Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho extranjero

La Convención, aprobada en la CIDIP II de Montevideo de 1979, constituye una regulación de especial transcendencia pues prevé amplias posibilidades de información[55].

Respecto a la palabra "prueba", utilizada por la Convención en el título, acápite y varios artículos, consideramos inconveniente su empleo, pues puede conducir a que se interprete que el sistema interamericano se afilia a una concepción atributiva de índole fáctica al Derecho extranjero, posición opuesta a la consagrada por el art. 2 de la Convención sobre Normas Generales, que lo concibe como "derecho", en conformidad con lo expuesto, Informe del Presidente de la Comisión II de la CIDIP II, Gonzalo Parra Aranguren, que al tratar el tema, precisa: "El término prueba del Derecho extranjero no es correcto, ya que se presta a confusiones porque alguien puede entender que el Derecho extranjero es un elemento de hecho del proceso… solución contraria a la aceptada por esta misma Conferencia en la Convención de Normas Generales"[56].

Pluralidad de textos convencionales de fecha posterior a la Convención Interamericana, vigentes para nuestro país, refieren al tema utilizando, exclusivamente, el término "información"[57].

---

antes de resolver, que el Estado contratante al que pertenezca la legislación a aplicar, informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable, art. 410. Y cada Estado contratante se obliga, art. 411, a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información referida en el artículo anterior, la que deberá proceder de su "Tribunal Supremo o de cualquiera de sus Salas o Secciones , o del Ministerio Fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia".

[55] Respecto a las soluciones de esta Convención, puede verse del autor, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.* (nota 9), pp. 186–194.

[56] Doc. CIDIP II/82, p.84.

[57] Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Aplicación e Información del Derecho extranjero, ver nota 27; Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre la República Federativa del Brasil y la República Oriental del Uruguay, aprobado por Uruguay por Ley 16.728 de 5 de diciembre de 1995, en vigor desde el 9 de febrero de 1996, art. 24; Convenio de Cooperación Jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, aprobado por Uruguay por Ley 16.864 de 10 de septiembre de 1997, en vigor desde el 30 de abril de 1998, Título VI, "De la información sobre materias jurídicas", art. 27; Convención de Cooperación Judicial en Materia Civil y Comercial entre la República Francesa y al República Oriental del Uruguay, aprobada por Uruguay por Ley 17.110 de 12 de mayo de 1999, en vigor desde el 1 de agosto de 1999 art. 25; Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa ente los Estados Partes del Mercosur, Decisión CMC 05/92, Capítulo VII, "Información del Derecho", aprobado por Uruguay por Ley 16.971 de 15 junio de 1998, vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

El art. 2 de la Convención Interamericana precisa el alcance de la información a proporcionar, indicando que la misma puede referir al "texto, sentido y alcance legal" del derecho, de lo que resulta que los informes no sólo estarán vinculados al contenido de la norma, sino, además, a cuestiones como su aplicación en el tiempo e interpretación. Disposición coherente con el mandato de aplicar el Derecho extranjero como sus tribunales lo hacen, resultante del art. 2 de la Convención de Normas Generales.

En solución que resulta antecedente directo del párrafo segundo del art. 3 de la Ley General, que, como se viera, recibe con amplitud los medios de información del derecho, la Convención, además de admitir todas aquellas posibilidades previstas tanto por la ley del Estado requirente, cuanto del requerido, art. 3, realiza una enumeración, no taxativa, de medios considerados "idóneos" para la acreditación del derecho, sin que ello suponga una jerarquización de los mismos. En tal sentido son enumerados:

i) "prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de vigencia, o precedentes judiciales". Las copias de textos legales constituyen un medio útil para conocer el contenido y vigencia de las normas; y los precedentes judiciales no sólo resultan de especial importancia para el conocimiento del derecho de los países de *common law*, sino también para informar acerca de la interpretación y aplicación de las leyes.
ii) "prueba pericial consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia". Medio de información ya contemplado por el Código de Bustamante, art. 409, en lo referido a informes de abogados, agregando la Convención que el informe también puede ser realizado por "expertos en la materia". Solución que según explicara Goldschmidt en ocasión del estudio del tema en la CIDIP II, valida los informes producidos, *vr.gr.*, por juristas radicados en un país distinto a aquel en que se graduaron y que por alguna razón no hubieran revalidado su título y que precisamente por estar formados en el país al que pertenece el derecho aplicable, están legitimados para informar sobre el mismo[58].
iii) "informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos". Se trata del procedimiento informativo en derredor del cual gira en gran medida la Convención, a cuyos efectos cada Estado Parte designará una Autoridad Central, art. 9.

[58] Documento CIDIP II/82, P.3.

La Convención prevé lo requisitos que deben cumplir las solicitudes de información, art. 5, y el modo como las Autoridades Centrales responderán a las consultas recibidas de los demás Estados Partes.

Los Estados no serán responsables por los informes emitidos y tampoco estarán obligados a aplicar su derecho según el contenido de la respuesta proporcionada, art. 6. Disposición que en su parte final consagra, asimismo, el carácter no vinculante de la respuesta para el Estado receptor de la misma, lo cual no supone mengua alguna del principio atinente a que la aplicación y valoración del Derecho extranjero debe hacerse de acuerdo al ordenamiento jurídico de origen, sino que tiene por finalidad asegurar la libertad valorativa del magistrado requirente de la información, que podrá dejar de lado aquella obtenida vía oficial, cuando de acuerdo a su propia investigación o por aporte de las partes, considere que el verdadero contenido o interpretación más adecuada de la norma ajena no se ajusta al que se le ha informado.

La Convención no establece plazos dentro de los cuales la Autoridad Central requerida debe informar, pero el deber de cumplir de buena fe con la obligación informativa impone la obligación de hacerlo en el plazo más breve posible.

C) Otras regulaciones convencionales vigentes para nuestro país que contienen disposiciones referidas a la información del Derecho extranjero

a) *Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, Capítulo VII, "Información del Derecho extranjero*"[59]. El Capítulo atiende lo referido a la información del derecho en materia civil –comprensiva de familia y minoridad–, comercial, laboral, administrativa y derecho internacional privado, con el único límite de la no afectación del orden público del Estado requerido, adjudicando dicho cometido a las Autoridades Centrales, art. 28. Esta información podrá suministrarse, también, a través de las autoridades diplomáticas o consulares del Estado cuyo derecho es informado, art. 29.

El carácter no vinculante de la información tanto para el Estado que la brinda, cuanto para el requirente, art. 30, responde a parámetros similares a los previstos en el ámbito interamericano[60].

El Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y la

[59] *Vid. supra*, nota 57.

[60] Cabe recordar que los Estados Partes del Protocolo también lo son de la Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho extranjero.

República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02[61], no vigente para Uruguay, repite las soluciones consagradas por el Protocolo del Mercosur.

b) *Convenios en materia de minoridad y familia*. Distintos acuerdos referidos a la protección internacional de los niños y a las relaciones de familia, contienen regulaciones específicas referidas a la información del derecho.

En materia restitución internacional de menores ilícitamente trasladados o retenidos fuera del Estado de su residencia habitual, el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores[62], art. 7.e y la Convención Interamericana de Montevideo de 1980 sobre Restitución Internacional de Menores[63], art. 9.1º.c, requieren que las solicitudes de restitución contengan información sobre el derecho en que se fundan.

En el tema de prestación internacional de alimentos, la Convención de Naciones Unidas de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero[64], art. 3, "Solicitud a la autoridad remitente", numeral 2, exige que cada Parte informe a la Secretaría General de Naciones Unidas acerca de los elementos de prueba normalmente requeridos por la legislación de su Estado para justificar la demanda, el modo como deben ser presentados y cualquier otro requisito que de acuerdo con su derecho deba ser satisfecho. En igual sentido, el Convenio de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos Para los Niños y Otros Miembros de la Familia de 23 de noviembre de 2007 –en relación a cuya aprobación por nuestro país se pronunciara favorablemente el Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado– en el art. 57, "Información relativa a leyes, procedimientos y servicios", literal a, dispone que los Estados al momento del depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión, proporcionen a la Oficina Permanente de la Conferencia información de su legislación y de los procedimientos aplicables en materia de alimentos.

c) *Convenios bilaterales con disposiciones que refieren a la información del derecho*. El Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Aplicación e Información del Derecho extranjero[65], regula el tema en base a soluciones coincidentes con aquellas consagradas por las Convenciones Interamericanas concluidas en la materia.

[61] El Acuerdo ha sido ratificado por Argentina, Brasil, Paraguay y Chile, en tanto que Ecuador y Perú han adherido.

[62] Aprobado por Uruguay por Ley 17.109 de 12 de mayo de 1999.

[63] Aprobada por Uruguay por Ley 17.335 de 17 de mayo de 2001.

[64] Aprobada por Uruguay por Ley 16.447 de 4de mayo de 1994.

[65] *Vid. supra*, nota 27.

El Convenio de Cooperación Jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay,[66] Título VI, "De la información sobre materias jurídicas", art. 27, y la Convención de Cooperación Judicial en Materia Civil y Comercial entre la República Francesa y la República Oriental del Uruguay[67], prevén la información del derecho de las Partes a través de las respectivas Autoridades Centrales.

D) Normativa de fuente nacional

El Código General del Proceso, art. 143, "Prueba del derecho", más allá de lo criticable de su denominación, en tanto que refiere a "prueba", consagra en su texto el criterio correcto y preceptúa: "El derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo". Disposición de la que surge tanto el reconocimiento de la naturaleza jurídica del Derecho extranjero, que es equiparado al nacional, cuanto, la admisión de su acreditación de manera amplia, validándose a los efectos "todo procedimiento legítimo", constituyendo un antecedente directo del párrafo segundo del art. 3 de la Ley General, que, como se viera, admite se pueda recurrir "a todos los medios de interpretación idóneos…".

VI. La obligación de aplicar el Derecho extranjero señalado por la norma de conflicto y la pretendida excepción de falta de conocimiento de su contenido[68]

Dificultades atinentes a una adecuada información del derecho foráneo aplicable al caso, han determinado diversas posturas elaboradas a partir de la premisa de su falta de conocimiento.

1. No probado el Derecho extranjero, se debe absolver al demandado

Se afirma que en caso de no lograr el conocimiento del Derecho extranjero, el juez debe rechazar la demanda. Posición sostenida tanto por quienes conciben el Derecho extranjero como un hecho y en consecuencia concluyen que a falta de prueba de su contenido el juez debe rechazar la

[66] *Vid. supra*, 57.
[67] *Vid. supra*, 57.
[68] *Vid.* al respecto, del autor, *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, *op. cit.* (nota 9), pp. 35–38.

pretensión, cuanto por quienes, como Morelli[69], afirman que el rechazo es consecuencia de la ausencia de la premisa mayor del silogismo judicial. Punto de vista compartido por A. Miaja de la Muela[70] y E. Gutiérrez de Cabiedes[71], quienes la consideran como la solución menos perturbadora. Criterio también acogido en algunos fallos por la jurisprudencia estadounidense[72].

Creemos que esta posición corresponde que sea rechazada, tanto por traducirse en verdaderas denegaciones de justicia, cuanto por razones jurídicas, ya cuando se funda en la atribución de naturaleza fáctica al Derecho extranjero, ya cuando reconociéndole índole jurídica, no se atiene a las consecuencias derivadas de ello.

Si el Derecho extranjero es derecho, el principio *iuria novit curia*, con las particularidades propias de estos casos, impone el ineludible deber de investigar de oficio la norma aplicable, por lo que no resulta aceptable la excepción considerando, además, la amplitud de medios de información hoy existentes.

2. Aplicación de un derecho que se asemeje al desconocido

Esta corriente, sostenida, entre otros, por Martin Wolff, afirma que si el contenido de la ley extranjera no puede ser conocido, debe buscarse una normativa que guarde con ella la mayor similitud[73]. Argumentación inconsistente, ya que si no se conoce el contenido de una disposición, mal se puede buscar otra que se le asemeje, por lo que en la práctica se corre el riego de aplicar normas sin verdadera identidad sustancial con la que se busca suplir.

3. Aplicación de los "principios jurídicos comunes a las naciones civilizadas"

Más allá de lo controvertible de los parámetros que puedan servir para realizar tal distingo en un mundo multicultural, regido por distintos sistemas jurídicos, la idea de aplicar principios jurídicos de común aceptación por los diferentes sistemas normativos – culturales, si bien

[69] G. Morelli, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Buenos Aires, Editorial EJEA, 1953, p.259.
[70] A. Miaja de la Muela, *op. cit.* (nota 50), p.439.
[71] E. Gutierres de Cabiedes, "Tratamiento Procesal del Derecho extranjero…", *loc. cit*., p. 72.
[72] Tal, el caso "Crosby", en el que el tribunal actuante en relación a una acción por accidente de trabajo en la que resultaba aplicable el derecho cubano, alegando no poder determinar su contenido, falló rechazando la demanda, A. Nussbaum, *Principios de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 1947, pp. 295–299.
[73] M. Wolff, *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, Editorial Labor, 1936, p.140.

puede resultar admisible para el tratamiento de ciertas cuestiones generales, no creemos que resulte especialmente adecuada para la resolución de cuestiones concretas referidas a la regulación de relaciones privadas intencionales, las que si por mandato de la norma de conflicto corresponde regirlas de acuerdo a lo dispuesto por un Derecho extranjero, éste –salvo afectación del orden público intencional del foro– y no otra solución, es la que corresponderá aplicar.

4. Aplicación de la ley del foro

Es la solución más común entre aquellos que admiten la posibilidad de no aplicar el Derecho extranjero en razón de desconocerse el contenido[74], aun cuando no por eso, adecuada, como señalara, con acierto, Fresnedo[75].

Nussbaum[76] la califica como la solución preferible, pues evita tener que rechazar la demanda y Zajtay[77] expresa que la aplicación subsidiaria de la *lex fori* es la respuesta más práctica, pues asegura una solución uniforme y previsible para las hipótesis en las que el Derecho extranjero no pueda ser determinado. Battifol[78] funda esta postura considerando, de acuerdo a su concepción, que en tanto que la aplicación de la ley extranjera es excepcional, cuándo no fuere conocida corresponde aplicar la ley del foro.

Frente a estos desarrollos entendemos que encontrándose el magistrado extranjero obligado no sólo a fallar, sino a hacerlo de acuerdo a derecho, si éste consiste en una norma ajena al foro, es ella la que necesariamente deberá aplicar.

5. Nuestra posición

La aplicación del Derecho extranjero señalado por la conexión de la norma de conflicto para regular un caso privado internacional constituye un imperativo categórico.

Admitida la naturaleza jurídica del derecho foráneo, resulta aplicable el aforismo *iuria novit curia*, aun cuando en estos casos presenta diferencias

[74] El Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina, Libro Sexto, Título IV, "Disposiciones de Derecho Internacional Privado", Capítulo 1, "Disposiciones generales", art. 2395, "Aplicación del Derecho extranjero", literal a, in fine, acoge este criterio y dispone: "…Si el contenido del Derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino".

[75] C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.* (nota 9), p. 238.

[76] A. Nussbaum, *op. cit.* (nota 72), pp. 296–297.

[77] I. Zajtay, *op. cit.* (nota 32), p. 270.

[78] H. Battifol, *op. cit.* (nota 3), pp. 381 ss.

su aplicación respecto a la del derecho local. La obligación cognoscitiva del magistrado en vez de apriorística, como ocurre respecto a la normativa local, es a posteriori, pues una vez planteada la *litis* es que surge el deber de conocer, o más precisamente, investigar, el Derecho extranjero aplicable.

En razón de ello concluimos que en los casos en que corresponda aplicar derecho foráneo, éste debe ser investigado por el magistrado actuante en debida forma apelando a sus propios conocimientos y a todos los medios de información que le posibilite su sistema de Derecho Internacional Privado, incluido el aporte de la partes, superándose de este modo dificultades prácticas que puedan erigirse en razón determinante de la no aplicación del derecho señalado por la conexión de la norma de conflicto. Y, como se ha visto, esta posibilidad informativa del Derecho extranjero para los aplicadores, jueces y otras autoridades, es consagrada con máxima amplitud por la Ley General, que contempla "todos los medios de información idóneos admitidos en el orden jurídico de la República o del Estado cuyo derecho resulte aplicable", art. 3, párrafo segundo.

La Constitución de la República ofrece, asimismo, sólido argumento a la obligación de aplicar el Derecho extranjero señalado por la noma de conflicto, y no otro, al preceptuar en el art. 23, "Todos los jueces son responsables ante la ley… por separarse del orden de proceder que en ella se establezca". Por lo que el magistrado actuante necesariamente debe cumplir con el mandato de la norma de DIPr, incurriendo en responsabilidad de apartarse del orden de proceder que en ella establecido.[79]

VII. Recurribilidad de las decisiones dictadas en error del Derecho extranjero

La Ley General, dispone en el art. 4 "(Admisión de recursos procesales)", "Cuando corresponda aplicar Derecho extranjero, se admitirán todos los recursos previstos por la ley nacional."

Disposición de amplio alcance, con antecedentes directos en los arts. 4 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y 525.4 del Código General del Proceso, regulaciones que continúan la solución consagrada tempranamente por los Protocolos

[79] E. Tellechea Bergman, *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, *op. cit.* (nota 9), p. 65. *Vid.* también, C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.* (nota 9), p. 239.

Adicionales a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889 y 1940, art. 3 de los mismos.

Respecto al recurso de casación y atento a que el artículo hace referencia a la admisión de "todos los recursos procesales previstos por la ley nacional", entendemos que dada la finalidad perseguida por la casación, asegurar la correcta aplicación del derecho, su interposición no debe quedar limitada al estrecho recinto de la ley foral, sino que debe alcanzar, también, a los casos de no aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida del Derecho extranjero al que remita la norma de conflicto, que no sólo debe ser aplicado, sino que debe ser aplicado correctamente[80]. En posición concordante y refiriéndose a la solución consagrada por el art. 4 de la Convención de Normas Generales, Parra Aranguren puntualiza: "parece indiscutible que el precepto no pretende abandonar al ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados Partes la admisibilidad del recurso de casación por infracción a la ley extranjera; y de acuerdo con sus propios términos equipara el derecho foráneo con las normas nacionales en los diversos aspectos relativos al funcionamiento del mencionado instituto; por tanto no sería aceptable que existieran regímenes distintos establecidos *ad libitum* en cada uno de los países vinculados por la Convención"[81].

Tales, algunas consideraciones que nos merece una primera aproximación al tema del tratamiento de la aplicación del Derecho extranjero por la reciente Ley General de Derecho Internacional Privado.

Bibliografía

Aguilar Navarro, M.: *Derecho Internacional privado*, t. 1, Parte 2, Madrid: Ed. E.I.S.A., 1955.

Aguilar Navarro, M.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, t. II, Parte 2ª, Madrid, Serv. Pub. Univ. Complutense, 1982.

Alfonsín, Q.: *Teoría del Derecho Internacional Privado*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1955.

Battifol, H.: *Traité Élémentaire de Droit International Privé*, París, LGDJ, 1959.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 2018, p. 313.

Cirylle, D.: *La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris: Dalloz, 1965.

[80] Posición ya recibida en el ámbito continental por el Código de Bustamante de 1928, Libro Cuarto, "Derecho Procesal Internacional", Título Octavo, "Del Recurso de Casación", artículos, 412 y 413.

[81] G. Parra Aranguren, "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. (Montevideo, 1979)", *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington: OEA. p. 177.

De Maekelt, T.: *Teoría general del derecho internacional privado*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie de Estudios, nº 87, 2010.

Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson– Civitas, 2007.

Fresnedo de Aguirre, C.: "Capítulo 6. Aspectos generales del sector del derecho aplicable", en: D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia Editor, 2003, pp. 258 ss.

Fresnedo de Aguirre, C.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. I, Parte General, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001.

Gallinal, R.: *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil–De las pruebas. Comentarios a los arts. 327 a 349*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1916.

Goldschmidt, W.: *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado*, Barcelona: Bosch, 1935.

Goldschmidt, W.: *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1974.

Mancini, P.E.: "De la utilité de rendre obligatoires pour touts les États, sous la forme d´un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différents législations civiles et criminelles", *Journ. dr. int.*, 1874, pp. 231 ss.

Maury, J.: *Derecho Internacional Privado*, Puebla, Ed. José M. Cajica Jr., 1949.

Miaja de la Muela, A.: *Derecho Internacional Privado*, t. I, Madrid, Atlas, 1976.

Monroy Cabra, M.G.: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Editorial Temis, 1972

Morelli, G.: *Derecho Procesal Civil Internacional*, Buenos Aires, Editorial EJEA, 1953.

Nussbaum, A.: *Principios de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 1947.

Opertti Badán, D.: *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre DIPr*, vol. V. II.

Opertti, D.: Consulta emitida en el "Caso Xiang – Cheng", transporte marítimo entre Uruguay y la República Popular de China, "Ley aplicable y pautas para la aplicación de un Derecho extranjero", *Revista de Transporte y Seguros*, nº 10, p. 109.

Parra Aranguren, G.: "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. (Montevideo, 1979)", *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington: OEA. p.177.

Parra Aranguren, G.: *Codificación del Derecho Intencional Privado en América*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1982, p.420; ídem, Documento CIDIP II/62, p. 4.

Ramírez, G.: *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su Comentario*, Buenos Aires, Félix Lajuane Editor, 1888.

Satta, S.: "*Iuria novit curia*", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 382 ss.

Scotti, L.: *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Thomson Reuter–La Ley, 2017.

Solarari Barrandeguy, M.: "El Derecho extranjero y su tratamiento procesal en el sistema de Derecho internacional privado uruguayo", *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, nº. 4; pp. 283–306.

Solari, M.: "Prueba del Derecho extranjero e información sobre normas jurídicas vigentes en los países americanos",*Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional,*

Montevideo, Asociación Uruguaya de Derecho Internacional–Asociación Argentina de Derecho Internacional, Montevideo: Acali Editorial, 1979, pp. 53–61.

Tellechea Bergman, E.: "Cuestiones procesales relativas a la aplicación del Derecho extranjero", *Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional, Montevideo, Asociación Uruguaya de Derecho Internacional–Asociación Argentina de Derecho Internacional*, Montevideo, Acali Editorial, 1979, pp. 36–51.

Tellechea Bergman, E.: *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, Capítulo, "Aplicación, Tratamiento e Información del Derecho extranjero y su Regulación en Nuestro Derecho Internacional Privado de Fuente Convencional y Nacional", Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1982, pp. 15–110.

Tellechea Bergman, E.: *Derecho Internacional Privado*, Título IV, "Aplicación e Información del Derecho extranjero", Montevideo: La Ley Uruguay, pp. 168–201

Tellechea Bergman, E.: "Aplicación e Información del Derecho extranjero en el Ámbito Interamericano, Regional y en el Uruguay", *Revista de la Secretaría Técnica del Tribunal Permanente de Revisión (MERCOSUR)*, año 2, nº 3, 2014, pp.35–59.

Tellechea Bergman, E.: *Tratamiento e Información del Derecho extranjero*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1980.

Valladão, H.: *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980.

Vaz Ferreira, E.: *Tratado de la Sociedad Conyugal*, t. I, 2ª ed., Montevideo: Bianchi Altuna, 1963.

Vescovi, E.: "Capítulo 8. Aspectos generales del sector del derecho procesal civil internacional. IV. Problemas procesales de la aplicación del Derecho extranjero", en: *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, D.P. Fernández Arroyo, (coord.), Buenos Aires, Zavalia Editor, 2003, pp. 363–370.

Vico, C.M.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1935.

Wolff, M.: *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, Editorial Labor, 1936.

Zajtay, I.: "Le traitement du droit étranger dans le procès civil. Étude de droit compare", *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, 1968, nº 2, pp. 271 ss.

AEDIPr, t. XXI, 2021, pp. 457–483
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.18